

ÉTICA Y FUNCIÓN PÚBLICA

Serie “Manuales de Capacitación” N°1

Montevideo

2009





Ética y Función Pública

*Serie:
"Manuales de Capacitación"
Nº 1*

*MONTEVIDEO
2009*

Junta de Transparencia y Ética Pública

Dr. Adolfo Pérez Piera
Presidente

Esc. Beatriz Pereira de Pólito
Vicepresidenta

Dr. Carlos Soares de Lima
Vocal

1ª ed. noviembre 2008

2ª ed. abril 2009

ISBN 978-9974-677-12-8

Editado por IMPO

Impreso en

Depósito Legal:

ÍNDICE

Presentación pág. 5

1.- ÉTICA PÚBLICA

1.1.- Conceptos básicos pág. 7

1.2.- Ética y Corrupción pág. 8

1.3.- Integridad Ética de los Funcionarios pág. 9

1.4.- El Orden Internacional pág. 11

1.5.- Ética, Función Pública y Administración pág. 12

2.- DEBATE Y NORMATIVA INTERNACIONAL SOBRE LA CORRUPCIÓN

2.1.- Los términos del debate pág. 14

2.2.- La normativa internacional pág. 15

2.3.- Los enfoques para combatir la corrupción pág. 18

3.- LAS NORMAS JURÍDICAS NACIONALES

3.1.- Principios constitucionales. Estatuto del funcionario . pág. 21

3.2.- Responsabilidad disciplinaria, penal, civil y política . pág. 23

3.3.- La ley 17.060: antecedentes y generalidades pág. 24

4.- NORMAS DE CONDUCTA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

4.1.- Introducción	pág. 26
4.2.- Objetivo de las Normas de Conducta de la Función Pública	pág. 27
4.3.- Definición de Corrupción	pág. 30
4.4.- Decreto 30/003	pág. 31

5.- LA RESPONSABILIDAD PENAL

5.1.- Derecho penal : su naturaleza cautelar	pág. 42
5.2.- Derecho penal objetivo	pág. 43
5.3.- Derecho penal subjetivo	pág. 44
5.4.- Principios del derecho penal contemporáneo	pág. 45
5.5.- Delitos contra la Administración Pública (Título IV del Código Penal)	pág. 46

6.- LA JUNTA DE TRANSPARENCIA Y ETICA PUBLICA

6.1 - Naturaleza y Cometidos	pág. 52
6.2.- Aspectos institucionales	pág. 54
6.3.- Aspectos sustanciales de su gestión	pág. 55
6.4.- Las denuncias ante la Junta	pág. 57

Bibliografía	pág. 59
---------------------------	---------

PRESENTACIÓN

Este manual acerca de la **“Ética y la Función Pública”**, tiene como propósito principal servir como material de apoyo a las actividades de capacitación y difusión que en el marco de los cometidos asignados por la Ley 17.060 de 23 de diciembre de 1998, desarrolla la Junta de Transparencia y Ética Pública.

Se trata en consecuencia de un material que contiene conceptos básicos sobre el tema, con fines didácticos y de naturaleza introductoria a la materia de Ética y Función Pública, destinado fundamentalmente a los funcionarios que realizan estas actividades formativas en la Escuela de Funcionarios Públicos “Aguiles Lanza” o en otras dependencias estatales.

El Manual consta de seis capítulos: *“Ética Pública”*, *“Debate y Normativa sobre la Corrupción”*, *“Las Normas Jurídicas Nacionales”*, *“Normas de Conducta de la Función Pública”*, *“La Responsabilidad Penal”* y *“La Junta de Transparencia y Ética Pública”* y es acompañado por una breve bibliografía general sobre el tema. Esta publicación tiene su complemento en otra realizada anteriormente por la Junta (*“Normas de Conducta en la Función Pública”*, 2003, 2007), que contiene normativa de naturaleza legal y reglamentaria, con alcance penal y administrativo, que regula la conducta de los funcionarios públicos en sus aspectos éticos.

Con esta publicación, así como con las actividades de capacitación que realiza la Junta, se cumple con uno de los cometidos esenciales de ésta, como es el estar en estrecho contacto con los funcionarios de los distintos Poderes del Estado, estableciendo una recíproca comunicación con ellos, no sólo para transmitir la normativa a la que deben ajustar su comportamiento funcional en tanto servidores públicos, sino también para extraer de ese diálogo la casuística administrativa que sirva de modelo para futuros ajustes de dicho marco normativo.

La Junta no ha cumplido aún diez años de existencia, estando por ello sus funciones vitales a mitad de camino entre la experiencia que va desarrollando y los cometidos que el legislador le ha conferido, por lo que se hace conveniente contar con una guía que oriente acerca de lo que es y lo que no es materia de su competencia y que sirva también de auxilio para mejorar tanto su perfil institucional, como el trazado y diseño de las políticas públicas en la materia.

Se ha recurrido para esta publicación, además de a integrantes de la propia Junta, a un grupo de especialistas en las distintas ramas del Derecho Público, Penal o Administrativo, grupo calificado de técnicos que habitualmente colabora con la misma con su asesoramiento o en el dictado de cursos de capacitación y con quienes se comparten conocimientos, inquietudes y trabajos en las distintas materias que hacen a los cometidos y competencias de la vida del organismo. A todos ellos gracias, muchas gracias por su cooperación.

1.- ÉTICA PÚBLICA *

1.1.- Conceptos básicos.

“La ética es la convicción humana de que no todo vale por igual, de que hay razones para preferir un tipo de actuación a otro”, expresa Fernando Savater.

Muchas veces, entendemos a la ética y a la moral como la misma cosa, sin embargo como lo señala Adela Cortina existe una diferencia entre ellas. Mientras que la ética incide en las decisiones correctas de la conducta humana, a través de cánones morales, no señala lo que es bueno y malo hacer (moral), sino cuándo lo es (ética).

La cuestión de la ética en la actualidad es de innegable importancia, sin perjuicio de ello desde el principio de las civilizaciones, se entendió necesario establecer códigos de buena conducta referidos a los funcionarios públicos. Como ejemplos se pueden mencionar el Código de Hammurabi, la Ley de Moisés, la ley de Atenea, la ley Romana o los principios chinos sobre conducta pública basados en las enseñanzas de Confucio, la legislación de Felipe IV de 1622 según la cual los gobernadores, corregidores y alcaldes no debían ser admitidos al uso y ejercicio de sus oficios,

* Dra. Mariela Cajiga

sino presentaban el inventario de todos sus bienes y haciendas. Es así que se transitó un largo camino hasta la década de los setenta (siglo XX) donde comienza la preocupación por la ética en el desarrollo del estudio y de la práctica de la Administración Pública.

Por su parte, la ética pública o probidad pública tiene un fuerte relacionamiento con los derechos humanos; la transparencia, la rendición de cuentas (accountability), y la lucha contra la corrupción, todos ellos elementos esenciales para construir fuertes y sustentables democracias. La transparencia y la rendición de cuentas hacen necesaria la participación de la sociedad civil en la fiscalización de las políticas públicas, así como en su elaboración y ejecución.

1.2 .- Ética y Corrupción.

Cuando nos referimos a la ética, de alguna manera nos aparece junto a ella el concepto de corrupción. La corrupción es una de las facetas negativas de la ética pública, la otra faceta es el trabajo bien hecho, la labor eficaz y siempre pensando en los ciudadanos. Los funcionarios públicos realizan una tarea de servicio público, llevan a cabo tareas que satisfacen necesidades sociales, de ahí la importancia de la idea de servicio en la función pública.

Existe una necesidad de establecer principios para la regulación de las pautas de comportamiento ético de los funcionarios públicos. Si observamos cualquier proceso social nos encontramos con lo que Carlos Nino llamaba “*anomia boba*”, entendiendo por tal a la resistencia de ajustar nuestras conductas a las reglas, las que pueden ser de diverso tipo, de simple coordinación, morales o jurídicas, según explica el autor.

Este fenómeno de la anomia ha jugado un papel importante en la relación del Estado con la sociedad. La arbitrariedad, la arrogancia, y la personalización del poder son de alguna manera formas de no ajustar nuestra vida a reglas conocidas y aceptadas por todos.

La manera de superar la anomia es fortaleciendo una cultura de aceptación y obediencia a las reglas. Lo que importa es el cumplimiento de las reglas, desde una perspectiva de generalidad y no de juzgar cada caso en particular. A este respecto Marcelo Alegre expresa que *“un buen sistema de pautas éticas es aquel que no se propone como objetivo alcanzar los mejores resultados en cada caso en particular, porque ello implicaría de antemano renunciar a un sistema de reglas generales a favor de un casuismo intuitivo”*.

Más allá del acatamiento a la norma, como hecho objetivo es necesario como expresa Rodríguez Arana, la interiorización de las virtudes morales por las personas concretas. La unidad de la persona y los principios generales de la Ética pública se aplican igualmente a quien está investido de un cargo público, y actúa como tal en ese carácter o en ámbito privado.

1.3.- Integridad Ética de los Funcionarios.

Un problema a plantear en toda regulación de ética pública es el de cuán exigente puede ser el Estado respecto de la integridad ética de sus funcionarios. Un Estado democrático debe evitar la imposición de pautas de moral personal, lo que puede hacer es difundir pautas éticas entre los ciudadanos en cuanto tengan lugar en el foro público.

La idea de moral ciudadana es un parámetro exigible a todas las personas, con independencia de su desempeño en la sociedad; en realidad el nivel de exigencia (ética) es el mismo para el ciudadano común que para el funcionario. Cualquier ciudadano con un mínimo de integridad personal puede ingresar a la función pública.

En Uruguay existe normativa aplicable en punto a la ética pública, a nivel constitucional y legal.

La Constitución establece en el artículo 58 que “*en los lugares y horas de trabajo queda prohibida toda actividad ajena a la función*”. J.J. de Aréchaga expresó que “*es un principio elemental de disciplina administrativa que no necesita ser proclamado ni por texto legal ni constitucional*”.

El artículo 59, a su vez, establece “*la base fundamental de que el funcionario existe para la función y no la función para el funcionario*”.

La ley 17.060 de 23 de diciembre de 1998 contiene disposiciones relacionadas con la materia. Su ámbito orgánico está integrado por todas las entidades estatales y por las personas de derecho público no estatales. El ámbito subjetivo es el de todos quienes ejercen un cargo o cumplen una función en esas instituciones. Explicita los principios de respeto, imparcialidad, rectitud, e idoneidad.

A nivel reglamentario el decreto 500/991 al referirse a la responsabilidad de los funcionarios públicos consagra el derecho al respeto a la honra, el reconocimiento de su dignidad y las garantías del debido proceso. Por su parte el decreto 30/003 del 23 de enero de 2003 reglamenta y ordena las normas de conducta de la función pública (artículos 8 a 23).

1.4.- El Orden Internacional.

En el orden internacional, en junio de 2003 los Estados Iberoamericanos suscribieron en Bolivia la Carta Iberoamericana de la Función Pública, respaldada por la XIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno; en este documento se resalta la convicción de la profesionalización de la función pública como requisito indispensable para lograr un mejor Estado. Y además, se concibe a la función pública como uno de los elementos centrales de articulación de los sistemas político-administrativo, resaltando la necesidad de la modernización de las políticas públicas de gestión de empleo y recursos humanos.

Por su parte en la VIII Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado, celebrada en Montevideo en junio 2006, los Estados Iberoamericanos suscribieron el Código Iberoamericano del Buen Gobierno. En ese Código se articulan tres tipos de reglas de conducta, unas vinculadas a la naturaleza democrática de gobierno, otras a la ética gubernamental y por último, las que refieren a la gestión pública.

En lo que respecta a la ética gubernamental, los altos funcionarios evitarán el abuso de poder y el conflicto de intereses con su cargo público. Se responsabilizarán políticamente por las decisiones propias y de los organismos que dirigen, ejerciendo de buena fe y dedicación el servicio público.

Resalta que la gestión pública debe tener un enfoque centrado en el ciudadano, mejorando la calidad de la información, la atención y los servicios prestados, en un aspecto que se diferencia así de la Carta Iberoamericana en la que no aparece explícitamente el rol del destinatario de la función pública, la persona humana.

1.5.- Ética, Función Pública y Administración.

De lo que se ha dicho, se puede establecer que el desarrollo de la función pública profesional es una condición necesaria, pero no la única para un mejor gobierno. La función pública meritocrática constituye un recurso disponible para la mejor gestión de los asuntos públicos, que conciernen al conjunto de la sociedad.

Las reformas a la función pública deben contar con la participación de los representantes electos y de la sociedad civil, ya que su participación es clave en el proceso de cambio. De ahí la importancia de la interacción del gobierno y la sociedad civil y de ésta entre sí, ya que el poder de la sociedad civil reside en su capacidad de discutir, denunciar y proponer.

Otro aspecto a tener en cuenta es la democratización de la función pública como camino para que el servicio civil cumpla su desempeño de acuerdo al interés público. Así la responsabilidad de los funcionarios exige dar cuenta no sólo al interior del servicio, sino a un espectro más amplio de actores, políticos, usuarios y ciudadanos.

Por último es dable señalar que la ética pública va más allá del estricto cumplimiento de la legalidad vigente como parámetro de moralidad, es así que Rodríguez Arana señala que se debe combatir el paradigma, que supone una desnaturalización de lo que siempre se ha entendido como parámetro de actuación de los funcionarios públicos. Es el planteamiento legalista en virtud del cual la ley es el paradigma de la moralidad. Transparencia Internacional expresa: *no es suficiente que los gobiernos tengan sólo estructuras basadas en reglas o sustentadas en su cumplimiento. Los sistemas de cumplimiento por sí solos pueden motivar, de manera inadvertida,*

a que algunos servidores públicos ejerzan sus funciones simplemente al filo del mal comportamiento, argumentando que si no violan la ley, ello significa que están actuando éticamente. (Transparencia Internacional, 2000, p. 276).

La ética debe proporcionar una capacidad de reflexión y de análisis de los problemas que plantea la función pública con la idea de servicio a la colectividad. Debe existir un planteamiento ético del trabajo administrativo, ya que de lo contrario se vacía de contenido la labor de los funcionarios públicos.

En definitiva la idea de servicio público está vinculada con el Estado democrático y social de derecho y por el respeto de los derechos fundamentales. La Administración Pública en cuanto servidora de los intereses de la colectividad debe promover el libre ejercicio de los derechos de los ciudadanos, siendo éste el contenido esencial de la ética del servicio público.

2.- DEBATE Y NORMATIVA INTERNACIONAL SOBRE LA CORRUPCIÓN*

2.1.- Los términos del debate.

Si bien el fenómeno de la corrupción está asociado históricamente al ejercicio del poder, en los últimos años y particularmente desde mediados de la década de los 90 el tema ha tenido una fuerte presencia pública a nivel nacional e internacional, generando no sólo impactos políticos y sociales en muchos países, sino también un amplio debate tendiente a analizar sus causas y efectos y los consecuentes correctivos a implementar.

En la irrupción de la corrupción como fenómeno de primer nivel en la consideración del debate político, surgen distintas circunstancias que han contribuido a otorgarle ese protagonismo.

Por una parte, un cierto avance de las concepciones democráticas que perciben en el ejercicio abusivo del poder una desviación que tiende a la erosión de la estabilidad institucional. Los procesos de

* Dr. Adolfo Pérez Piera

democratización que ha vivido América Latina durante la década de los 80 y los países del este europeo después de la caída del muro de Berlín, han significado un retraimiento en la presencia de los regímenes autoritarios y el surgimiento simultáneo de nuevos actores sociales con vocación de participación y control en la gestión pública.

Asimismo, en el marco del intenso proceso de globalización de las relaciones internacionales que se registra desde hace varias décadas, también ha ido surgiendo una creciente interconexión económica y financiera en la que repercute sensiblemente el fenómeno de corrupción a sus distintos niveles. Los circuitos financieros, caracterizados cada vez más por su alta volatilidad, atraviesan hoy todas las economías nacionales y la consolidación de los países emergentes en gran medida está condicionada por las seguridades que otorguen los respectivos gobiernos.

De esta forma, la falta de transparencia y un manejo distorsionado de las finanzas públicas no sólo afectan la estabilidad democrática y los niveles de cohesión social, sino que también inciden directamente en la credibilidad del país, resintiendo sus expectativas de desarrollo económico y en definitiva, los derechos humanos de las sociedades afectadas.

2.2.- La normativa internacional.

En el curso de ese debate internacional se aprobaron tratados y convenciones orientadas a comprometer a los Estados firmantes en la lucha contra la corrupción y a cooperar entre ellos a ese fin. Desde la **Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC)**, aprobada en Caracas el 29 de marzo de 1996 hasta la **Convención**

de Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC) sancionada el 31 de octubre de 2003 por la Asamblea General, se aprobaron varias convenciones regionales sobre el tema y algunas otras en Naciones Unidas vinculadas al delito transnacional en sus distintas expresiones.

Uruguay no sólo ha suscrito la mayoría de ellas, sino que participa activamente en las instancias de seguimiento y evaluación de los compromisos asumidos por los Estados parte, siendo la Junta de Transparencia y Etica Pública el organismo que representa al país en dichas actuaciones.

La Convención Interamericana es pionera en la materia y fue a su influjo que se sancionó en Uruguay la Ley N°.17.060 de 23 de diciembre de 1998, por la cual se implementan varias de las medidas anticorrupción previstas en la CICC y se crea la Junta.

Dos objetivos centrales animan la Convención:

- *“Promover y fortalecer el desarrollo, por cada uno de los Estados parte, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción”*
- *“Promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados parte a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detecta, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas”*

Entre las principales medidas sugeridas para que los Estados parte prevengan la corrupción, se encuentran la de establecer sistemas de declaración de bienes e ingresos a los funcionarios, sancionar un cuerpo de normas de conducta, establecer sistemas de protección de denunciantes de actos de corrupción, tipificar los principales

delitos en esta materia, crear órganos de contralor especializado y promover mecanismos de asistencia y cooperación a nivel internacional.

La Convención Interamericana cuenta asimismo con un ámbito regular de evaluación, integrado por expertos nacionales designados por cada país, sobre el cumplimiento por los Estados parte de los compromisos asumidos (Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción, “MESICIC”).

La Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción fue sancionada por la Asamblea General de la ONU el 31 de octubre de 2003 y ratificada a nivel nacional por Ley N° 18.056 de 18 de noviembre de 2006.

Consta de un Preámbulo y 71 artículos y recoge, actualiza y complementa los contenidos de las convenciones regionales que la precedieron. Entre los nuevos temas que se enfatizan se encuentra el de recuperación de activos y los actos de corrupción a nivel privado.

La Convención de la ONU ha sido ya ratificada por más de 140 países y se prevé también la existencia de mecanismos de seguimiento para evaluar el grado de cumplimiento por parte de los países signatarios de las obligaciones asumidas.

Ambos instrumentos jurídicos, junto a otros Tratados y Convenciones signados por el país, forman parte junto a la normativa nacional (Constitución, leyes, decretos), del ordenamiento positivo que Uruguay se ha dado para confrontar el fenómeno de la corrupción.

2.3.- Los enfoques para combatir la corrupción.

A nivel de las políticas públicas a implementar para combatir la corrupción, entendida ésta como el “*uso indebido del poder público o de la función pública, para obtener un provecho económico para sí o para otro, se haya consumado o no un daño al Estado*” (art. 3 de la Ley 17060), deben distinguirse aquellas de carácter preventivo, que tienden a acotar el margen para la configuración de la corrupción, de aquellas de carácter represivo, orientadas a encarar su sanción y corrección. De entre ellas, pueden destacarse:

A) De carácter preventivo:

- conformar un entorno ético a los poderes públicos, afirmando valores que como la libertad, la democracia y la transparencia deben imbuir la gestión estatal
- asumir la preeminencia del interés general en la prestación de los servicios públicos
- garantizar un efectivo contrapeso de los poderes públicos, reconociendo la independencia del Poder Judicial y dotándolo de los recursos necesarios para su eficiente funcionamiento
- promover y facilitar la participación y el control social sobre el funcionamiento del Estado y la conducta de los agentes públicos
- reconocer la más amplia libertad de expresión y de actuación de los medios de comunicación social, sin perjuicio de las responsabilidades respectivas

- asegurar el eficiente funcionamiento de los ámbitos institucionales de contralor: Cuerpo Electoral, Parlamento, Tribunal de Cuentas, Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Ministerio Público y Fiscal, Corte Electoral, Auditorías, organismos anticorrupción
- afirmar en definitiva, la plena vigencia del Estado de Derecho

B) De carácter represivo :

- Existencia de un adecuado marco normativo, integrado a nivel nacional e internacional con disposiciones que tipifiquen los actos y delitos de corrupción y prevean los mecanismos para procesar su sanción.
- Conferir a la Administración potestades y mecanismos para detectar y sancionar los actos de corrupción, atribuyéndole responsabilidades específicas en caso de omisión
- Funcionamiento autónomo y eficiente de la actividad jurisdiccional
- Establecimiento de mecanismos efectivos de cooperación y asistencia internacional

Ambos enfoques deben estar reflejados y articulados en el marco de las políticas públicas que con este objetivo desarrolle el Estado, las cuales, sin perjuicio de las responsabilidades específicas de los organismos de contralor, deben comprometer al conjunto de la gestión pública.

Porque la lucha contra la corrupción no es un cometido adicional confiado sólo a la acción particularizada de determinados ámbitos estatales, sino que la búsqueda de la transparencia y la probidad en

el funcionamiento del Estado, debe ser parte sustancial del estilo de gobierno imperante, trascendiendo a los partidos que transitoriamente ejerzan el mismo y comprometiendo al conjunto del sistema político.

A su vez, corresponde a la sociedad civil un rol protagónico en la afirmación de esos valores, a través de su participación regular en el funcionamiento democrático y de ejercer controles sobre la acción estatal, controles que el propio Estado debe promover y facilitar.

3.- LAS NORMAS JURÍDICAS NACIONALES *

3.1.- Principios constitucionales. Estatuto del funcionario.

Además de la normativa internacional incorporada al derecho positivo uruguayo a través de la aprobación de los tratados y convenios respectivos, Uruguay posee un amplio marco normativo que regula y reglamenta la actuación de los servidores públicos y en el que se establecen principios generales respecto a los fines que deben orientar toda la gestión pública.

El Estado desarrolla múltiples actividades de variada naturaleza (administrativa, legislativa, jurisdiccional) y para ello, le resulta indispensable contar con individuos concretos que las realicen, con distintos niveles de participación y responsabilidad en aquéllas.

En cualquier caso, estamos frente al servidor o funcionario público, que se vincula con el Estado de una forma especial - mediante la relación funcional- por la cual el individuo se obliga a realizar función pública, en la forma y condiciones que el Estado establezca unilateralmente.

* Dra. Mariela Muniz

En su actividad como servidor público, esa persona está sometida a un Estatuto particular -el Estatuto del Funcionario-, entendido éste, como *“conjunto orgánico de normas legales que regulan los derechos, deberes y obligaciones de los funcionarios públicos”*, como expresaba el Profesor E. Sayagués Laso.

Los pilares del Estatuto del Funcionario surgen de la propia Constitución que dispone que la ley debe reglamentarlo ... *“sobre la base de que el funcionario existe para la función y no la función para el funcionario”*, y a su vez que ... *“los funcionarios están al servicio de la Nación y no de una fracción política”* (artículos 58 y 59). Estas disposiciones deben complementarse con las de los artículos 59 y 60 de la Constitución que establecen la carrera administrativa para los funcionarios presupuestados de la Administración Central, los Gobiernos Departamentales, Entes Autónomos comerciales e industriales y de enseñanza.

En el texto constitucional no hay una definición de funcionario; no obstante, Sayagués Laso, en su Tratado de Derecho Administrativo (T. 1 pág. 255 8ª Edición), proponía entender por tal *“a todo individuo que ejerce funciones públicas en una entidad estatal, incorporado mediante designación u otro procedimiento legal”*, sugiriendo un criterio amplio de definición que fue, en definitiva, recogido por la doctrina y la jurisprudencia nacional.

El artículo 2 de la ley N° 17.060 de 23 de diciembre de 1998 - que define a su vez, la corrupción- establece que a sus efectos, ...”*se entiende por funcionarios públicos, las personas a las que refiere el artículo 175 del Código Penal*”. Y por su parte, el artículo 175 mencionado dispone que *“se reputan funcionarios a todos los que ejercen un cargo o desempeñan una función retribuida o*

gratuita, permanente o temporaria, de carácter legislativo, administrativo o judicial, en el Estado, en el Municipio o en cualquier ente público o persona pública no estatal”.

3.2.- Responsabilidad disciplinaria, penal, civil y política.

Dado que la Administración está obligada a asegurar el correcto funcionamiento de los servicios a su cargo, puede y debe exigir a sus funcionarios el estricto cumplimiento de sus deberes y en caso de incumplimiento, ejercer su potestad disciplinaria, para determinar si existe responsabilidad del funcionario y en caso afirmativo, aplicar la sanción administrativa correspondiente.

Sin embargo, ciertas inconductas de los funcionarios encuadran en las figuras delictivas previstas en la legislación penal, y son pasibles de ser juzgados por los delitos que hayan cometido en el ejercicio de la función pública, básicamente comprendidos en los delitos contra la Administración Pública, y la Economía y Hacienda Pública.

Además, si la conducta indebida de un funcionario, provocó daños a terceros o a la propia Administración, el funcionario puede ser responsable patrimonialmente por los perjuicios ocasionados (artículos 24 y 25 de la Constitución). Es el ámbito de la responsabilidad civil.

Los casos de responsabilidad política, regulados básicamente por la Constitución, se limitan a ciertos funcionarios denominados genéricamente gobernantes.

3.3.- La ley 17.060: antecedentes y generalidades.

Uruguay ratificó la Convención Interamericana contra la Corrupción de Caracas de 1996, por la Ley N° 17.008 de 25 de setiembre de 1998; de este modo quedó incorporada a la legislación nacional la Convención y de ello se derivó una necesaria revisión de la legislación nacional para cumplir con ese compromiso internacional asumido por el Estado.

Con dicho objetivo, en julio de 1996, el Poder Ejecutivo remitió al Parlamento, un proyecto denominado “*Ley de prevención y lucha contra la corrupción*”, que es el antecedente más inmediato de la ley N° 17.060 finalmente sancionada bajo el nombre “*Díctanse normas referidas al uso indebido del poder público (Corrupción)*” el 23 de diciembre de 1998. El texto aprobado sufrió importantes modificaciones en el proceso de discusión legislativa respecto del originariamente propuesto.

La ley se estructura en 8 capítulos que comprenden 38 artículos y abordan distintos temas:

- el capítulo I refiere al ámbito de aplicación y definiciones;
- el capítulo II crea la Junta de Transparencia y Ética Pública, determinando su estructura y asignándole sus cometidos;
- el capítulo III refiere al Control Social, incluyendo pautas para la transparencia en la gestión pública en el ámbito de las contrataciones estatales y afianzando el carácter público de

los actos, documentos y otros elementos relativos a la función pública, con alguna salvedad ;

- el Capítulo IV, versa sobre las disposiciones penales - básicamente refleja el ajuste de la legislación nacional a los compromisos asumidos por el país tras la aprobación de la Convención Interamericana contra la Corrupción en 1996, mediante cambios en varias figuras penales ya previstas y la inclusión de dos nuevos delitos;
- el capítulo V regula la temática de la Declaración Jurada de bienes e ingresos de las autoridades y funcionarios públicos;
- el capítulo VI los aspectos administrativos en especial relación con la conducta del funcionario público y los principios que deben regirla (probidad, imparcialidad, rectitud, idoneidad)
- el capítulo VII, aborda el ámbito internacional y refiere al cohecho y al soborno transnacionales, al blanqueo de dinero y a la cooperación internacional
- y por último, las disposiciones finales se integran en el capítulo VIII.

4.- NORMAS DE CONDUCTA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA *

4.1.- Introducción.

Como se ha expuesto en el capítulo precedente, el ejercicio de la función pública está regido por un conjunto de normas jurídicas de diferente rango jerárquico que imponen un determinado comportamiento a todo funcionario público en el desempeño de sus funciones.

Ya se ha hecho referencia al principio rector establecido en el artículo 58 de la Constitución: *“Los funcionarios están al servicio de la Nación y no de una fracción política. En los lugares y horas de trabajo, queda prohibida toda actividad ajena a la función, reputándose ilícita la dirigida a fines de proselitismo de cualquier especie.”*

Principio rector complementario al consagrado en el artículo 59: *“el funcionario existe para la función y no la función para el funcionario”*.

* Dra. Susana Carrere

Asimismo los artículos 60, 61, 62, 63, 66, 181, 309, y 311 refieren a la relación funcional, estableciendo las bases sobre las cuales se ha de regir dicha relación.

Cada uno de los estatutos de los funcionarios públicos, tengan éstos rango legal o reglamentario contienen normas de conducta, dictadas al amparo de las normas constitucionales. Dichos estatutos establecen derechos, deberes y garantías de los funcionarios, como así también las responsabilidades inherentes al desempeño de la función, delineando el ámbito subjetivo de aplicación.

Como se ha referido precedentemente, tanto la doctrina nacional como el ordenamiento jurídico, han adoptado un concepto amplio de funcionario público, el que se encuentra también recogido en el art. 2 del Decreto 30/003 de 23/01/03, disposición que establece el ámbito subjetivo de aplicación de las Normas de Conducta contenidas en dicho decreto.

En consecuencia, se aplican las Normas de Conducta a todos aquellos individuos que ejercen función pública, incorporados por procedimiento legal, en todo el ámbito del Estado, sean o no de carrera, retribuidos u honorarios, presupuestados, contratados, o bajo otra denominación legalmente instituida.

4.2.- Objetivo de las Normas de Conducta de la Función Pública.

Las Normas de Conducta en la Función Pública tienen por objeto establecer pautas claras que regulen el comportamiento que deben observar los agentes públicos en el ejercicio de las funciones que desempeñan en la administración pública nacional. Dichas normas constituyen deberes impuestos a los funcionarios públicos cuyo

incumplimiento configuran faltas disciplinarias, sin perjuicio de la responsabilidad civil y o penal prevista por la Constitución y las leyes.

Como se ha expresado, desde hace ya varias décadas se ha detectado el crecimiento de un fenómeno que si bien trasciende el ámbito público, constituyéndose en un fenómeno social, provoca en aquel, un daño mayor en tanto socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad y el orden moral. Nos referimos al fenómeno denominado “Corrupción”. Este fenómeno no conoce de tiempos ni de fronteras, Montesquieu afirmó *“La constante expectativa demuestra que todos los hombres investidos de poder son capaces de abusar de él y de hacer su autoridad tanto como puedan”*.

Como se ha señalado precedentemente, Uruguay aprobó por Ley N° 17.008 de 25 de setiembre de 1998 la Convención Interamericana contra la Corrupción, cuyos preceptos constituyen derecho positivo vigente en nuestro ordenamiento jurídico.

Los objetivos propuestos por dicha Convención, consisten en promover y fortalecer el desarrollo de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción. Es en ese sentido que se hace necesaria la adopción parte del Estado de medidas preventivas destinadas a fortalecer los sistemas institucionales, tales como:

- A) El dictado de normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas.
- B) La adopción de mecanismos para hacer efectivo el cumplimiento de dichas normas de conducta.

- C) El dictado de instrucciones al personal de las entidades públicas.
- D) Establecer sistema para la declaración de los ingresos, activos y pasivos por parte de las personas que desempeñan funciones públicas.
- E) Delinear sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas.
- F) Establecer sistemas adecuados para la recaudación y control de los ingresos del Estado que impidan la corrupción.
- G) Establecer sistemas para proteger a los funcionarios públicos y ciudadanos particulares que denuncien de buena fe, actos de corrupción.
- H) Existencia de órganos de control superior con el fin de desarrollar mecanismos modernos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar las prácticas corruptas.
- I) Implementar medidas que impidan el soborno de funcionarios públicos.
- J) Implementar mecanismos para estimular la participación de la sociedad civil y de las organizaciones no gubernamentales en los esfuerzos destinados a prevenir la corrupción.

En cumplimiento de la obligación asumida por nuestro Estado al ratificar la Convención Interamericana contra la Corrupción, es que

precisamente se dicta la conocida como “Ley Anticorrupción” N° 17.060 de 23 de Diciembre de 1998.

4.3.- Definición de Corrupción.

Se ha definido la corrupción que se enmarca en el ámbito público como *“el mal uso o abuso del poder público para beneficio personal y privado.”*, o bien como ... *“ Uso indebido de los ámbitos oficiales para la obtención de resultados no oficiales.”*

El artículo 3 de la Ley 17.060 establece *“A los efectos del Capítulo II de la presente ley se entiende por corrupción el uso indebido del poder público o de la función pública, para obtener un provecho económico para sí o para otro, se haya consumado o no un daño al Estado.”* Esta norma es recogida en el artículo 10 del Dec. 30/03.

Tratando de señalar las claves del concepto Corrupción, pueden mencionarse:

- a) uso indebido del poder o función pública
- b) desviación de poder
- c) en general, enriquecimiento particular ilícito
- d) violación de deberes u obligaciones funcionales
- e) existencia de un conflicto entre el interés público y el privado
- f) acto racional del funcionario público que viola los deberes inherentes a su función.

4.4.- Decreto 30/003.

En el marco de la Convención Interamericana contra la Corrupción y de la Ley 17.060, el Poder Ejecutivo de acuerdo a la competencia atribuida por la Constitución de la República de reglamentar las leyes dicta el decreto 30/003 referido a las Normas de Conducta de la Función Pública.

4.4.1.- Ámbito orgánico de aplicación: Art. 3 del Decreto (Art. 1 Ley 17.060) Las normas de conducta contenidas en el decreto se aplican a todos los órganos del Estado.

4.4.2.- Ámbito subjetivo de aplicación: Art. 2 del Decreto (Art. 2 Ley 17.060)

Las normas de conducta contenidas en el decreto le son aplicables a todos los funcionarios públicos e incluso a los funcionarios de las personas públicas no estatales.

4.4.3.- Eficacia de las normas comprendidas en el decreto: Art. 4 del Decreto (Art. 24 inc. 2 Ley 17.060)

- a) Las normas de conducta constituirán además criterios interpretativos del correcto y debido actuar de las entidades y sujetos comprendidos en la materia de su competencia.
- b) El dictado de los instructivos u órdenes de servicio relativos a las normas de conducta en cada organismo corresponde al órgano jerarca en el ámbito de su competencia.

4.4.4.- Cumplimiento de las normas de conducta: Art. 38 del Decreto

El incumplimiento de los deberes explicitados en el presente decreto y la violación de las prohibiciones contenidas en él constituirán Faltas Disciplinarias, que serán objeto de sanción proporcional a su gravedad, previa sustanciación del procedimiento disciplinario correspondiente.

4.4.5.- Consultas. Art. 44 del Decreto.

Los organismos públicos podrán recabar la opinión de la Junta de Transparencia y Etica Pública, relativa a la aplicación del presente decreto.

4.4.6.- Principios Generales:

Son principios rectores de los deberes y conductas de los servidores públicos:

- : Preeminencia del interés general (Art. 59 de la Constitución y Art. 8 del Dec. 30/003).

Este artículo recoge el principio consagrado en nuestra Constitución de que el funcionario existe para la función y no la función para el funcionario, indicando claramente como se debe desarrollar la conducta funcional, teniendo en cuenta siempre que los fines públicos excluyen cualquier comportamiento en desmedro del interés colectivo.

- : Interés Público. (Art. 9 del Dec. 30/003)

En el ejercicio de sus funciones, el funcionario público debe actuar en todo momento en consideración del interés público, conforme con las normas dictadas por los órganos competentes. En el ejercicio de sus funciones la conducta del funcionario debe tender a la satisfacción de las necesidades colectivas de manera regular y continua a cuyo servicio se encuentra. La satisfacción de necesidades

colectivas debe ser compatible con la protección de los derechos individuales, los inherentes a la personalidad humana o los que derivan de la forma republicana de gobierno (art. 7 y 72 de la Constitución).

: Buena Fe y Lealtad. (Art. 9 y 13 del Dec. 30/003)

La vocación de servicio, que inspira la actuación de los servidores públicos, excluye conductas, motivaciones e intereses que no sean los institucionales y se exterioriza en acciones basadas en el principio de buena fe y de entrega diligente a las tareas asignadas.

: Imparcialidad de las decisiones adoptadas. (Arts. 16 del Dec. 30/003 y 21 de la Ley 17.060).

Obliga a los servidores públicos a actuar, respecto a las personas que demandan o solicitan sus servicios sin ningún tipo de preferencias y sólo en razón del mérito, legalidad, motivaciones objetivas, evitando todo tipo de trato preferencial o discriminatorio. Este principio encuentra su base en el artículo 8 de la Constitución de la República y artículo 15 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ratificada por Ley 15.737.

: Rectitud en el ejercicio de sus funciones. (Art. 9 del Dec.30/003)

Implica una conducta honesta por parte del funcionario público.

: Idónea administración de los recursos públicos. (Art. 9 del Dec.30/003)

Impone a los funcionarios la obligación de aplicar los recursos públicos que le son confiados, a los objetivos y fines previstos con sujeción a las normas.

: Probidad. (Art. 11 y 12 del Dec. 30/003)

Obliga al funcionario público a observar una conducta honesta, recta e íntegra, desestimando todo provecho o ventaja de cualquier naturaleza obtenido por sí o por interpuesta persona, para sí o para terceros, en el desempeño de sus funciones, con preeminencia del interés público sobre cualquier otro. Son conductas contrarias a la probidad:

*Negar información o documentación que haya sido solicitada de conformidad de la ley.

*Valerse del cargo para influir sobre una persona con el objeto de obtener un beneficio directo o indirecto para sí o para un tercero.

*Tomar en préstamo o bajo cualquier otra forma, dinero o bienes de la institución, salvo que la ley lo autorice.

*Intervenir en las decisiones que recaigan en asuntos en que haya participado privadamente como técnico, o pueda existir alguna implicancia en la que se encuentren involucrados los intereses públicos con los particulares.

*Usar en beneficio propio o de terceros información reservada o privilegiada de la que se tenga conocimiento en el ejercicio de la función.

: Legalidad y Obediencia. (Art. 14 del Dec. 30/003)

El ejercicio de la función pública impone al funcionario el deber de conocer la Constitución, las leyes, los decretos y las resoluciones que regulan su actividad funcional, debiendo actuar conforme a las mismas. Comporta la observancia y el estricto cumplimiento de las normas. Asimismo deberá cumplir las órdenes impartidas por sus

superiores jerárquicos en el ámbito de su competencia, dentro de los límites de la obediencia debida.

- : Respeto. (Art. 15 del Dec. 30/003 y 21 de la Ley 17.060.)

Impone al servidor público actuar con el debido respeto y decoro hacia los demás funcionarios, y a las demás personas con las que deba tratar en el desempeño de sus funciones, y evitar toda clase de desconsideración.

- : Transparencia y Publicidad. (Art. 18 del Dec. 30/003, art. 7 de la Ley 17.060, art. 694 de la Ley 16.736 y art. 21 del Dec. 354/99).

Exige del servidor público la ejecución diáfana de los actos de servicio, e implica que éstos tienen en principio carácter público y son accesibles al conocimiento de toda persona física o jurídica que tenga interés en el asunto. Asimismo los documentos y demás elementos relativos al ejercicio de su función pueden ser libremente divulgados, salvo que por su naturaleza deban permanecer reservados o secretos o hayan sido declarados tales por ley o resolución fundada.

- : Eficacia y Eficiencia. (Art. 19 del Dec. 30/003).

Comporta la realización de los programas y actuaciones funcionales con el menor costo posible para los contribuyentes, en el menor tiempo posible y con logro óptimo de los objetivos planteados.

- : Eficiencia en la contratación. (Art. 20 del Dec. 30/003, Art. 5 y 11 literal H de la Ley 17.060 y Dec. 354/99).

Los funcionarios públicos se encuentran obligados a respetar

estrictamente los procedimientos de contratación aplicables a cada caso y ajustar su actuación a los principios que rigen la contratación administrativa: flexibilidad, delegación, ausencia de ritualismo, materialidad frente al formalismo, veracidad salvo prueba en contrario e Igualdad de los oferentes.

: Motivación de las decisiones. (Art. 21 del Dec.30/003).

El funcionario público debe motivar los actos que dicta. Debe explicitar las razones de hecho y de derecho que fundamentan sus actos y realizar una relación directa y concreta de los hechos que justifiquen la decisión adoptada. No son admisibles fórmulas generales de fundamentación.

: Idoneidad y Capacitación. (Art. 22 del Dec. 30/003 y Art. 21 y 28 de la Ley 17.060).

El funcionario público debe ser apto para el desempeño de las tareas públicas que le son asignadas. Implica la obligación de capacitarse para actuar con pleno conocimiento de las materias sometidas a su consideración. Implica también la obligación de asistir a los cursos de actualización.

: Buena Administración Financiera. (Art. 23 del Dec. 30/003 y Art. 119 y siguientes del TOCAF).

Los funcionarios públicos cuyas funciones se encuentren vinculadas a la gestión del patrimonio del Estado, manejo de los dineros o valores públicos y a la custodia o administración de bienes de organismos públicos, deben ajustar su conducta a :

- o las normas de administración financiera aplicables.
- o a los objetivos y metas previstos
- o al principio de buena administración.

- : Rotación de Funciones en tareas financieras. (Art. 24 del Dec. 30/003 y 23 de la Ley 17.060).

Los funcionarios públicos que cumplen funciones en las reparticiones encargadas de la adquisición de bienes y servicios deberán rotar periódicamente. Puede el jerarca prorrogar dicha rotación por necesidades del servicio o falta de recursos humanos.

4.4.7.- Prohibiciones:

- : Prohibición de contratar. (Art. 25 del Dec.30/003) Esta obligación implica:

- que a los funcionarios públicos les está prohibido contratar con el organismo al que pertenecen

- que el funcionario público no puede mantener vínculos de dirección o dependencia con las firmas, empresas o entidades que presenten ofertas para contratar con el organismo a que pertenecen. Se exceptúa en éste caso el funcionario que no tenga intervención alguna en la dependencia pública en que actúa en el proceso de contratación, siempre que informe por escrito a su superior. que el funcionario público no puede celebrar contratos de servicios o de obra con la Administración a que pertenece, -- que tenga por objeto la realización de tareas correspondientes a su relación funcional o similares o a cumplirse dentro de su jornada de trabajo.

- : Prohibición de intervenir por razones de parentesco. (Art. 26 del Decreto)

Se prohíbe a los funcionarios públicos que tienen competencia para gastar, intervenir cuando estén ligados con la parte que contrata con el organismo a que pertenece, por razones de parentesco hasta

el cuarto grado de consanguinidad o tercero de afinidad o por matrimonio.

- : Prohibición de relaciones con actividad controlada. (Art. 27 del Decreto)

Se prohíbe a los funcionarios públicos con funciones de dirección superior, inspectivas o de asesoramiento, ser dependientes, asesores, auditores, consultores, socios o directores de las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas que se encuentran sujetas a control de la oficina a que pertenece.

- : Prohibición de relaciones con actividad vinculada. (Art. 28 del Decreto)

Le está prohibido al funcionario público ejercer su función con relación a las actividades privadas a las que se encuentran vinculados.

- : Prohibición de recibir regalos y otros beneficios. (Art. 31 del Decreto)

La presente prohibición implica:

- la prohibición al funcionario público de solicitar o aceptar dinero, dádivas, beneficios, regalos, favores, promesas u otras ventajas en forma directa o indirecta, para sí o para terceros, con el fin de ejecutar, acelerar, retardar u omitir un acto de su empleo o contrario a los deberes inherentes a su función, o por un acto ya cumplido.

- la prohibición al funcionario público de solicitar contribuciones de otros funcionarios para hacer regalos a sus superiores.

- la prohibición al funcionario público de realizar suscripciones o colectas de cualquier naturaleza

- la prohibición al funcionario público de autorizar la retención de su sueldo o parte del mismo, salvo autorización legal expresa

- la prohibición al funcionario público de solicitar o recibir ventajas o beneficios destinadas al servicio a que pertenece, salvo norma legal que lo autorice.

El artículo 32 del Dec. citado establece los regalos y beneficios permitidos.

- : Prohibición de comunicaciones telefónicas y uso de teléfonos celulares con fines personales. (Art. 33 del Dec.30/003)
- : Prohibición de uso indebido de fondos. (Art. 34 del Dec. 30/003)

Se prohíbe al funcionario público el manejo de fondos en forma diferente a lo que las normas legales establezcan.

- : Prohibición de revistar en la misma oficina por razones de parentesco. (Art. 35 del Dec. 30/003) con el jerarca u otros funcionarios, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad o sea su cónyuge.
- : Prohibición de uso indebido de bienes públicos. (Art. 36 del Dec. 30/003)

Los funcionarios públicos deben utilizar los bienes pertenecientes al organismo público conforme a la reglamentación vigente y con el destino legalmente establecido.

- : Prohibición de proselitismo de cualquier especie. (Art. 58 de la Constitución. y Art. 37 del Dec. 30/003)

4.4.8.- Obligaciones.

El funcionario público debe cumplir las tareas inherentes a su cargo y función, conforme a las reglamentaciones vigentes y ajustando su conducta a las normas establecidas en el presente decreto.

El funcionario público debe conocer las normas de conducta de la función pública y las que regulan su actividad funcional, la ignorancia de las mismas no sirve de excusa.

- : Implicancias. (Art. 17 del Dec. 30/003 y art. 22 numeral 4 de la Ley 17.060). El funcionario público está obligado a distinguir y separar en forma categórica los intereses personales del interés público. Esta obligación implica:

- adoptar todas las medidas a su alcance para prevenir o evitar todo conflicto o conjunción de intereses en el desempeño de su función.

- ante la duda de la existencia de un conflicto entre el interés público y el personal, el funcionario público debe informar a su superior.

- efectuar una declaración jurada de implicancias si se encuentra alcanzado por alguna de las prohibiciones establecidas en los artículos 25, 26, 27 y 28 del decreto 30/03.

- : Obligación de denunciar irregularidades o prácticas corruptas. (Art. 40 del Dec. 30/003)

Todo funcionario público está obligado a denunciar las irregularidades o prácticas corruptas que se cometan en su repartición y de que estuviere en conocimiento por razón de sus funciones.

- : Obligación de dar trámite a las denuncias de irregularidades o prácticas corruptas.
- : Obligación de denunciar delitos. (Art. 41 del Dec. 30/003)

En cumplimiento de lo dispuesto por la Ley 17.060 y el Dec. 30/003, la Junta de Transparencia y Ética Pública, conforme a las potestades conferidas, debe proceder a la difusión de las citadas normas.

5.- LA RESPONSABILIDAD PENAL *

5.1.- *Derecho penal : su naturaleza cautelar.*

El hombre es un ser social por naturaleza, acostumbrado desde sus orígenes a vivir integrado a una comunidad. Esa comunidad, para mantener una convivencia pacífica entre sus integrantes, establece normalmente determinados sistemas de control social, es decir reglas cuya violación trae aparejada la aplicación de una sanción.

Esos mecanismos de control social, restringen –en aras del interés común- determinadas libertades del individuo que integra la comunidad, señalándole qué conductas están prohibidas y cuales son las debidas.

Toda sociedad entonces, para defender sus preceptos éticos, sus bases morales fundamentales necesarias para mantener una convivencia armónica entre sus integrantes, castiga al infractor que se aparta de determinadas costumbres comúnmente admitidas por la comunidad. La inercia ante ese desajuste del proceder debido, trae aparejado el desorden y el caos.

* Dr. Jorge Rodríguez Pereira

Entre los muchos mecanismos de control (la familia, la educación, la religión, los medios de comunicación, por citar algunos ejemplos), la sociedad recurre al Derecho Penal que, al decir de prestigiosos juristas, protege un mínimo ético existente en una sociedad en un momento determinado.

El Derecho Penal tiene una función cautelar, cumpliendo un doble objetivo: de protección de la sociedad por un lado y de protección de los individuos que la integran -incluidos los delincuentes- por otro. Es por eso el mecanismo de control social más agudo, que se pone en funcionamiento únicamente cuando fracasan todos los otros, suponiendo siempre un comportamiento criminal al que sigue, inexorablemente, una pena o sanción.

Al Derecho Penal le interesa la conducta de los hombres y sus normas, que son de determinación, actúan en un doble sentido: a) a través de mandatos, disponiendo que el individuo realice determinadas conductas, de modo que si no las cumple incurra en el delito de omisión, y b) a través de normas prohibitivas, estableciendo que el sujeto se inhíba de ejecutarlas, y si lo hace resultará pasible de la pena prevista.

5.2.- Derecho penal objetivo.

El derecho penal objetivo es el conjunto de normas legales contenidas en las leyes, códigos e incluso en la Constitución, que rigen la materia penal en el territorio nacional, en un momento determinado, distinguiéndose de otras disposiciones porque asocian a una conducta delictiva la imposición de una pena determinada.

Los elementos esenciales del derecho penal objetivo son básicamente dos: el delito mismo y la pena.

Delito para el art. 1º del Código Penal es “*toda acción u omisión expresamente prevista en la ley penal*” y el mismo artículo agrega que la ley penal, para ser tal, debe contener “*una norma y una sanción*”.

Este artículo 1º del Código Penal es la base de las garantías que tiene el ciudadano y se constituye además en el principio fundamental del derecho penal llamado principio de legalidad: no hay delito sin previa ley que lo establezca. Por tanto, si la conducta de un individuo no encuentra un encuadre justo en una norma penal, no podrá responsabilizársele por la acción o la omisión de su conducta.

No podemos perder de vista que la noción de delito es RELATIVA: las conductas que en otras épocas eran consideradas crímenes, hoy no lo son y viceversa: hechos del hombre que antes no eran considerados delictivos, hoy son atrapados por normas penales.

La noción de delito además tiene un aspecto CULTURAL en el sentido de que cada sociedad definirá como delito aquellas conductas que más afecten su forma de convivencia y su sistema de creencias.

Como contrapartida de lo anterior se dice que el derecho penal es FUNCIONAL, desde que está al servicio del mantenimiento del sistema de que se trate.

5.3.- Derecho penal subjetivo.

El Derecho Penal subjetivo no es otra cosa que la posibilidad de que el legislador defina como delito determinada conducta humana y que, en aras de la protección de intereses generales de la

comunidad, disponga para quien sea el autor de esa conducta desvalorada socialmente, la imposición de una sanción.

Esa construcción legislativa de crear la norma penal, tiene también una función educativa para el individuo: previene generalmente a los ciudadanos sobre el efecto o la consecuencia que tiene accionar sobre lo prohibido u omitir lo debido, informándoles en definitiva que está bien y que está mal.

5.4.- Principios del derecho penal contemporáneo.

LEGALIDAD (equivalente al principio de inocencia) que responde a la máxima de que no hay delito ni pena sin ley que así lo establezca ni privado de libertad sin proceso previo.

CULPABILIDAD (no hay responsabilidad penal sin culpa). La base de la culpabilidad es el reproche, poder imputarle a un sujeto libre de autodeterminarse, su actuación contraria a la norma penal.

LIBERTAD DE DETERMINACIÓN (el sujeto debe gozar de libre albedrío y tener capacidad para abstenerse de realizar el mal optando por ajustar su conducta a derecho).

RETRIBUCIÓN y PROPORCIONALIDAD (principio arraigado a la pena como consecuencia ineludible de la acción u omisión antijurídica. La aplicación de la sanción debe ser proporcional al delito, al daño causado, a la importancia del bien jurídico protegido).

MINIMA INTERVENCIÓN (derecho penal como última ratio una vez que fracasan todos los otros sistemas de control social. Es

el último escudo defensivo del Estado frente a conductas desviadas de los ciudadanos).

RELEVANCIA DEL HECHO (cuando los hechos que se juzgan son de poca importancia, lo que llamamos en derecho penal “bagatela jurídica”, no deben ser criminalizados y no se justifica poner en funcionamiento el sistema penal. Por ejemplo el robo de un cepillo de dientes de un supermercado...).

OPORTUNIDAD Y TRASCENDENCIA (vinculado con el principio anterior y con la materia procesal, pese a que el Ministerio Público ante cualquier delito está obligado a actuar, el magistrado puede, por razones de oportunidad o trascendencia, no poner en funcionamiento el proceso penal).

5.5.- Delitos contra la Administración Pública (Título IV del Código Penal)

5.5.1.- Concepto.

Previo al comentario de algunos de los principales delitos contra la Administración Pública, debemos definir qué entendemos por tal. Casi sin excepciones, todos los autores nacionales han coincidido en que el concepto debe ser amplio, comprensivo de los tres poderes del Estado, los entes autónomos, servicios descentralizados y municipios y personas de derecho público no estatal.

5.5.2.- Bien jurídico: El bien jurídico protegido en estos delitos es el interés público en el normal funcionamiento y prestigio de la Administración Pública. Esto significa que cuando la ley penal protege a la Administración Pública como bien jurídico, lo hace

teniendo en cuenta la probidad, la disciplina, el servicio, la imparcialidad y la fidelidad de sus funcionarios.

5.5.3.- Funcionarios: La Ley 17.060 y el Decreto 30/003 ampliaron el concepto de funcionario público que existía en el Código Penal, entendiéndose por tal, los que ejercen un cargo público o desempeñan una función, permanente o temporal, remunerada u honoraria. Por lo tanto, aquellos que mantienen con la Administración vínculos a término o contratos de función pública, o se desempeñan en personas de derecho público no estatal, se consideran funcionarios públicos.

5.5.4.- Clasificación: Algunos autores distinguen dentro de los delitos contra la administración, los siguientes tipos:

- aquellos delitos que se ejecutan mediante la apropiación de cosas (peculado por ejemplo);
- mediante compulsión o inducción (concusión);
- mediante la recepción de cosas o promesa de recibir cosas (cohecho, soborno);
- mediante engaño (fraude);
- mediante abuso de funciones (abuso de funciones en casos no previstos por la ley);
- mediante incumplimiento de los deberes inherentes (conjunción del interés público y privado, revelación de secretos, omisión contumacial a los deberes del cargo);
- mediante el menoscabo de la regularidad o continuidad de la función (abandono colectivo de funciones);

- mediante usurpación de funciones o títulos (usurpación de funciones y usurpación de títulos)
- mediante violación de medidas cautelares (violación de sellos);
- mediante violación de custodia (apropiación o destrucción del depositante de las cosas confiadas a su custodia por la autoridad;
- mediante violencia, ofensa o desobediencia a la autoridad (desacato).

5.5.5- PECULADO (art. 153 C.P) : El Estado pone determinados bienes muebles y dinero en custodia de determinados funcionarios, quienes tienen como deber mantenerlos seguros. Si se apropiaren de ellos cometen este delito. Por tanto el sujeto activo, quien conjuga el verbo “apropiar” (ejercer actos de dominio), es siempre un sujeto calificado, esto es un funcionario público. Sin embargo podrá ser coautor un particular, cuando éste determina al funcionario a cometer el ilícito. Coautor es aquel cuya participación es determinante para la consumación del ilícito. El sujeto pasivo de esa conducta, esto es quién sufre el perjuicio, es siempre el Estado. Los bienes o valores que se sustraen deben tener ese carácter de pertenencia al Estado. O que el Estado los tenga bajo su custodia, como por ejemplo sucede con los dineros depositados por privados en bancos públicos.

5.5.6.- PECULADO POR APROVECHAMIENTO DEL ERROR DE OTRO (Art.155 C.P): Se trata de una forma atenuada de peculado y se diferencia del peculado simple porque el agente no tiene la posesión de la cosa o el dinero. El legislador castiga al funcionario deshonesto que incumple el deber de no aceptar cosas que le sean confiadas por error.

5.5.7.- CONCUSIÓN (Art. 156 C.P): La palabra concusión viene del latín y significa “*sacudir el árbol para que caigan sus frutos*” o “*sacudir con fuerza para infundir temor*”. El temor está insito en esta figura, porque el funcionario compele a otra persona con el poder que emerge de su autoridad como tal. La iniciativa la tiene el funcionario que engaña al particular por el miedo que representa la autoridad pública para que le brinde un provecho o ventaja indebida.

5.5.8.- COHECHO SIMPLE (Art. 157 C.P): Los italianos, sin medias tintas, llaman a este delito “*corrupción*”. Sencillamente es la venta de un acto perteneciente a la función por parte de un funcionario que debe ejecutarlo como tal y la compra de este por un particular. Es decir que en este delito el particular retribuye (con dinero u otro objeto de valor, por ejemplo) un acto público que el funcionario debe realizar normalmente dentro de su cargo por ser de su competencia. El cohecho subsiguiente (segunda parte del artículo), es tomado por la norma penal como una atenuante, y opera cuando el funcionario recibe una retribución no para cumplir un acto que aún no nació a la vida jurídica, sino por un acto ya cumplido relativo a sus funciones.

5.5.9.- COHECHO CALIFICADO (Art. 158 C.P): Aquí el acto funcional consiste en retardar u omitir un acto funcional legítimo que debe ejecutar por el cargo que ocupa, o ejecutar un acto contrario a los deberes propios del cargo que ocupa, respecto del cual no tiene competencia (por lo que habrá abuso o exceso de poder).

A diferencia del cohecho simple que reconoce que pueda tratarse de retribución o promesa de retribución, aquí el artículo refiere a dinero u otro provecho.

5.5.10.- TRAFICO DE INFLUENCIAS (Art. 158 BIS C.P): Este delito fue uno de los dos creado por la Ley 17.060 y su tipo

refiere a la figura del “lobista”. Es el pacto económico entre un particular y un funcionario público para que éste incida en otro funcionario, generalmente bajo su jerarquía, para que retarde u omita un acto de su cargo o ejecute un acto contrario al mismo.

5.5.11.- SOBORNO (Art. 159 C.P): Se trata de la instigación del particular y la no aceptación del funcionario a esa proposición. Se trata de inducir al funcionario para que cometa cualquiera de las conductas calificadas como cohecho simple y calificado y la negativa de aquel a aceptar dinero o promesa de provecho para cumplir o dejar de cumplir un acto.

5.5.12.- FRAUDE (Art. 160 C.P): Deriva del latín *fraudes*: daño o engaño causado a alguien. Es la estafa del funcionario público al Estado. Este, procediendo con engaño, daña ocasionando una pérdida material. El sujeto activo es el funcionario público o un particular (interpuesta persona dice el artículo).

El objeto material son los “actos contratos” y los requisitos aquí son:

- a) que la intervención del funcionario sea “en razón de su cargo” es decir respecto de actos y contratos afines a su competencia; y
- b) en “beneficio propio o ajeno”.

5.5.13.- CONJUNCIÓN DEL INTERÉS PERSONAL Y EL PÚBLICO (ART. 161 C.P): El concepto de este delito está dado por el interés particular del funcionario cuando ejerce un acto de su función. Se trata de un funcionario público que, por ejemplo, además de su cargo, es propietario de una empresa que contrata con la Administración en la que presta funciones. El agente se aprovecha

de esa condición de funcionario para interesarse privadamente en los actos o contratos en que deba intervenir en razón de su cargo.

5.5.14.- ABUSO INNOMINADO DE FUNCIONES (Art. 162 C.P): Hasta aquí hemos venido viendo delitos que en sí mismos denotan un abuso de funciones, pero específico, acotado y nominado. Este artículo, sin embargo, contempla abusos de derecho innominados. Es decir que con la amplitud de la fórmula del artículo, se intenta contemplar todas las conductas que, significando un abuso de derecho, no estén específicamente comprendidas en los delitos que venimos de nombrar. Cuando estamos frente a conductas delictivas en que el funcionario tiene como móvil la intención de lucro propio, estaremos frente al peculado, a la concusión, al cohecho. Pero cuando el móvil es otro (odio, venganza, soberbia o cualquier otra pasión distinta a la codicia que gobierna aquellos delitos), estaremos frente a un delito de abuso innominado de funciones.

5.5.15.- UTILIZACION INDEBIDA DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA (Art. 163 bis C.P): Es el otro de los delitos creado por la Ley 17.060 y se trata de un delito más grave que la mera revelación de secretos, desde que aparece el provecho económico del funcionario que hace uso indebido de una información conocida en función de su cargo. El funcionario viola el deber de lealtad, imparcialidad y colaboración.

6.- LA JUNTA DE TRANSPARENCIA Y ETICA PÚBLICA *

6.1 - Naturaleza y Cometidos.

La Junta de Transparencia y Etica Pública, creada por la Ley 17.060 de 23 de diciembre de 1998, tiene por finalidad específica, **propiciar políticas públicas, normativas y acciones que fortalezcan la transparencia en la gestión del Estado, asesorar al Poder Judicial y a la Administración en la lucha contra la corrupción y recibir y custodiar las declaraciones juradas patrimoniales de los funcionarios públicos obligados legalmente a su presentación.**

De acuerdo al art. 8 de dicha ley y al art. 4 del Decreto reglamentario 354/999 de 12/11/999, la Junta **es un órgano del Estado, con independencia técnica en el ejercicio de sus funciones, que actúa en el ámbito del Poder Ejecutivo, vinculándose al mismo a través del Ministerio de Educación y Cultura.**

Su creación, respaldada por todos los sectores partidarios, se

* Dr. Carlos Soares de Lima

inserta en el marco del surgimiento a nivel nacional e internacional del fenómeno de la corrupción –entendida como el uso indebido del poder público- como uno de los temas centrales del debate político, en el supuesto de que afecta a países y gobiernos de diferentes características y signos y en el consenso de que la falta de transparencia y la corrupción tienen impactos directos sobre la estabilidad democrática, las perspectivas del crecimiento económico y el desarrollo sostenible y en general, entrañan la violación de los derechos humanos.

Como se ha expresado, precisamente a raíz de la aprobación de la Convención Interamericana contra la Corrupción aprobada en Caracas el 29 de marzo de 1996, se presentó el proyecto de ley que culminaría con la aprobación de la Ley 17060, por la cual se crea la Junta de Transparencia y Etica Pública.

Entre los principales cometidos asignados a la Junta se destacan:

- a) el asesoramiento a la Justicia Penal y al Ministerio Público en los delitos contra la Administración y la Economía y Hacienda Pública
- b) el asesoramiento a los organismos públicos en la aplicación de las “Normas de Conducta en la Función Pública” establecidas por el Decreto 30/003 de 23/01/003
- c) la gestión y contralor del Registro de Declaraciones Juradas de Bienes e Ingresos impuesto por los arts. 10 y 11 de la Ley 17.060
- d) el control de la publicidad que deben realizar los entes públicos sobre los actos de adjudicación de licitaciones y contrataciones

directas en régimen de excepción, según lo dispuesto por el Decreto 393/004 de 03/11/004

- e) la atención a el control de la publicidad que deben realizar los entes públicos sobre los actos de adjudicación de licitaciones y de contrataciones directas en régimen de excepción, según lo dispuesto por el Decreto 393/04 de 03/11/004
- f) la promoción de normativas, programas y actividades de capacitación y difusión que fortalezcan la transparencia en la gestión pública los compromisos internacionales asumidos por el país en las convenciones y convenios vinculados a la materia

6.2.- Aspectos institucionales.

La Junta de Transparencia y Etica Pública está integrada por tres miembros: Presidente, Vicepresidente y Vocal, contando actualmente con doce funcionarios.

Los miembros de la Junta son nombrados y destituidos a propuesta del Presidente de la República actuado en Consejo de Ministros con venia del Senado de la República por tres quintos de miembros (19 integrantes). Duran cinco años en sus funciones no pudiendo ser reelectos.

El Presidente del Cuerpo es designado por la Junta, quien representa al organismo. El cargo de integrante de la Junta, es un cargo de dedicación completa, no pudiendo tener el titular, ninguna otra actividad remunerada, salvo la docencia.

6.3.- Aspectos sustanciales de su gestión.

6.3.1.- Declaraciones juradas de bienes e ingresos

Existen algo más de diez mil funcionarios obligados por la Ley 17.060 a presentar declaraciones juradas de bienes e ingresos, habiendo unas cincuenta mil declaraciones juradas bajo custodia en la Junta. La declaración Jurada del Presidente y Vicepresidente de la República debe ser abierta y publicada en el Diario Oficial luego de su presentación.

Puede procederse a la apertura de la declaración jurada a pedido del interesado, por resolución fundada de la Justicia o por la Junta. Se procede a la apertura, se fotocopia la declaración que se entrega o remite, devolviendo a su depósito la versión original.

La declaración inicial al ingresar a un cargo público, debe presentarse treinta días después de transcurridos los primeros sesenta. Luego de presentada la declaración inicial deberán presentarse las siguientes cada dos años y al cesar en el cargo deberá presentarse a los treinta días la declaración de cese del mismo.

La destrucción puede realizarse cinco años después del cese o del fallecimiento, pudiendo ser solicitada la entrega por el interesado.

Se considera falta grave la no presentación de datos o brindar datos falsos u ocultarlos. En caso de omisión en la presentación de la declaración jurada, transcurridos quince días de cursado el aviso por la Junta al interesado, procederá la declaración de omiso que habilita a la Junta a solicitar la retención del 50% de cualquier ingreso que perciba de los organismos públicos.

6.3.2.- La Consulta Administrativa

De acuerdo al Decreto 30/003, la consulta administrativa, puede ser realizada por los organismos integrantes de la Administración y en el ejercicio de la potestad disciplinaria para recabar la opinión de la Junta sobre los pedidos de asesoramiento y aclaraciones relativos a la aplicación de las normas de conducta.

6.3.3.- Perito auxiliar de la Justicia.

Las funciones de la Junta de Transparencia y Etica Pública como perito auxiliar de la Justicia comprenden las denuncias que se hicieren sobre comisión de delitos contra la Administración Pública y la Economía y la Hacienda Pública, operan exclusivamente ante requerimiento expreso del órgano judicial competente, o el Ministerio Público, los que podrán disponer que la Junta proceda a la obtención y sistematización de todas las pruebas documentales.

Los dictámenes de la Junta, como perito auxiliar de la Justicia no podrán contener incriminaciones quedando restringidos a obtener y sistematizar la prueba producida o a producir por la Justicia, no pudiendo realizar investigaciones.

6.3.4.- Otros cometidos de la Junta

Entre otros cometidos importantes asignados a la Junta puede señalarse el proponer modificaciones de las normas jurídicas que rigen la Ética Pública, hacer entrega de una Memoria Anual a los tres Poderes del Estado, realizar el contralor de la publicidad oficial de las licitaciones y contrataciones estatales, atender los compromisos internacionales asistiendo a las respectivas reuniones organizadas en el marco de ONU, OEA y otros organismos, así como atender finalmente la promoción de normas, programas y

actividades de capacitación y difusión por medio de cursos, conferencias, talleres, etc., que fortalezcan la transparencia en la gestión pública.

6.4.- Las denuncias ante la Junta.

6.4.1.- Denuncias sobre comisión de delitos

Las denuncias que se hicieren sobre la comisión de delitos contra la Administración y la Economía y Hacienda Pública, serán presentadas ante el órgano judicial competente, o el Ministerio Público, los que podrán disponer que la Junta proceda a la obtención y sistematización de todas las pruebas documentales que de existir fueren necesarias para el esclarecimiento por el Juez de los hechos noticiados.

Las denuncias presentadas ante la Junta por los mencionados delitos, no podrán ser objeto de conocimiento ni de calificación por dicho órgano, debiendo ser inmediatamente cursados a la Fiscalía de Corte y Procuraduría General de la Nación a los efectos de la participación del magistrado competente del Ministerio Público.

6.4.2.- Denuncias sobre irregularidades en las declaraciones juradas de bienes e ingresos .

Podrá procederse a la apertura de las declaraciones juradas por mayoría de la Junta, en ocasión de seguirse una investigación por las causales de inclusión en la declaración jurada de bienes y valores de terceros o inexistentes o al ocultamiento de bienes y valores en

declaraciones subsiguientes, ingresados o no en el patrimonio del declarante.

Si durante el año electoral se formula una denuncia o se procede a la apertura de un sobre por cualquiera de las causales establecidas, referente a un funcionario que se postule a cualquier cargo electivo, el interesado podrá urgir a la Junta a que dicte una resolución con una anticipación de, por lo menos, treinta días al acto eleccionario. La Junta no recibirá denuncias dentro de los noventa días anteriores al acto eleccionario.

Cuando las denuncias presentadas ante la Junta, fueren exclusivamente por el contenido de las declaraciones juradas, procederá a sustanciar su conocimiento, mientras que las denuncias por otras irregularidades administrativas, sólo ameritarán la intervención de la Junta, cuando así lo determine la autoridad judicial penal.

Bibliografía

- Alegre Marcelo. Informe Final. Regulación de Pautas de Comportamiento Ético y Conflicto de Intereses en la Argentina.
- Cortina Adela. Ética sin moral. Editorial Tecnos. Madrid, 1995.
- Rodríguez Arana, Jaime. Sobre Etica Pública en la Administración Pública.
- Sayagués Laso, Enrique. Tratado de Derecho Administrativo 8 Edición. 2002 F.C.U
- Malet Mariana. La corrupción en la Administración Pública. Carlos Álvarez Editor 1999



Junta de Transparencia y Etica Pública
JUTEP
Rincón 528, Piso 8°. Teléfono 917.04.07*
Montevideo – URUGUAY
E-mail: secretaria@jutep.gub.uy
www.jutep.gub.uy