

CAPÍTULO XXXI

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y CORRUPCIÓN

Por AGUSTÍN GARCÍA SANZ

SUMARIO

1. El asesinato y su castigo.....	626
2. El deslucido rol del empleador	627
3. El deber cumplido	627
4. Conclusiones	631

Capítulo XXXI
RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y CORRUPCIÓN¹

POR AGUSTÍN GARCÍA SANZ

GORDILLO nos ha enseñado que los fallos deben ser entendidos a partir de los hechos del caso, de aquello que deciden y del contexto en el que esa decisión ve la luz, más que por los términos en que se justifican.² Entiendo que, además de comprender las decisiones judiciales —y cualquier otra— por aquello que resuelven más que por lo que dicen resolver, deben analizarse las señales que dan a los distintos actores que, en el futuro, pueden verse alcanzados por decisiones en las que ese mismo criterio pudiera volver a aplicarse.³ A veces, este análisis, hecho en perspectiva y a distancia segura de los marcos teóricos abstractos⁴ a los que generalizadamente se acude en busca de soluciones, nos depara resultados no del todo alentadores.

¹ Publicado originalmente en *LL*, 2007-F, 353.

² GORDILLO, AGUSTÍN, *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2007, Cap. V, “Cómo leer una sentencia.”

³ Son estas señales las que construyen, en países sensatos, la tantas veces declamada y pocas veces conseguida seguridad jurídica. Como dijo HOLMES hace más de un siglo, “[p]eople want to know under what circumstances and how far they will run the risk of coming against what is so much stronger than themselves, and hence it becomes a business to find out when this danger is to be feared. The object of our study, then, is prediction, the prediction of the incidence of the public force through the instrumentality of the courts.” Ver HOLMES (JR.), OLIVER W., “The Path of the Law,” en *Harvard Law Review* No. 457, Boston, 1897, disponible on-line en <http://www.gutenberg.org/files/2373/2373.txt>

⁴ Siguiendo al mismo GORDILLO en este punto, no puedo perder de vista que “[h]ay quienes hacen cubismo con el derecho —o como un Picasso con su Guernica, un estilo expresionista de profunda austeridad cromática— o dadaísmo o surrealismo —un Dalí pintando relojes doblados—, yo no intentaré hacer tampoco el colorido impresionismo sino que me remontaré más atrás, para tratar de presentar simplemente una naturaleza muerta, como en las pinturas más antiguas de ese estilo pictórico.” (GORDILLO, AGUSTÍN, “La responsabilidad del Estado en la práctica,” en *Homenaje a Graciela Reiriz*, en prensa.)

1. *El asesinato y su castigo*

Alfredo María Pochat tuvo una meritoria trayectoria en el ámbito del Poder Judicial como parte del equipo de fiscales federales a cargo de la investigación de delitos financieros y como Secretario de la Fiscalía de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal. También se desempeñó en el Banco Central de la República Argentina y en ENCoTeSA, donde tuvo participación en la investigación y posterior acción penal por diversas irregularidades y maniobras ilícitas allí detectadas.

A partir de 1995, Pochat comenzó a trabajar para la Administración Nacional de la Seguridad Social, organismo dependiente del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, donde también tuvo a su cargo la investigación de casos de corrupción y fraude en el ámbito de las prestaciones previsionales. Fue también el responsable, desde la Gerencia de Investigaciones Especiales, de descubrir el affaire IBM-ANSeS.

Pero esta promisoriosa carrera culminó el 4 de junio de 1997, cuando fue asesinado por Armando Andreo, esposo de la Directora de la Delegación Mar del Plata de ANSeS, Silvia Albanesi, funcionaria a quien Pochat había denunciado como parte de una organización dedicada al fraude previsional por cifras millonarias y a quien dejaría definitivamente cesante en esas horas.

El asesinato ocurrió a plena luz del día, en las oficinas de ANSeS Mar del Plata. Según dijo el propio Andreo durante el juicio por el que se lo condenaría a 17 años de prisión (condena que hoy cumple en su domicilio), había ido a llevar un certificado médico de su esposa y lo derivaron a hablar con el Gerente de Investigaciones en persona.⁵ Andreo encontró a Pochat solo e indefenso. Una vez dentro de la oficina y sin discusión previa que pudiera servir a su defensa de emoción violenta, descerrajó 5 tiros en dirección a su víctima. Tres alcanzaron su objetivo, uno de ellos en la espalda.

Varios testigos en la causa penal dieron cuenta de las amenazas proferidas por el asesino en los días previos al crimen.⁶ Todos, sin excepción, lo calificaron como un hombre violento e irascible. Durante el debate oral y público, y delante de los integrantes del tribunal, dijo el asesino nuevamente y sin pudor: “A mí pueden deshacerme, pero si se meten con mi familia, lo van a lamentar.”⁷ Silvia Albanesi, su esposa, resultó absuelta en la causa por el asesinato. En su defensa, Andreo dijo: “Corrupta puede ser, pero amoral no.”⁸

⁵ Práctica común de más de un indeseable funcionario de planta permanente la de comunicar la enfermedad justo antes de la aplicación de la medida disciplinaria, ya que ella no puede entrar en vigencia cuando el empleado está gozando de licencia médica.

⁶ Según reflejó la prensa, durante el juicio oral testigos indicaron que Andreo habría dicho, en alusión a Pochat, que “[s]i la echan a Silvia, los voy a cagar a tiros.” (VIDELA, EDUARDO, “El asesino de Pochat alega que se trató de un arrebato,” *Página 12*, 25-VIII-98.)

⁷ VIDELA, *op. loc. cit.*

⁸ VIDELA, *op. loc. cit.*

2. *El deslucido rol del empleador*

La muerte de Pochat, seguida por la inconclusa investigación de la mafia que intentaba desbaratar,⁹ tuvo como respuesta del Poder Ejecutivo el otorgamiento de una pensión graciable.

El 16 de octubre de 1997, el Poder Ejecutivo nacional sustituyó inconstitucionalmente¹⁰ al Congreso en su potestad de asignar este tipo de pensiones para otorgar a la viuda y sus hijos un beneficio a perpetuidad, en el caso de la mujer, y hasta la mayoría de edad, en el caso de los hijos.

El Decreto 1087/97,¹¹ luego de reconocer merecidamente la trayectoria de Pochat, reconoció también que fue “víctima de un hecho criminal, vinculado con su tarea, encaminada a liberar al Sistema Público de Seguridad Social de focos de corrupción [...] en defensa de trascendentes intereses de la Nación.”

Lejos de ser esta pensión la respuesta que el Estado debía a los familiares de Pochat, fue una dádiva genéticamente inconstitucional, de aquellas “que se pueden otorgar graciosamente, sin sujeción a precepto.”¹² El Estado debía algo más que reconocimiento;¹³ debía y debe todavía reparación.

3. *El deber cumplido*

Como no podía ser de otro modo, la viuda del Dr. Pochat accionó judicialmente en busca de una reparación que, desde el sentido común, no ya desde el Derecho, le es debida por quien perpetró el crimen —aunque difícilmente haya allí patrimonio visible contra el cual accionar— y por quien encomendó la tarea de investigación a su marido, sin garantizar adecuadamente su seguridad física: El Estado.

⁹ Según señaló *La Nación* en aquél momento: “Pochat estaba detrás de maniobras fraudulentas entre importantes empresas dedicadas a la explotación ictícola y empleados de la delegación local del organismo oficial, que habrían otorgado libre deudas previsionales a cambio de dinero. El monto de los retornos habría surgido, en varios de los casos, del diez por ciento del total de la deuda, dinero que se repartía entre funcionarios y algunos empleados de la delegación local, políticos marplatenses, encumbrados gremialistas y funcionarios judiciales.” (*La Nación*, 11-VI-97). Al referirse a la condena recibida por Andreo, Moreno Ocampo —con quien Pochat trabajó— dejó flotando la sensación de que no existe, en el nivel oficial, una real intención de llegar hasta el fondo de los eventuales casos de corrupción y fraude como el que investigaba Pochat. (*La Nación*, 8-IX-98.) Al día de hoy, las causas iniciadas por la investigación de Pochat han llegado a juicio oral y público en contadas situaciones y por delitos menores. La conexión entre la sospecha de Moreno Ocampo y los resultados de la investigación obtenidos luego de la muerte de Pochat corre por cuenta de cada uno de nosotros.

¹⁰ El atropello al reparto de funciones establecido en la Constitución se justificó en que “la obervancia de los trámites ordinarios para la sanción de la respectiva ley, provocará a los herederos una situación de desamparo que la concesión posterior de la pensión no eliminará ni disminuirá.” Cuesta trabajo compatibilizar estas palabras de sentida preocupación con las defensas opuestas por el Estado en juicio. Tal parece que, al calor de los flashes, Jano no muestra la misma cara que en la sombra de los expedientes.

¹¹ Publicado en el Boletín Oficial el día 26-X-97.

¹² Tal la definición de la palabra “graciable” según la Real Academia Española. (<http://www.rae.es>)

¹³ En línea con el reconocimiento brindado a nivel nacional, la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires sancionó la Ley 194 (Adla, LIX-C, 3246) por la que se instituyó al 4 de junio como “Día de Lucha contra la Corrupción.”

En el fallo aquí anotado, la Sala III de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal revocó la decisión de la anterior instancia que había hecho lugar —con costas— a la demanda de la esposa de Alfredo Pochat, por sí y en representación de sus hijos menores, y dejó así sin efecto la condena al Estado Nacional al pago de una fuerte indemnización en concepto de daño moral, psicológico y valor vida.

Para así decidir sostuvo la Cámara, en líneas generales, que:

(i) La falta de servicio como factor de atribución de responsabilidad exige que la omisión denunciada lo sea respecto de un deber concreto exigido por la norma al Estado y no del deber genérico de seguridad, situación no verificada en el caso a criterio de la Sala;¹⁴

(ii) los magistrados deben ser cautelosos a la hora de condenar al Estado por omisión en materia de seguridad, ya que podría llegarse al absurdo de afirmar que cualquier delito podría ser el resultado de una omisión estatal;¹⁵ en sentido concordante, afirmó que “no es necesario ni justificado convertir el patrimonio público en asegurador universal de todos los daños que los ciudadanos sufran posiblemente en una sociedad compleja, ya que sería como pretender una especie de seguro público general.”¹⁶

¹⁴ Cons. VI del voto del Dr. Argento y párrs. 8 y ss. del Dr. Fernández.

¹⁵ Cons. VI del voto del Dr. Argento. Pochat es asimilado, así, a una víctima de un crimen que, en forma aleatoria, sucede en la vía pública. Pero todos sabemos que no se trató aquí de un agresor que se acercó a una víctima indeterminada. Lo que colocó a Pochat en situación de ser víctima del delito de homicidio fue el desempeño de las tareas que le habían sido encomendadas por el mismo Estado que le niega indemnización a su familia. Lo característico de este caso, y lo que detonó el crimen, fue la situación en la cual Pochat se vio envuelto como consecuencia directa del cumplimiento de su deber. (Como empleado.)

¹⁶ Cons. VI del voto del Dr. Argento. No es mi intención dedicar esta nota al análisis de la falta de servicio como factor de atribución de responsabilidad. Me he referido en el pasado a estas cuestiones, compartiendo la idea de que el Estado no puede convertirse en la caja aseguradora principal y —en la práctica— excluyente de las acciones de reparación que deberían tener, las más de las veces, una escala previa en el patrimonio del funcionario involucrado en acciones u omisiones jurídicamente reprochables. No significa esto dejar de indemnizar, sino acudir en subsidio, una vez agotada la capacidad de resarcimiento comprobada del funcionario responsable. Es que de no atacar el patrimonio del funcionario en forma previa y en el mismo juicio que se demanda al Estado, las señales a favor del correcto desempeño del cargo se perderían —como ocurre en la actualidad— por completo. Ver, en este sentido, GARCÍA SANZ, AGUSTÍN A. M., “Límites a la Responsabilidad del Estado: en busca del equilibrio,” en HUTCHINSON, TOMÁS (dir.), “Elementos de Derecho Administrativo.” *Colección de Análisis Jurisprudencial*, Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 234 y ss.

Sin embargo, el caso aquí analizado se encuentra en las antípodas del supuesto de hecho que merecía mi comentario de entonces: Hablamos de la negativa de indemnizar a un funcionario probo, asesinado en cabal cumplimiento de sus obligaciones. No es posible visualizar aquí al Estado como un asegurador universal. Si realmente la indemnización por daños y perjuicios sufridos durante la investigación de casos de corrupción pusiera en riesgo al Erario en su capacidad de pago, seguramente sería porque la investigación de este tipo de casos ha alcanzado niveles de generalización y eficacia que ciertamente no son los del presente.

(iii) no existen constancias de que Pochat hubiera recibido amenazas en forma directa o tuviera conocimiento acerca de la peligrosidad de las personas que se pudieran encontrar involucradas,¹⁷ ni de que hubiera efectuado denuncia alguna en sede policial o de que hubiera solicitado custodia personal al interventor de la ANSeS;¹⁸ y

(iv) finalmente, sostuvo la Sala III que “las circunstancias configuradas en el caso de autos no dan lugar en modo alguno a la formulación de un juicio positivo de responsabilidad por omisión, en tanto y en cuanto, como quedó dicho, ningún empleado de la planta de la ANSeS omitió el cumplimiento de una conducta debida o exigible en función de su cargo, incumbencias y situación dentro de la entidad. Ello así, dado que aparte de no encontrarse en el ámbito de sus obligaciones el impedir el ingreso del Sr. A. a las dependencias del ente o de verificar los elementos que portaba (en el caso, el arma empleada para consumir el homicidio), tampoco resultaba razonable ni prudencialmente exigible que advirtieran al auditor la existencia de una supuesta situación de peligro para su persona, que era sólo conjetural¹⁹ y, en definitiva, tampoco era distinta de cualquier otra resultante de la actuación de un funcionario con las instrucciones y cometidos de un auditor o interventor, que por su propia investidura ha sido precisamente designado para llevar a cabo investigaciones que arrojen luz sobre la real existencia de conductas ilícitas, identificando a sus autores y partícipes.”²⁰

Debe llamar la atención de quien esto lee que los niveles de diligencia y sensibilidad que sirven de rasero para determinar la eventual responsabilidad del Estado, en el caso comentado, no sean los mismos —o siquiera parecidos— que se exigen a los privados en el cumplimiento de sus obligaciones. Así lo ha dejado en claro la jurisprudencia vigente.

En efecto, a la hora de analizar el grado de diligencia de concesionarios de rutas y autopistas, por citar sólo un ejemplo, ha entendido la jurisprudencia que los accidentes provocados por la presencia de animales sueltos en una traza de cientos de kilómetros es responsabilidad de la empresa, quien debe responder por cualquier incidente que impida una “circulación normal, libre de peligros y obstáculos, de forma que pueda arribar al final del trayecto en similares condicio-

¹⁷ Cons. VII del voto del Dr. Argento.

¹⁸ Cons. VII del voto del Dr. Argento.

¹⁹ El Dr. Argento, en el considerando VII de su voto, se expresó en sentido análogo.

²⁰ Párr. 17 del Dr. Fernández.

nes a las de su ingreso.”²¹ No varía el resultado al analizar el deber de seguridad que le es debido al empleado (no olvidemos que Pochat lo era) por el empleador.²²

Pero aun cuando al Estado le ha tocado juzgar su propia responsabilidad — aunque por un fuero diferente— por el accionar de policías que dispararon ante la comisión de un delito, la decisión ha sido indemnizar a la esposa del delincuente encontrado in fraganti delito con el que las fuerzas de seguridad se trabaron en un tiroteo que terminó con su muerte en exceso de legítima defensa.²³ Incluso cuando se trataba de víctimas de un operativo policial, heridas con balas de procedencia desconocida, la Cámara Civil y Comercial Federal²⁴ —con criterio luego compartido por la Corte— estableció un criterio amplio. En un principio, los fallos exigían que se probara que las balas provenían de las armas de la policía (clásica relación de causalidad), pero la Cámara sostuvo que semejante prueba era sobreabundante, en el entendimiento de que, aunque las heridas hubieran sido producidas por los delincuentes, la responsabilidad del Estado no variaba. Para así decidir tuvieron en cuenta que si las fuerzas policiales estaban cumpliendo con su función de perseguir y detener a presuntos delincuentes, la actividad del Estado que se había puesto en marcha tenía que hacerse cargo de todas las consecuencias dañosas de un operativo que interesaba a todos.

Esta disparidad de criterios, impuesta por la ley y por jueces del mismo Estado al que la Constitución encomienda la realización del bien común y la protección

²¹ CSJN, *Caja de Seguros S.A. c. Caminos del Atlántico S.A.V.C.*, en LL, 2006-C, 896 y *Ferreya, Víctor D. y otro v. VICOV S.A.*, 21-III-2006. Para un análisis de esta cuestión, ver GALDOS, JORGE M., “El fallo “Ferreya” de la Corte Suprema Nacional sobre peaje, animales sueltos y relación de consumo. Auspiciosa reapertura de un debate no clausurado,” *JA*, 2006-II-218.

²² Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VI, *L. c. Frinca S.R.L. y otros*, en LL, 2007-B, 811, 45.611-S; Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VIII, *Sanabria Talavera de Pérez, Estanislada y otros c. CNA Omega ART S.A. y otro*, LL, 2006-C, 408; Juzgado Nacional de 1ª Instancia del Trabajo N° 62, *L. O. A. c. Neumáticos Goodyear S.R.L.*, 15-VIII-02, *La Ley Online*; Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VII, *Veloza, Ceferina c. Látigo S.A. y otro s/daños y perjuicios*, 18-X-1999; Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VI, *Báez, Elizabeth E. c. Orígenes AFJP. S.A.*, 30-IX-1994; Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VI, *Florentín, Humberto c. Pedacci Mao S.A.*, 11-VIII-1995, Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala V, *Cardozo, Carlos A. c. Actuar S.R.L. s/ Art. 1113 C. Civil*, 30-VIII-1991, entre muchos otros.

²³ Cámara Civil y Comercial Federal, Sala I, causa 2052/99. Resulta interesante contrastar esta decisión las cláusulas generales de los seguros de vida, en los que una de las causales que típicamente exime de la obligación de pago a la aseguradora es la muerte en ocasión de cometer delitos. Debemos preguntarnos si queremos —en tanto contribuyentes— responder más allá de lo que un seguro estaría dispuesto a cubrir como alea.

Se dijo sobre este fallo: “La impunidad, la muerte de la víctima, la detención del delincuente e incluso su propia muerte son alternativas posibles que deben asumir quienes salen a robar y también sus deudos. De lo contrario, queda para los delincuentes el mensaje de que el delito paga siempre y muy bien, ya sea a costa de las víctimas o, como en este caso, de la comunidad, de cuyos impuestos saldrá la suma que tendrá que pagarles el Estado.” (Ver en FAVELUKES, EDUARDO S., “El delito paga,” en *La Nación*, Cartas de Lectores, 15-V-04, disponible on line en http://www.lanacion.com.ar/archivo/Nota.asp?nota_id=601246)

²⁴ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala I, *in re Guerrero, Diego J. c. Ministerio del Interior - Policía Federal Argentina*, sentencia del 27-XII-96, LL, 1997-D, 96.

de los derechos de las personas, no debe dejar de alarmarnos. Es una disparidad que comienza con la generosa creación doctrinaria de teorías del Derecho Administrativo que, so color de atender los intereses de colectivos inasibles, terminan invariablemente jugando en contra de los intereses y derechos de las personas en el caso concreto. Sucede con el procedimiento administrativo;²⁵ sucede con los llamados contratos administrativos;²⁶ sucede aquí con la responsabilidad del Estado.

4. Conclusiones

Bien se ha dicho que “no es suficiente con combatir los efectos de la corrupción. Es necesario destruir las causas que la favorecen.”²⁷ Si a un sistema que multiplica al infinito las regulaciones que sólo sirven de caldo de cultivo para la corrupción, se suman pesquisas penales de resultado incierto y la falta de señales claras de respaldo al funcionario que investiga y denuncia (como en este caso),²⁸ seguiremos ocupando un lugar de privilegio entre los países más corruptos de la tierra,²⁹ ranking por el que después nos rasgamos las vestiduras.

¿O acaso quien lee estas líneas se animaría a recomendarle a un pariente o a un amigo cercano que, ante un hecho como el descubierto por Pochat, haga las denuncias pertinentes? Sinceremos la respuesta: Cuando la lucha contra la corrupción descansa enteramente en heroísmos³⁰ que se pagan con la vida sin siquiera recibir reparación, la solución se pierde irremediabilmente en las palabras.³¹

²⁵ MAIRAL, HÉCTOR A., *Control Judicial de la Administración Pública*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1984, pp. 303-306 y 318-322.

²⁶ MAIRAL, HÉCTOR A., “De la peligrosidad o inutilidad de un teoría general del contrato administrativo,” *ED*, 179-655.

²⁷ MAIRAL, HÉCTOR A., “Las raíces legales de la corrupción (o de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla),” Cuadernos RPA, Ediciones RAP, en prensa.

²⁸ Resulta, al menos, curioso que nuestro país otorgue plena protección a testigos y denunciantes en casos de lavado de dinero o terrorismo, llegando al punto de admitir la figura del arrepentido, mientras que sigan sin adoptarse medidas de igual intensidad para la investigación de actos de corrupción. Es igualmente llamativo que se olviden los estándares adoptados por el país al incorporar a nuestro derecho la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por Ley 24.759 (Adla, LVII-A, 12), cuyo artículo III(8) establece que “los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer: [...] 8. Sistemas para proteger a los funcionarios públicos y ciudadanos particulares que denuncien de buena fe actos de corrupción, incluyendo la protección de su identidad, de conformidad con su Constitución y los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno.” Evidentemente, fallos como el que anoto no están alineados con estas previsiones.

²⁹ Argentina ocupa, según la edición 2007 del Índice de Percepción de la Corrupción elaborado por Transparency Internacional, en el puesto 105 de 180 en materia de corrupción. Se puede acceder al relevamiento completo en <http://www.transparency.org>

³⁰ No se entienda esta frase como una negación o una crítica a las actitudes heroicas: No lo es. Es, sí, una crítica a la liviandad con la que el Estado (y cada uno de nosotros) responde ante un heroísmo que reclama en las palabras, pero que no está dispuesto a sostener —con coherencia— en sus costos.

³¹ Se ha dicho con acierto que “[s]ociedades que no cuidan a sus Pochat facilitan la tarea de los corruptos. Sociedades que no reemplazan a un Pochat por otro Pochat aseguran un sistema de impunidad para los delincuentes de guante blanco y alma negra.” (MARCH, CARLOS, “Alfredo Pochat, el nombre de un olvido,” en *La Nación*, Opinión, 4-VI-07.)

Tres veces ha muerto Alfredo Pochat: La primera, a manos de su asesino, que hoy goza de prisión domiciliaria; la segunda, con el trunco recorrido de la pesquisa penal por él iniciada; la tercera, con una decisión injusta, que transmite señales que los funcionarios honestos sumarán al rosario de amenazas que ya pende sobre sus cabezas. Afortunadamente, tendrá la Corte la posibilidad de devolver las cosas a su quicio.