

IV OLACEFS

TEMA 1

Montevideo, diciembre de 1994

COLABORACIÓN DEL TRIBUNAL DE CUENTAS DE
LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

SUMARIO

I - ANTECEDENTES

1 - LA CORRUPCION

1.1 - Aproximación al concepto.

1.2 - Grados de corrupción.

2 - FORMAS DE COMBATIR LA CORRUPCION

2.1 - Medidas de carácter general.

2.1.1 - Factores a considerar.

2.1.2 - Técnicas aplicables.

2.2 - Dictado de leyes anticorrupción.

2.3 - Creación de organismos específicos para el control de la corrupción.

II – CONTENIDO

1 - CARACTERIZACION DE LA CORRUPCION EN EL URUGUAY

2 - CORRUPCION y CONTROL: COMETIDOS DEL TRIBUNAL DE CUENTAS

2.1 - Control interno y Control externo.

2.2 - Caracterización del Tribunal de Cuentas.

2.3 - Funciones del Tribunal de Cuentas.

3 - NORMATIVA VIGENTE EN EL URUGUAY EN LA MATERIA

3.1 - Legislación preventiva.

3.1.1 - Prohibición de contratar con la administración.

3.1.2 - Control preventivo de gastos y pagos.

3.1.3 - Control de los contratos del Estado.

3.1.4 - Rendiciones de Cuentas y Balances de Ejecución Presupuestal

3.1.5 - Establecimiento de incentivos para los funcionarios encargados del control.

3.2 - Legislación punitiva.

3.2.1 - Obligación de rendir cuenta.

3.2.2 - Responsabilidades.

3.2.3 - Los delitos contra la administración pública.

4 - FORMAS DE ACTUACION DEL TRIBUNAL DE CUENTAS EN EL MARCO NORMATIVO RESEÑADO

III - CONCLUSIONES

IV - RECOMENDACIONES

I - ANTECEDENTES

1 - LA CORRUPCION

1.1 - Aproximación al concepto

En una primera acepción amplia del concepto puede entenderse comprendido en el mismo, todo acto contrario a la ética que se realice en el manejo de los bienes sociales o de los fondos públicos o de los intereses de la administración pública.

Cuando se habla de corrupción se hace referencia a una alteración, un apartamiento de un estado de cosas que podemos reputar de ideal. Dentro de ese estado ideal, el Estado funciona respondiendo a las necesidades de la sociedad contemplada en su conjunto. Los medios se adecuan a los fines y estos involucran a la sociedad toda.

La alteración de la relación medio-fin social por un medio-fin individual, dentro de la esfera estatal, provoca repercusiones en ese estado ideal y entonces se puede hablar de corrupción.

La corrupción como apartamiento de un estado de cosas ideal es un fenómeno humano y la sociedad será más o menos corrupta según el grado de evolución ética que haya alcanzado. La tolerancia social a la existencia de actos corruptos, dependerá de cuán compenetrados se tienen determinados parámetros éticos, de si los valores sociales que han transmitido las generaciones precedentes son suficientemente fuertes.

Incidirá asimismo, con cuánta severidad reprime esa sociedad los apartamientos de la conducta "debida".

Es así que en una sociedad tolerante existirá más corrupción que en aquellas que establecen un castigo, no sólo del punto de vista jurídico-penal, sino del punto de vista social. Es importante que exista un repudio social que estigmatice a la persona que realiza conductas no éticas.

Desde el punto de vista sociológico puede sostenerse "que en la corrupción hay siempre una incitación a una conducta intrínsecamente mala o una conducta que no se debería producir con esa motivación o fin".

Hay pues un fenómeno de ida y venida, en la demanda de corrupción y en la oferta de corrupción. Las dos implican un poder económico o un poder político que

induce a un sujeto por motivaciones personales, a ejecutar una conducta que no haría si no se le estimulara dentro del ámbito de esas motivaciones.

"En cualquier proceso social el observador puede distinguir un sistema mítico que expresa claramente todas las reglas y prohibiciones y un código práctico que dice a los operadores cuando, como, y por quién pueden hacerse ciertas cosas prohibidas por las reglas".

Por lo tanto, es la existencia del código práctico lo que determina que exista corrupción, ya que cuando un doble discurso social se permite que en determinadas circunstancias puedan quebrarse las reglas sin castigo.

1. 2 - Grados de corrupción

En general la doctrina distingue según el grado y la forma de funcionamiento de la corrupción en la sociedad, dos tipos característicos, entre los que pueden darse diferentes grados intermedios: "actos de corrupción" y "estado de corrupción".

A continuación se señalan los indicadores principales que permiten distinguir estas dos categorías teóricas:

ACTOS DE CORRUPCION

* Hay corrupción mínima en estratos medios y bajos de la administración. Puede alcanzar nivel en cargos altos. La administración estatal conforma un cuerpo básicamente sano.

* El acto de corrupción no sólo expone al que lo comete a la sanción penal, sino también a la social y hasta familiar.

* Si se investiga a alguien es para juzgarlo y, si corresponde, castigarlo.

* Normalmente se investiga en el momento, cuando el que cometió el acto está en el poder: control.

* La investigación consiste en acciones localizadas para juzgar y castigar al que comete un acto de corrupción.

* La corrupción es ocasional.

ESTADO DE CORRUPCION

- * La corrupción es generalizada tanto en los estratos altos como en los medios y bajos de la administración.
- * Ilícitos abiertos: casi evidentes, porque no existen expectativas de castigo. Se da por sentada la impunidad.
- * Si se investiga al corrupto, esta investigación es entendida como una persecución discriminatoria.
- * Normalmente se investiga el pasado. El gobierno que llega al que se fue: revancha.
- * La investigación es entendida como persecución política.
- * La mayor corrupción en los países pobres, deriva de que muchas veces no existen otras alternativas para enriquecerse, o satisfacer determinadas necesidades o aspiraciones.

2 - FORMAS DE COMBATIR LA CORRUPCION

2.1 - Medidas de carácter general

2.1.1 - Factores a. considerar

La doctrina señala que para combatir el "estado de corrupción" debe procurarse la concurrencia de dos factores:

- * Valores, ideales y conductas de la diligencia política.

Porque es desde allí que debe comenzar el combate de la corrupción.

La democracia constituye el mejor sistema posible para encarar el fenómeno de la corrupción ya que la actuación de los políticos es sometida regularmente al control estricto y soberano de la ciudadanía, que es quien debe exigir el manejo de los recursos conforme al fin social preestablecido y ceñido a las normas constitucionales y legales correspondientes.

* Salarios dignos en los empleos públicos.

El bajo salario tiene consecuencias negativas para el funcionamiento de la administración, ya que pone de manifiesto al funcionario y a la sociedad toda, que su dignidad no es reconocida y que está en condiciones de incrementar sus magros recursos como le resulte posible. A su vez promueve el abandono de la esfera estatal por los mejores funcionarios, el crecimiento del ausentismo y del doble empleo.

2.1.2 - Técnicas aplicables

Conjuntamente con los factores expuestos se sugiere que deben aplicarse cuatro técnicas básicas:

* Una selección razonable de los funcionarios estatales, especialmente de los que tienen poder de decisión o de manejo de fondos.

* Una gestión de calidad que incluya procedimientos adecuados a los medios de que se dispone, un nivel de salarios que asegure la satisfacción de las necesidades mínimas de las personas con poder de decisión y un equipo de trabajo con motivación.

En algunos países se pone el énfasis en incentivos para el sector privado, en cambio los incentivos para el sector público no son tomados en cuenta, como si no fueran inherentes al desarrollo económico e imprescindibles para cualquier proyecto de modernización estatal. Esto es lo que Klitgaard ha dado en llamar "miopía de incentivo".

* Transparencia de la gestión, en particular en los órganos que mueven grandes cantidades de fondos.

* Diferentes clases de controles independientes.

Para que el control resulte efectivo es imprescindible la concurrencia de diferentes tipos de controles independientes entre sí, que actúen en forma complementaria: controles jurisdiccionales, políticos, administrativos y sociales.

2.2 - Dictado de leyes anticorrupción

Como forma de combatir la corrupción se señala la necesidad del dictado de leyes específicas anticorrupción, tipificando delitos y estableciendo penas gravísimas.

El planteamiento de "leyes anticorrupción" puede tener el efecto de distraer la atención del problema en sí, para focalizarlo en la ley, y deja la impresión que el fenómeno no puede encararse mientras la ley no sea aprobada.

Ello no significa sostener que todo está bien y que no haya reformas legales y/o reglamentarias que puedan o deban introducirse, para garantizar el uso transparente y efectivo de los recursos públicos.

Y fundamentalmente, para que el control externo a cargo de las Entidades Fiscalizadoras Superiores cumpla con su fin preventivo de evitar la malversación de dichos fondos y de obtener la documentación necesaria que permita detectar y probar las irregularidades cometidas en su manejo.

Esto deberá hacerse respetando el principio de separación de poderes, sustento del Estado de Derecho y teniendo claro que la determinación de las responsabilidades y la investigación de los delitos cometidos deben estar en manos del Poder Judicial, que constituye la valla última contra la corrupción en un Estado democrático.

2.3 - Creación de organismos específicos para el control de la corrupción.

Asimismo, en el derecho comparado, se propone la creación de organismos específicos para combatir la corrupción, tales como las Comisiones anticorrupción con facultades excepcionales (hasta jurisdiccionales) y el Ombudsman.

El Ombudsman, institución de origen sueco, ha evolucionado desde 1809 a la fecha, adoptando los rasgos que lo caracterizan hoy. Esta institución ha sido incorporada por numerosos países como una forma de lucha contra la corrupción.

El control que realizaba el Ombudsman al comienzo era de legalidad. Analizaba el cumplimiento de las leyes pero dado su carácter excepcional, comprobada la ilegalidad, debía remitir los antecedentes a los organismos competentes.

Lentamente evoluciona a un control de mérito, entrando en el análisis de los actos administrativos cuestionados para determinar la conveniencia o el mérito.

Aquellos países que no tienen Ombudsman, pero que estudian la posibilidad de establecerlo para luchar contra la corrupción, deberán tomar en consideración las funciones que, con ese propósito, ya cumplen las Entidades Fiscalizadoras Superiores.

II – CONTENIDO

1 - CARACTERIZACION DE LA CORRUPCION EN EL URUGUAY

En el Uruguay no se ha estudiado en profundidad el fenómeno de la corrupción y es poco lo que se ha trabajado en la materia, porque se considera que no constituye un problema preocupante en la administración pública, ya que no se han constatado casos importantes de corrupción.

Al tratarse de un mercado pequeño, la visibilidad social es mayor y el control social opera de mejor manera debido a las condiciones limitantes del mercado.

Esta limitación del ámbito social, conforma a la sociedad uruguaya en una sociedad muy interconectada en la que la existencia de situaciones notorias de corrupción reciben una sanción social inmediata. No obstante ello, esta misma interconexión social conspira, a veces, contra el establecimiento de responsabilidades en algunos casos de corrupción.

De acuerdo a la clasificación doctrinaria delineada en el capítulo anterior, en Uruguay no hay "estado de corrupción" sino actos más o menos aislados, pero el fenómeno debe atenderse debido a su generalización a nivel internacional. Para ello debemos comenzar por aceptar la existencia embrionaria del fenómeno en el país y evitar su desarrollo a etapas posteriores en las que su contención resultaría mucho más difícil.

2 - CORRUPCION y CONTROL: COMETIDOS DEL TRIBUNAL DE CUENTAS

Una primera delimitación del marco en el que puede abordarse este tema, es la corrupción que opera en el funcionamiento de la gestión financiera del Estado y en tanto es cometida por sus agentes o funcionarios.

Para poder analizar cuál es el rol que el Tribunal de Cuentas puede y debe jugar en Uruguay para combatir la corrupción, es imprescindible comenzar por señalar cual es su posición en la estructura institucional del Estado y cuales son las funciones que tienen a su cargo.

2.1 - Control interno y control externo

El régimen normativo uruguayo, para prevenir la corrupción en el manejo de los fondos públicos, ha creado diversos sistemas de control que deben complementarse.

Así, la normativa vigente establece un control interno del actuar de la administración, que es realizado por las dependencias de la misma administración, sometidas a la jerarquía del órgano máximo dentro de la estructura de cada entidad pública.

Este control es ejercido por la Contaduría General de la Nación en la esfera de la Administración Central y por las Contadurías Generales y las Contadurías Centrales en la órbita de los Gobiernos Departamentales, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados.

El control interno es imprescindible para que el jerarca vigile la regularidad de la gestión financiera de las unidades administradoras que de él dependen. Pero es evidente que el control no puede agotarse en su faz interna, porque a la Contaduría le correspondería realizar el control no sólo de las unidades administradoras inferiores, sino también del propio jerarca, careciendo de independencia para llevar a cabo esa labor.

Surge la necesidad de un control externo, que les es asignado a órganos ajenos de la administración controlada y que en Uruguay es ejercido por el Tribunal de Cuentas.

2.2 - Caracterización del Tribunal de Cuentas

El Tribunal es un órgano de creación constitucional con autonomía funcional y competencias y atribuciones claramente delineadas en la Carta Fundamental.

Pese a su rango constitucional, no tiene el ejercicio predominante y distinto de una de las funciones jurídicas del Estado (actúa en función administrativa, cuyo ejercicio predominante es encargado al Poder Ejecutivo), por lo que no es un "Poder del Estado", sino que posee potestades de control financiero que ejerce con total autonomía e independencia frente a los poderes del Estado y frente a toda la administración autónoma controlada.

Por todo ello, corresponde concluir que el Tribunal de Cuentas es una entidad "sui generis" de similares características y ubicación institucional a la acordada por la Constitución uruguaya a la Corte Electoral y al Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Los tres integran la persona jurídica mayor del Estado, al igual que los tres Poderes, pero son independientes de éstos, con los cuales están coordinados pero no subordinados jerárquica o funcionalmente.

El Tribunal está regido por un colegiado de siete miembros, que deben reunir las mismas calidades que para ser senador (Ciudadanía natural o legal con siete años de ejercicio y treinta años cumplidos de edad) y que son elegidos por la Asamblea

General por dos tercios de votos del total de sus componentes (Art. 208 de la Constitución). Sólo cesarán en sus funciones cuando la Asamblea General que sustituya a la que los designó, efectúe los nombramientos para el nuevo período.

Son responsables ante dicha Asamblea, quien podrá destituirlos por ineptitud, omisión o delito con el voto conforme de los dos tercios del total de sus componentes.

2.3 - Funciones del Tribunal de Cuentas

El art. 228 de la Constitución, que si bien al decir de la doctrina es redundante e incompleto, da un concepto general y primario delimitativo de la actividad del Tribunal, en cuanto circunscribe en principio a la entidad fiscalizadora superior al control de la actividad financiera del Estado, es decir, a todo lo que tiene relación con la Hacienda Pública.

A su vez el art. 94 del TOCAF dispone que corresponde al Tribunal de Cuentas el "control externo de la gestión financiero-patrimonial" de los siguientes organismos: Poderes del Estado, Corte Electoral, Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Gobiernos Departamentales, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, Entes de Enseñanza Pública, y en general todos los Organismos, Servicios o Entidades Estatales.

El Tribunal de Cuentas no ejerce en general funciones de administración activa, sino que su actividad es esencialmente de vigilancia, fiscalización y control.

No interfiere con la gestión de las administraciones controladas, no detiene, ni desvía, ni condiciona o modifica sus actos o actividades.

Se limita a controlar la juridicidad de los actos y gestiones de la administración, vigilando que los mismos se realicen con ajuste a las normas que reglan sus actividades, informando o denunciando en su caso a los órganos o poderes competentes que corresponda, las ilegalidades o infracciones que compruebe u observe, para que sean ellos quienes apliquen los correctivos o hagan efectivas las responsabilidades emergentes.

Como órgano técnico, el Tribunal de Cuentas tiene una órbita de acción claramente definida: controlar la juridicidad de toda la actividad financiera de Estado. Vigila que la actuación de la Administración se sujete a las normas constitucionales, legales y reglamentarias que rigen en materia de contabilidad, administración y ordenamiento financiero, presupuestos en todas sus fases, aspectos y procedimientos. No le corresponde apreciar u observar por razones de mérito, conveniencia u oportunidad los actos, gastos o gestiones de la administración, salvo excepciones expresamente establecidas.

Pese a que su nombre puede llevar a un equívoco, el Tribunal de Cuentas carece de funciones jurisdiccionales. Nuestro régimen institucional recoge el principio de

separación de poderes y ha atribuído la función jurisdiccional en forma privativa al Poder Judicial, salvo excepciones constitucionales expresas (Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Corte Electoral y Justicia Militar).

Las funciones que cumple el Tribunal de Cuentas pueden clasificarse de la siguiente manera:

- * Asesoramiento en materia presupuestal (art. 211 in. a de la Constitución).
- * Funciones típicas de control preventivo
 - preventivo: gastos y pagos (art. 211 inc. b de la Constitución y 94 núm. 2 del TOCAF).
 - permanente: de la gestión financiera (art. 211 inc. e de la Constitución).
 - a posteriori: análisis de las rendiciones de cuentas (art. 211 inc. c de la Constitución).
- * Funciones secundarias
 - superintendencia de oficinas contables (art. 212 de la Constitución).
 - potestad de dictar ordenanzas de contabilidad (art. 211 inc. f de la Constitución).
 - facultad de proponer proyectos de ley (arts. 212 y 213 de la Constitución).
- * Otras de diversa índole, establecidas en la Constitución o las leyes.
 - Controles especiales sobre Entes Autónomos y Servicios Descentralizados (visación de estados financieros, control de las rendiciones de cuentas de los directores cesantes, dictamen adverso a los directores actuantes).
 - Controles especiales sobre Gobiernos Departamentales (emisión de deuda pública municipal y concertación de préstamos y empréstitos, inversión de superávits, intervención en los Municipios).
 - Controles especiales de las personas públicas no estatales y de las entidades privadas que perciban fondos públicos o administren bienes del Estado.
- * Dictaminar sobre el costo de los servicios, de lo que deberá dar cuenta a la Asamblea General en su caso (art. 98 del TOCAF).
- * Efectuar revisiones, controles y arqueos periódicos (art. 101 del TOCAF).
- * Control de gestión (art. 211 inc. c de la Constitución).
- * Control de eficiencia (art. 105 del TOCAF).
- * Auditorías de préstamos internacionales.

3 - NORMATIVA VIGENTE EN EL URUGUAY EN LA MATERIA

La legislación nacional no ha efectuado un abordaje directo del tema de la corrupción administrativa. Pese a ello, toda la normativa establecida para efectuar las contrataciones del Estado, las formas de actuación de los funcionarios y el control del gasto está destinada a evitado.

3.1 - Legislación preventiva

3.1.1 - Prohibición de contratar con la administración

Art. 124 de la Constitución: "Los Senadores y los Representantes tampoco podrán durante su mandato: 1º) Intervenir como Directores, Administradores o empleados en empresas que contraten obras o suministros con el Estado, los Gobiernos Departamentales, Entes Autónomos, Servicios Descentralizados o cualquier otro órgano público; 2º) Tramitar o dirigir asuntos de terceros ante la Administración Central, Gobiernos Departamentales, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados. La inobservancia de lo perpetuado en este artículo importará la pérdida inmediata del cargo legislativo".

La misma prohibición está establecida para los Intendentes y los miembros de las Juntas Departamentales y Locales. por los arts. 291 y 292 de la Constitución. En efecto, las autoridades mencionadas no pueden intervenir como administradores en empresas que contraten con el Gobierno Departamental, o con cualquier otro órgano público que tenga relación con el mismo. Tampoco pueden tramitar o dirigir asuntos propios o de terceros ante el Gobierno Departamental.

El art. 43 del TOCAF dispone que no podrán contratar con el Estado los funcionarios públicos dependientes de los organismos de la Administración contratante, y establece que no serán de recibo las ofertas presentadas a título personal, o por firmas, empresas o entidades con las cuales el funcionario esté vinculado por razones de dirección o dependencia.

Estas disposiciones procuran obtener una mayor transparencia en el uso de los recursos públicos, evitando los conflictos de intereses.

3.1.2 – Control de gastos y pagos

El Tribunal debe efectuado, de acuerdo a lo dispuesto por el Art. 211 cinc. B de la Constitución. La sección 1 del Capítulo III del TOCAF determina quien puede ordenar los gastos y los pagos y establece que el funcionario que comprometa cualquier erogación sin estar autorizado para ello será responsable de su pago, sin perjuicio de las sanciones que pudieran corresponderle. (Art. 26 al 31 del TOCAF).

Estas atribuciones son ejercidas por el Tribunal por sí en el caso de los gastos que superan determinado monto, y por delegación en el caso de los gastos menores y de los pagos.

3.1.3 - Control de los contratos del Estado

La Sección 2 del Capítulo III del TOCAF establece las normas a la que están sometidos todos los contratos del Estado, cualquiera sea el régimen jurídico por el cual éstos se rijan, de derecho público o privado.

En el acápite del art. 33 se establece el principio general: cuando del contrato se deriven gastos, para su formulación debe efectuarse el procedimiento de licitación pública; cuando se deriven ingresos, debe efectuarse remate o licitación pública, debiendo ser controlados por el Tribunal de Cuentas.

De acuerdo a lo dispuesto, la utilización de estos procedimientos es procedente, cualquiera sea el contrato que deba celebrar la administración, salvo las excepciones taxativamente establecidas. Estas excepciones derivan del monto del asunto (compra directa o licitación abreviada), de la imposibilidad fáctica de realizar el procedimiento o de las especiales características del contrato. (arts. 33 a 67 del TOCAF).

Asimismo se establecen reglas para el uso de los bienes del Estado (arts. 68 a 78 del TOCAF), la forma en que deben realizarse las operaciones (arts. 81 al 88 del TOCAF) y las formas de control interno y externo a la que debe estar sometida la administración estatal (arts. 89 a 109 del TOCAF).

3.1.4 - Rendiciones de Cuentas y Balances de Ejecución Presupuestal

La obligación de rendir cuentas comprende a todos los organismos y órganos del Estado, según lo dispuesto por el art. 211 inc. c de la Constitución, al referirse al dictamen que en esa materia le corresponde al Tribunal.

También están obligadas a rendir cuentas las personas públicas no estatales y las entidades privadas que perciban fondos públicos o administren bienes del Estado. (art. 138 del TOCAF).

3.1.5 - Establecimiento de incentivos para los funcionarios encargados del control

El art. 9 de la Ley N° 16.226 estableció que los funcionarios del Tribunal de Cuentas, de la Contaduría General de la Nación, de la Inspección General de Hacienda y de auditorías internas de los organismos públicos que, en cumplimiento de sus tareas de control, descubran ilícitos penales en la administración de los recursos materiales y financieros de los organismos públicos, de los cuales se deriven perjuicios económicos al Estado, podrán percibir hasta el 20% de la pérdida evitada, en carácter de incentivo, el cual no podrá superar el importe de sus remuneraciones anuales.

3.2 - Legislación punitiva

3.2.1 - Obligación de rendir cuenta

El Título V del TOCAF se refiere a la obligación de rendir cuenta que tiene toda persona física o jurídica que perciba fondos en carácter de recaudador, depositario o pagador o que administre, utilice o custodie otros bienes o pertenencias del Estado y establece las formas que dicha rendición debe revestir.

3.2.2 - Responsabilidades

El Título VI del TOCAF regula el tema de las responsabilidades, de acuerdo a lo expresamente dispuesto por el art. 213 de la Constitución.

La responsabilidad en la que pueden incurrir los funcionarios, de acuerdo al régimen normativo establecido puede ser administrativa, civil, penal o política.

* La responsabilidad administrativa alcanza a todos los funcionarios, cualquiera sea su jerarquía toda vez que incurran en infracción en el manejo de los fondos públicos o en la custodia o administración de los bienes del Estado, así como cuando no respeten las disposiciones que le impone la ley, aún cuando ello no ocasione perjuicios económicos al Fisco. La responsabilidad se regula de acuerdo a la jerarquía del infractor y a su nivel de responsabilidad en la materia.

Las sanciones para quienes incurrir en este tipo de responsabilidad administrativa son de carácter político o disciplinario (art. 119 del TOCAF).

* La responsabilidad civil se configura toda vez que se derive de la gestión un perjuicio al patrimonio del Estado, y su finalidad es resarcir o indemnizar a éste el

daño causado. Esta responsabilidad alcanza a todos los funcionarios estatales por más alta que sea su jerarquía, así como a los funcionarios de control que no se hubieran opuesto al acto irregular y en forma solidaria a todos los que resuelvan, dispongan, ejecuten o intervengan en la formación de los actos o hechos irregulares (art. 121 del TOCAF).

Si se trata de funcionarios sujetos a juicio político, la responsabilidad sólo se podrá hacer efectiva una vez que hayan cesado en el cargo (art. 125 del TOCAF).

La responsabilidad civil alcanza también a las entidades o personas no estatales y a sus directores o empleados que utilicen indebidamente fondos públicos o administren incorrectamente bienes del Estado (art. 119 del TOCAF).

Esta responsabilidad prescribe a los 10 años contados desde la fecha o acto que diera origen a la misma, salvo para los funcionarios sometidos a juicio político, para quienes el término de prescripción comienza a contarse a partir del cese en el cargo (art. 127 del TOCAF).

La renuncia o separación en el cargo del funcionario responsable ni impide ni paraliza el examen de su gestión, ni inhibe las acciones civiles, salvo en los casos expresamente establecidos (por su gestión financiero-patrimonial incluida en rendiciones de cuentas aprobadas por los órganos de control, por los bienes a su cargo o custodia debidamente descargados, por los descargos de inventarios aprobados por los órganos de control).

* La responsabilidad penal, en los casos en que se presuma la existencia de un delito, el jerarca respectivo deberá efectuar de inmediato las denuncias judiciales pertinentes (art. 124 del TOCAF).

* El procedimiento administrativo para hacer efectiva una responsabilidad se inicia cuando se dan las siguientes circunstancias: toda vez que la autoridad competente tenga conocimiento o presunción de que se han cometido irregularidades en la administración y manejo de los fondos públicos (art. 122 del TOCAF) o a denuncia del Tribunal de Cuentas, cuando éste en ocasión u oportunidad de dictaminar e informar sobre las rendiciones de cuentas o de efectuar el control, compruebe u obtenga presunciones fundadas sobre irregularidades en el manejo de los fondos públicos o infracciones a las leyes de presupuesto y contabilidad (art. 123 del TOCAF) .

En tales casos la autoridad competente mandará practicar investigación administrativa o sumario con las garantías del debido proceso a los efectos de determinar o comprobar la responsabilidad de los funcionarios intervinientes, la individualización de los infractores, la entidad de la falta, el esclarecimiento total de los hechos y la determinación de la cuantía de los daños y perjuicios eventualmente ocasionados al erario. (art. 122 del TOCAF).

Continúa con la instrucción del sumario y completado el mismo, el sumariante debe exponer sus conclusiones. Si entiende que la infracción cometida puede

resultar un perjuicio al erario, puede solicitar los peritajes contables y auditorías conducentes a la determinación del perjuicio ocasionado.

Cuando el sumario recaiga en un funcionario que tenga la calidad de Contador Delegado del Tribunal de Cuentas, el hecho debe ser comunicado al Tribunal y no podrá ser separado del cargo sin oír su opinión. (art. 130 del TOCAF).

El jerarca máximo del servicio debe resolver sobre el sumario, llegando a las conclusiones señaladas en el art. 129 (que no se configura responsabilidad; que se configura responsabilidad administrativa pero no civil; que se configura responsabilidad administrativa y se presume responsabilidad civil, pero no está determinado el perjuicio al erario; que se configura responsabilidad administrativa y se presume responsabilidad civil, estando determinado el perjuicio al erario). En los casos en que se presume la responsabilidad civil, la administración además de imponer las medidas disciplinarias que correspondan, puede disponer la formalización de la acción civil, sin perjuicio de las medidas cautelares que debe adoptar, para asegurar el resarcimiento o indemnización al patrimonio del Estado.

3.2.3 - Los delitos contra la administración pública

El Título IV del Código Penal establece los siguientes delitos contra la administración pública que hacen al tema que nos ocupa: Peculado (art. 153), Peculado por aprovechamiento del error de otro (art. 155), Concusión (art. 156), Cohecho simple (art. 157), Cohecho calificado (art. 158), Soborno (art. 159), Fraude (art. 160), Conjunción del interés personal y del público (art. 161), Abuso de funciones en los casos no previstos expresamente por la ley (art. 162), Revelación de secretos (art. 163), Omisión contumacial a los deberes del cargo (art. 164).

La diversidad de los tipos delictivos establecidos permite sostener que todos los casos de corrupción que se cometen en el ámbito de la administración pública, encuadran en alguno de los tipos delictivos previstos en este Código.

4 - Formas de actuación del Tribunal de Cuentas en el marco normativo reseñado

Cuando el Tribunal por sí, o por intermedio de su Auditor o Contador Delegado designado en su caso, observara un gasto o un pago, deberá documentar su oposición y si el ordenador respectivo insistiera en el mismo, se comunicará tal resolución al Tribunal sin perjuicio de dar cumplimiento al acto dispuesto bajo la exclusiva responsabilidad del ordenador.

Si el Tribunal mantuviera la observación, dará noticia circunstanciada a la Asamblea General o a quien haga sus veces, o a la Junta Departamental

respectiva. En los casos de la administración autónoma o descentralizada se comunicará además al Poder Ejecutivo cuando corresponda.

Cuando el Tribunal presume la existencia de irregularidades en el manejo de los fondos públicos, dispone de oficio la realización de Auditorías.

Asimismo, éstas pueden ser solicitadas por los distintos organismos del Estado, así como por el Ejecutivo o el Legislativo Comunal.

Estas Auditorías son realizadas por Contadores y Abogados del Cuerpo, que cuentan con absoluta independencia técnica para la elaboración de sus informes. La finalidad primordial de las mismas es recabar toda la información disponible para constatar la existencia de las irregularidades, relevando las pruebas de las mismas, a los efectos de formular las denuncias correspondientes ante los organismos competentes.

El art. 94 del TOCAF dispone que al Tribunal le compete "controlar toda la gestión relativa a la Hacienda Pública observando y denunciando ante quien corresponda, las irregularidades en el manejo de fondos públicos e infracciones a las leyes de presupuesto y contabilidad, informando en cuanto fuere pertinente, respecto a las acciones de responsabilidad".

Respecto a la determinación de responsabilidades, las atribuciones conferidas al Tribunal son las siguientes, además de denunciar las irregularidades:

La comunicación que el organismo actuante está obligado a hacer al Tribunal cuando el sumario deba recaer sobre un contador delegado, siendo necesaria su previa opinión para separado del cargo.

El control que puede y debe asumir en el desarrollo y conclusiones del sumario y la efectiva adopción de las medidas administrativas, disciplinarias y judiciales que corresponden. Al efecto puede solicitar la remisión del expediente administrativo y tiene además acceso a toda la documentación e información (art. 122 del TOCAF).

Debe emitir su dictamen una vez completado el sumario y producido el informe y las conclusiones del sumariante, a los efectos de una más precisa determinación de la responsabilidad emergente.

Este dictamen del Tribunal que es previo a la Resolución del jerarca, debe establecer si el o los gestores de la Hacienda Pública involucrados han incurrido o no en falta que determine su responsabilidad, la naturaleza y entidad de ésta, y en su caso, la cuantía de los daños o perjuicios eventualmente ocasionados al erario (art. 128 del TOCAF).

En el caso de que el Tribunal entienda que hay responsabilidad y la administración actuante resuelva que no, el Tribunal deberá denunciar ante quien corresponda las irregularidades que entiende se han cometido, estándose a su resolución (art. 211 lit. c y e de la Constitución). La autoridad ante quien está obligado a formular la denuncia será, en su caso la Asamblea General, la Junta Departamental o el

Poder Ejecutivo (en el caso de la administración descentralizada), de acuerdo a lo dispuesto por los arts. 197 y 198 de la Constitución.

En el caso de tomar conocimiento de irregularidades que pudieran configurar ilícitos penales, está facultado para efectuar la denuncia ante la autoridad jurisdiccional correspondiente. Cuando se trata de ordenadores primarios o de funcionarios que están sujetos a juicio político, no existirá la investigación administrativa, pues precisamente la encargada de realizada sería la autoridad que es la presunta responsable de la irregularidad. En estos casos, el procedimiento se iniciará normalmente con la denuncia del Tribunal de Cuentas, que la comunicará a la Asamblea General con informe circunstanciado y se mandarán reservar las actuaciones, hasta que los presuntos responsables cesen en sus cargos (art. 125 del TOCAF) y será a partir del cese que comenzará a computarse el término de prescripción (art. 127 del TOCAF).

Deberá el Tribunal prestar asesoramiento técnico cuando así se lo soliciten las siguientes autoridades: - los jueces competentes en materia civil o penal, en los casos en que quepa responsabilidad en la materia; - la Asamblea General o cualquiera de las Cámaras en los casos que pudiera corresponder sanción política (art. 128 del TOCAF).

De acuerdo a lo anunciado precedentemente, la determinación definitiva de las responsabilidades y las sanciones respectivas corresponden a la autoridad jurisdiccional" competente.

La única sanción que puede determinar el Tribunal, es política. Está referida a la inhabilitación de los Directores de Entes o Servicios descentralizados para ser reelectos en sus cargos, en el caso de que su gestión haya sido observada por el Tribunal. (art. 192 de la Constitución).

IV - CONCLUSIONES

1 - Una de las tareas que la sociedad tiene hoy por delante es la de tomar conciencia sobre el carácter internacional de la corrupción, y luego la de empezar a combatirla porque, en el límite, puede hacer imposible la convivencia, la estabilidad de las expectativas y la confianza en el otro, bases fundamentales de la vida en sociedad.

2 - El sistema normativo uruguayo establecido para evitar la corrupción, es muy estricto en cuanto al establecimiento de controles concurrentes para posibilitar la utilización efectiva y transparente de los recursos públicos, en la ejecución de los planes y programas determinados en las normas presupuestales.

Dicho régimen es sumamente respetuoso del sistema de separación de poderes, esencial al Estado democrático, por lo que la investigación de los ilícitos y la

determinación de las responsabilidades y las penas, corresponden al Poder Judicial.

3 - La falta de sanción de las conductas corruptas en nuestra sociedad no derivaría pues, de la carencia de normas que penalicen dichas conductas o de organismos encargados de investigarlas, sino de que las normas con que se cuenta no siempre se aplican. Por lo tanto, no sería necesario el dictado de nuevas normas o la creación de instituciones específicas para el control de la corrupción en el Uruguay.

4 - La actuación que le corresponde al Tribunal es fundamentalmente preventiva: su intervención tiene por finalidad evitar la corrupción. Asimismo, coadyuva a la constatación de las irregularidades en el manejo de los fondos públicos, elabora informes y dictámenes que posibilitan la determinación de las responsabilidades pertinentes, y colabora con las autoridades encargadas de establecerlas.

5 - El sistema implementado, si bien adolece de deficiencias que pueden y deben mejorarse, ha demostrado ser efectivo en la práctica, por cuanto en el Uruguay la corrupción es un problema generalizado y estructural de la administración pública.

6 - El control externo a cargo del Tribunal de Cuentas es perfectible en un doble sentido: por un lado, mediante el dictado de normas necesarias para reglamentar y aumentar sus atribuciones específicas, aproximando el control a los organismos controlados, para permitirle combatir la corrupción en forma más efectiva; y por otro lado, dotándolo de los medios técnicos y los recursos humanos necesarios para poder desarrollar todas las funciones que tiene a su cargo y las que se le encomienden en forma eficaz. 7 - La retribución adecuada es vital para disponer de fiscalizadores de jerarquía y para obtener la dedicación que el ejercicio de la función requiere.

8 - Es importante que el Tribunal de Cuentas, encargado del control externo ejerza el control de gestión, pues es la institución más adecuada para hacerlo. Por su especialidad técnica y su posición ajena a los intereses de las entidades fiscalizadas, está en mejores condiciones de enfocar con objetividad e imparcialidad la manera como los órganos de la administración han utilizado los recursos públicos, y se han cumplido o incumplido con las metas programáticas fijadas. Además de determinar con precisión la responsabilidad con que los administradores utilizan los recursos públicos, esta modalidad de control permite ejercer una importante labor de cooperación con la administración.

9 - Si bien reconoce la importancia de la figura del Ombusman. respecto al ejercicio del control de la gestión de la hacienda pública. convendría fortalecer un organismo ya existente. de creación constitucional y con una experiencia de sesenta años en el ejercicio de la función, como es el Tribunal de Cuentas.

10 - Es importante que la Entidad Fiscalizadora Superior dé publicidad a sus actividades de control, a los efectos de jerarquizar su gestión ante la población, en tanto le corresponde vigilar el comportamiento de los funcionarios públicos.

IV - RECOMENDACIONES

1 - En la implementación del control que le corresponde, el Tribunal de Cuentas debe estar lo más cerca posible de las administraciones que debe controlar. El contacto con las mismas debe ser directo, para que el control resulte efectivo, no sólo en la detección de las irregularidades sino en la tarea de asesoradas respecto de las normas aplicables.

2 - La normativa vigente en Uruguay, otorga al Tribunal de Cuentas una serie de potestades que resultan muy útiles en la prevención y detección de los actos de corrupción que pueden darse en el funcionamiento de la administración pública. Pero para aumentar su efectividad, las mismas deberán ser concretadas y reglamentadas en la Ley Orgánica del Tribunal a dictarse, dando énfasis a los siguientes aspectos:

2.1 - El concepto moderno del control de gestión marca una evolución desde una noción primitiva del control de legalidad predominantemente formalista, hacia un control de resultados, que está destinado a transformarse en una colaboración utilísima para detectar las irregularidades y para ayudar a los administradores a determinar los cambios que sea necesario imprimir en el diseño y planificación de sus políticas, para la más eficaz y económica ejecución de sus programas y realizaciones.

2.2 - El Tribunal puede ejercer el control concomitante dispuesto por los arts. 211 lit. d y e y 228 de la Constitución de diversas formas que pueden resultar muy importantes para la detección en el momento de las irregularidades o actos de corrupción del actuar de las administraciones fiscalizadas.

Por ejemplo, radicar Comisiones o equipos interdisciplinarios permanentes en los centros administrativos de cierta importancia y más precisamente en contadurías generales u oficinas de contabilidad, recaudación y pagos; o destacar Comisiones o equipos temporal o transitoriamente en las sedes de los órganos o dependencias de menor importancia o rol), cometidos específicos determinados en áreas problemáticas.

Un mecanismo importante con que se cuenta para combatir la corrupción, es la realización de visitas inspectivas periódicas, ordinarias o sorpresivas, con el cometido de efectuar revisiones, averiguaciones, arqueos, auditorías contables, análisis de balances u otras verificaciones. La utilización de este mecanismo, sobre todo cuando es sorpresivo, permite la detección de las irregularidades en el manejo de los fondos públicos y posibilita el elevamiento de las pruebas de las mismas en forma eficiente (por ejemplo, mediante actas levantadas por escribano público) a los efectos de que las mismas resulten relevantes para la determinación

de las responsabilidades correspondientes y tengan validez tanto en el ámbito administrativo como en el jurisdiccional.

2.3 - El Tribunal debe tener una participación más activa en materia de sumarios, y en la determinación de las responsabilidades que correspondan por el irregular manejo de los fondos públicos, utilizando todos los recursos y todas las facultades que la Constitución y la ley le atribuyen. Por ejemplo, podrá realizar a tales efectos, las inspecciones y verificaciones previstas por el art. 99 del TOCAF, para determinar que todos los organismos remitan al Tribunal los sumarios a los efectos del control que le corresponde.

2.4 - Evaluar, orientar y coordinar los sistemas de control interno de la administración activa, porque sistemas de control interno informatizados y correctos constituyen una pieza imprescindible para evitar la corrupción en el manejo de los fondos públicos. Por otro lado, tal como sostiene Silva Cimma cuanto más certeros y eficaces sean los mecanismos de control interno de que esté dotada la administración, menos entorpecedor y dilatorio será el control externo a cargo del Tribunal.

2.5 - Dictar Ordenanzas que se relacionen con los sistemas de contabilidad aplicables y con la información que la contabilidad debe proporcionar, la que ha de ser integral, abarcando todo el sector público, y contar con planes de cuentas, procedimientos y estados finales uniformes, adecuados para proporcionar información útil, veraz y oportuna, todo ello a los efectos de posibilitar o facilitar sus funciones y tareas.

2.6 - Ejercer efectivamente la "superintendencia" sobre todas las oficinas de contabilidad, recaudación o pagos sujetas a su fiscalización. Por "superintendencia" debe entenderse la vigilancia general de una organización o materia proponiendo a quien corresponda las reformas de los mencionados servicios u oficinas.

2.7 - En definitiva, el Tribunal deberá propender a la consagración de un "sistema nacional de control financiero integral" con un efectivo interrelacionamiento, coordinación e integración de los sistemas de control interno con los de control externo, bajo la supervisión de la Entidad Fiscalizadora Superior.

3 - El lit. E del art. 211 de la Constitución faculta al Tribunal de Cuentas a intervenir "todo lo relativo a la gestión financiera de los órganos del Estado y denunciar ante quien corresponda todas las irregularidades en el manejo de fondos públicos e infracciones a las leyes de presupuesto y contabilidad". Dentro del marco de competencia determinado por este artículo, podrían atribuirse al Tribunal similares facultades y limitaciones a las consagradas por el derecho comparado para el Ombusman en este ámbito. La Ley Orgánica a dictarse o una ley especial, podría establecer la competencia del Tribunal para recibir denuncias de los administrados respecto de irregularidades que se cometan en el manejo de los fondos públicos en el actuar de la administración. Porque es el administrado en ejercicio de sus propios derechos y en representación de la sociedad toda, quien

se encuentra en posición privilegiada para efectuar dichas denuncias. Y por otro lado no existe otro organismo que pueda responder a esa demanda en mejores condiciones que el Tribunal de Cuentas en el ejercicio de las funciones que le fueron encomendadas por la Constitución.

.4 - Si se pretende que los organismos de control ejerzan con propiedad y eficiencia su importantísima función técnica de vigilar, fiscalizar y juzgar la legalidad y corrección del actuar de la administración en el ámbito económico-financiero, deben estar dotados de las máximas condiciones para llevadas a cabo.

El eje fundamental para contar con un eficaz sistema de control es disponer de un personal altamente calificado, con especiales condiciones de aptitud, idoneidad y vocación.

Los funcionarios que dirigen y realizan la función fiscalizadora deben llenar una serie de requisitos: estar imbuidos de una alta moralidad y sentido de probidad; tener una noción definida de la dinámica que requiere la administración y un cabal conocimiento de su funcionamiento y de sus fines; saber aquilatar y captar que su misión no puede transformarse en enervante de la actividad administrativa va por cuestiones intrascendentes o meros formalismos de detalle; tener serenidad de juicio y reflexión, independencia e imparcialidad para juzgar con acierto y ecuanimidad; tener sólida formación profesional, pericia, experiencia y sentido de responsabilidad. Por lo tanto deberán adoptarse normas relativas a la designación y el ingreso de los funcionarios que garanticen que los mismos cumplan con estos requisitos.

Como todos estos atributos imprescindibles no se forman ni adquieren solamente en la Universidad o en escuelas de capacitación, el entrenamiento debe ser constante y la actualización técnica permanente.

5 - Para que el Tribunal pueda ejercer sin limitaciones el control que constitucionalmente tiene a su cargo, debería completar su autonomía funcional con la presupuesta!.

6 - El Tribunal de Cuentas deberá tener una política comunicacional, que le permita destacar su papel como socialmente relevante. Debe encontrar su fuerza y respaldo en el reconocimiento público, pues es a la sociedad en su conjunto a quien interesa fundamentalmente el buen uso de los recursos públicos por los administradores del poder.

Habría que dar mayor información de las actividades públicas, no retacear el conocimiento de los grandes y pequeños problemas públicos a la comunidad, menos aún si se trata de elementos obtenidos en labores de fiscalización.

La eficiencia de la administración pública depende en gran parte de la eficacia del control logrado sobre los recursos públicos.