

PROYECTO ARGENTINA TRANSPARENTE

JUNIO 2019



Colegio de Abogados
de la Ciudad de Buenos Aires



ProBono
Red de Abogados por el Bien Común

ÍNDICE:

1. RECOMENDACIONES FINALES PROYECTO ARGENTINA TRANSPARENTE Y AVANCES NORMATIVOS EN LA ARGENTINA.....	3
A) SISTEMAS DE DENUNCIA INTERNAS	3
B) CONTRATACIONES CON EL ESTADO	4
C) CORRUPCIÓN ENTRE PRIVADOS.....	5
D) FIGURA DEL ARREPENTIDO	6
E) INCOMPATIBILIDADES PARA EJERCER CARGOS PÚBLICOS.....	6
F) ORGANISMOS DE CONTROL Y DDJJ DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS	7
G) FINANCIAMIENTO A PARTIDOS POLÍTICOS	8
H) OCDE	9
2. PARTICIPANTES DEL PROYECTO.....	10
3. TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN TEMÁTICA.....	11
A) SISTEMA DE DENUNCIAS INTERNAS	11
B) CONTRATACIONES CON EL ESTADO	16
C) CORRUPCIÓN ENTRE PRIVADOS.....	22
D) FIGURA DEL ARREPENTIDO	24
E) INCOMPATIBILIDADES PARA EJERCER CARGOS PÚBLICOS.....	29
F) ORGANISMOS DE CONTROL Y DDJJ DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS	41
G) FINANCIAMIENTO A PARTIDOS POLÍTICOS	52
H) OCDE	56
4. TRABAJOS DE INVESTIGACION POR PAÍS.....	59
A) ALEMANIA.....	59
B) BRASIL.....	63
C) CHILE	73
D) COLOMBIA	89
E) EE.UU.....	93
F) ESPAÑA	102
G) OCDE	111
H) PERÚ	121
I) PORTUGAL.....	135
J) REINO UNIDO	143

1. RECOMENDACIONES FINALES PROYECTO ARGENTINA TRANSPARENTE Y AVANCES NORMATIVOS EN LA ARGENTINA

INTRODUCCIÓN

Se realizó un exhaustivo trabajo de investigación respecto de la regulación y tratamiento de ciertos temas relacionados con la prevención y sanción de prácticas corruptas en el sector público y en el sector privado existentes en Alemania, Argentina, Australia, Brasil, Canadá, Colombia, Chile, España, Estados Unidos, Italia, México, Perú, Portugal, Reino Unido, incluyendo las recomendaciones de la OCDE para la Argentina en estas materias. Como producto de dicha investigación, en septiembre de 2018 preparamos un conjunto de recomendaciones que consideramos podrían aplicarse en la Argentina para intentar mejorar el sistema actual de prevención y sanción de actos corruptos en todas sus formas y sectores.¹ Asimismo, a modo de referencia y en la medida que existiera, luego de cada recomendación incluimos una referencia a la normativa extranjera que podría servir de base para dictar e implementar medidas similares en nuestro país.

Luego del análisis realizado y considerando la magnitud de las recomendaciones y propuestas aquí incluidas, hemos llegado a la conclusión de que para poder efectivamente hacer un cambio en materia de políticas de prevención y sanción de prácticas corruptas que produzcan un impacto positivo en nuestra realidad política, económica y social, es necesario avanzar hacia las próximas etapas, incluyendo el análisis y discusión de las reformas legislativas planteadas, la redacción de propuestas de nuevas normas, y su elevación a las autoridades correspondientes para su consideración y tratamiento a fines de su aprobación e implementación. Este trabajo constituye una mera aproximación, un primer paso de un largo camino a transitar hasta lograr que las medidas aquí contempladas sean efectivamente implementadas.

Desde la preparación de nuestro informe inicial en septiembre de 2018, la Argentina ha avanzado, pues varias de las recomendaciones realizadas han sido tomadas en consideración en proyectos de reforma legislativa y se han dictado nuevas leyes incorporando materias que fueron objeto de propuestas de dicho trabajo. Con la publicación en el Boletín Oficial el pasado 10 de abril de 2019 del Plan Nacional Anticorrupción 2019-2023, la Argentina confirma que se encuentra transitando un camino hacia una mayor transparencia.

A continuación exponemos las recomendaciones iniciales de nuestra investigación, así como una descripción de las normativas sancionadas y/o proyectos actuales en la Argentina en las cuales se han tomado algunas de estas recomendaciones:

A) SISTEMAS DE DENUNCIA INTERNAS

- Sanción de una norma que establezca la obligatoriedad de las empresas a implementar canales de denuncia internos que incluyan la corrupción entre

¹ Para mayor información sobre cada uno de estos temas, remitimos a los informes respectivos que se encuentran disponibles en los siguientes links: https://drive.google.com/open?id=1gZH_o8YtlwjkUV6AvzZFxBhi0TInEMXI; <https://drive.google.com/open?id=1Y9GX7CaqNt4c49bImL0nu-uuF379bzBh>.

privados y no solo la pública, la cual deberá garantizar entre otros aspectos: (a) la confidencialidad y el anonimato del denunciante; (b) una protección real frente a posibles represalias, tanto para empleados del sector privado como público, para todas aquellas personas que efectúen denuncias de buena fe y sobre la base de indicios razonables; y (c) fomenten este tipo de prácticas a través del otorgamiento de incentivos (por ejemplo, el *Public Interest Disclosure Act* en el Reino Unido y la *Sarbanes Oxley Act* en EE.UU.).

En la Argentina han habido avances en lo expuesto precedentemente, ya que se han regulado parcialmente: (i) líneas de denuncia y protección de represalias para los empleados que informen hechos de corrupción pública en las empresas según el artículo 23 de la Ley N° 27.401 y las guías y lineamientos elaborados por la Oficina Anticorrupción; (ii) incentivos monetarios a quienes aporten información para el recupero de los activos según el artículo 18 del Decreto N° 62/2019 sobre “régimen procesal de la acción civil de extinción de dominio”; y (iii) en el artículo 13 de la Ley N° 27.319 sobre “herramientas para los delitos complejos”.

B) CONTRATACIONES CON EL ESTADO

- Inclusión de una reglamentación más precisa y de mayor alcance sobre los supuestos de incompatibilidad para contratar con el Estado. Se propone ampliar y especificar, por ejemplo, las incompatibilidades previstas en el Decreto N° 1023/2001 que enumera en su artículo 28 a las personas inhabilitadas para contratar con el Estado pero en forma muy genérica, y en la Ley N° 27.328 que en su artículo 23 establece las incompatibilidades para contratar con el Estado, pero también en forma muy genérica. (Por ejemplo, la Ley N° 30.225 de Perú establece un listado detallado de quienes no podrán contratar y en qué casos, como así también establece un sistema de publicidad y transparencia).
- Mejorar el sistema de contratación de modo que los precios de mercado o, en general, los precios de referencia (en Argentina “testigo”) sean de aplicación más extendida, ágil y actualizada (por ejemplo, la Ley Federal N° 8.666 de Brasil establece un sistema de seguimiento de precios de mercado locales e internacionales a efectos de asegurar que lo que el Estado esté pagando por la contratación, sea acorde a lo pagado en el mercado por otros participantes).
- Limitar y controlar de modo efectivo y con mayor transparencia los supuestos de contratación directa. Podría analizarse la posibilidad de publicar en la web los adjudicatarios de contrataciones directas y los textos de las respectivas adjudicaciones, pero en forma orgánica y sistematizada que permita su fácil consulta y difusión (no alcanza con que todos los resultados de las contrataciones estén publicados de un modo desordenado).
- Inclusión en la legislación y/o en los contratos con el Estado de ciertas exigencias en materia de integridad (por ejemplo, el *Federal Acquisition Regulation* de EEUU).

El Plan Nacional Anticorrupción 2019 – 2023, tomó algunas de estas recomendaciones y propone: (i) el fortalecimiento de los sistemas para la contratación de obra pública por parte del Estado Nacional mediante el sistema electrónico de contrataciones públicas (CONTRAT.AR); (ii) la aprobación de un pliego único de bases y condiciones generales a ser utilizado por todas las entidades y organismos de la Administración Pública Nacional a fin de

estandarizar las condiciones generales de contratación para todas las áreas de la Administración; incorporando cláusulas que disminuyan la posibilidad de la existencia de pliegos dirigidos y la colusión de ofertas; (iii) una Cláusula de Integridad en las contrataciones de obra pública y bienes y servicio; e (iv) implementar el Estándar de Datos para la Contratación Abierta (EDCA) a través de un informe con datos abiertos y reutilizables actualizado en forma periódica.

El Decreto N° 202/2017 establece la necesidad de que toda persona que se presente en un proceso de contratación pública o de otorgamiento de licencia, permiso, autorización, habilitación o derecho real sobre un bien de dominio público o privado del Estado presente una declaración jurada de intereses en la que deberá declarar si se encuentra o no alcanzada por alguno de los siguientes supuestos de vinculación, respecto del Presidente y Vicepresidente de la Nación, Jefe de Gabinete de Ministros y demás Ministros y autoridades de igual rango en el Poder Ejecutivo Nacional, aunque éstos no tuvieran competencia para decidir sobre la contratación o acto de que trata. Este tipo de DDJJ ya han sido exigidas en diversas licitaciones recientes tales como las rondas RenovAr y la licitación para adquirir permisos de exploración de hidrocarburos en áreas *offshore*.

C) CORRUPCIÓN ENTRE PRIVADOS

- Regulación de la corrupción entre privados, activa y pasiva. La conducta que debería castigarse debería ser autónoma de la comisión de cualquier otro delito fraude incluido, y deberá tener por finalidad tipificar la corrupción del directivo, administrador, empleado o colaborador de una persona jurídica de cualquier clase, mediante el ofrecimiento de beneficios o ventajas indebidas de cualquier naturaleza, directamente o a través de un tercero, a fin de mejorar la posición del oferente frente a eventuales competidores en un negocio o contrato determinado, ya sea en forma directa o indirecta. Al ser un delito autónomo, no requeriría probar que se ocasionó un perjuicio a la empresa dado que el bien jurídico tutelado no es el patrimonio de la empresa, sino la justa competencia (por ejemplo, el *Foreign Corrupt Practice Act* en EEUU).

- El delito se consumaría a través del mero ofrecimiento indebido, o de la mera aceptación de dicha oferta como ocurre en el cohecho de funcionario público. No requiere que se produzca la lesión, aunque sí la puesta en peligro del bien jurídico tutelado, es decir, la justa competencia. Además, el administrador, directivo, empleado o colaborador de la empresa que recibe o emite las propuestas debe detentar un poder material que le confiera un real margen o ámbito de discrecionalidad, en virtud del cual pueda hacer o dejar de hacer algo relativo a su actividad.

- Incorporación - en línea con lo ya dispuesto en la Ley N° 27.401- de la obligación de las empresas de contar con planes de prevención de prácticas corruptas, programas de *compliance* o de integridad que prevengan no sólo la comisión de actos corruptos que involucren al sector público, sino también al sector privado.

Si bien actualmente el cohecho entre privados está tipificado en el artículo 312 del Código Penal, su aplicación se encuentra limitado para los empleados de las instituciones financieras y de las empresas que operen en el mercado de valores, y solo por el cohecho pasivo (quien recibe el beneficio).

La tipificación del soborno entre privados como un delito autónomo que penalice tanto el cohecho activo como el pasivo según la recomendación propuesta, se

encuentra receptada en el artículo 302 del proyecto del nuevo Código Penal de la Nación recientemente presentado en el Congreso de la Nación.

D) FIGURA DEL ARREPENTIDO

- Incorporar en la Ley N° 27.304 y/o en los artículos del Código Penal que resulten pertinentes, la posibilidad de la sustitución o eximición total de la pena, a cambio de la colaboración eficaz efectuada por el arrepentido (por ejemplo, los *Guidelines by the sentencing council* del Reino Unido). El objeto de este cambio es crear incentivos que redunden en una utilización más frecuente y eficaz de este instrumento. En la Argentina solo se admiten reducciones parciales en las penas que no siempre resultan eficaces para inducir colaboración.
- A modo de ejemplo, la figura de la delación premiada (por ejemplo, la Ley N° 8.702 de Brasil) permite a la persona que está siendo investigada, procesada o aún condenada, obtener una reducción o eximición de la pena si brindara información fehaciente y en forma voluntaria sobre la comisión de un delito y se cumplieran con los demás requisitos a efectos de poder hacer uso de dicha figura (por ejemplo, confesión del ilícito, aprobación del acuerdo por el juez, publicación del acuerdo, etc.). Asimismo, la colaboración permite la reducción de la pena a quien haya sido condenado, lo cual en nuestro régimen no se permite.
- Incorporación de acuerdos de inmunidad o suspensión del proceso, los que, en caso de ser cumplidos, permitan al arrepentido no ser sancionado (por ejemplo, la Ley N° 8.702 de Brasil). Ello no es admitido en la Argentina.
- Sistema de *Marker*. El Estatuto Anticorrupción de Colombia, Ley N° 1474, establece que aquel funcionario público que denuncie el hecho de corrupción por primera vez, y aporte información al respecto, recibe el beneficio de inmunidad. En Argentina este beneficio solo existe para la persona jurídica según el artículo 9 de la Ley N° 27.401. En este sentido, debería contemplarse la graduación de beneficios que obtendrían los potenciales implicados según las distintas etapas del proceso en que se aplique el instituto (por ejemplo, los *Guidelines by the sentencing council* del Reino Unido), tanto para la persona física como para la jurídica.
- Incorporación de la obligación de restituir el dinero obtenido ilegalmente a través de actos de corrupción, más intereses (por ejemplo, figura del decomiso contemplada en el Código Penal Español). La figura del arrepentido solo requiere que el imputado ofrezca información de los bienes, pero no su devolución, a diferencia de lo que ocurre con la persona jurídica según la Ley N° 27.401.

E) INCOMPATIBILIDADES PARA EJERCER CARGOS PÚBLICOS

- Creación de un listado con aquellas personas que estén inhabilitadas para acceder a cargos públicos por cualquier causa (por ejemplo, la Ley Fundamental en Alemania y la Ley N° 64/93 del Régimen de Incompatibilidades de Portugal).
- Modificación del Código de Ética de la Función Pública de Argentina y extender el plazo de cesantía (“período de enfriamiento”) a dos años a fin de evitar las incompatibilidades que acarrea la “puerta giratoria”, estableciendo sanciones severas en caso de incumplimiento (por ejemplo, la Ley N° 1747 de Colombia y la Ley N° 64/93 de Portugal).

- Incorporación en el Código de Ética de la Función Pública de Argentina de la obligación de realizar una auditoría patrimonial personal del funcionario y sus familiares directos al finalizar el ejercicio de ciertos cargos públicos (podría ser, por ejemplo, respecto de cargos de subsecretarios hasta el presidente, como lo establece, por ejemplo, el Artículo 15 de la Ley N° 3/2015 española).
- Creación de un nuevo régimen para acceder a trabajar en la administración pública, incluyendo incompatibilidades en los nombramientos, en especial, para aquellos que no lo hagan por medio de concurso de méritos y/o acceden al cargo en base al poder discrecional del funcionario que lo designó, con especial atención a familiares consanguíneos o por afinidad.
- Declaración de nulidad de los actos administrativos que dispongan el ingreso a la administración pública, así como los contratos, cuando ambos se realicen contraviniendo las reglas de contratación del Estado indicadas anteriormente, disponiendo además medidas sancionatorias como por ejemplo: (i) la destitución o despido al funcionario involucrado; (ii) la devolución de lo percibido como consecuencia de la nulidad que se decrete; y (iii) la responsabilidad solidaria entre el funcionario que tuvo incidencia en el nombramiento y la persona indebidamente nombrada y contratada respecto a la devolución de lo percibido (por ejemplo, el Decreto Supremo 0342005PCM de Perú).

En nuestro país, el 6 de marzo de 2019 se remitió el proyecto de ley mediante el cual se propicia la sanción de un nuevo régimen de Ética Pública cuyas reformas incluyen: (i) la prohibición para contratar en todo el Sector Público Nacional a las personas que revistan el carácter de cónyuge, conviviente o pariente hasta el segundo grado con el Presidente, Vicepresidente de la Nación, Jefe de Gabinete de Ministros y Ministros o funcionarios de ese rango; (ii) prohibición de que un funcionario público sea supervisado por un pariente hasta el segundo grado de su cónyuge o conviviente; (iii) ampliar el contenido de las DDJJ; (iv) prohibición de ejercer la función pública a quien adeude la presentación de cualquier clase de DDJJ; (v) prohibición de realizar o mantener una relación jurídica privada en relación a la cual el funcionario posea atribuciones de supervisión o regulación; (vi) prohibición a los integrantes de los órganos de gobierno de un ente regulador de servicios público o de control de actividades de interés público de prestar servicios en empresas sujetas a su regulación durante un año desde el cese de sus funciones; (vii) nuevo régimen de obsequios a funcionarios públicos; (viii) diseño institucional de las Autoridades de Aplicación como organismos con autarquía y autonomía funcional; y (ix) la existencia de enlaces de ética con organismos del sector privado para brindar asistencia, promover y velar por la aplicación de la normativa de ética pública.

F) ORGANISMOS DE CONTROL Y DDJJ DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS

- Analizar la pertinencia de garantizar a la Oficina Anticorrupción (“OA”) y sus funcionarios autonomía y estabilidad propias.
- Establecer mecanismos institucionales en la materia, o bien revisar los existentes, en relación con las entidades/poderes del Estado ajenos a la órbita de la OA.
- Definir/reforzar mecanismos de cooperación y de interactuación entre la OA y el resto de los entes u organismos con competencia en el tema, tanto dentro

de la Administración como del Ministerio Público, así como con los responsables del cumplimiento del régimen en cada organismo sometido al mismo.

- Implementación de cambios en la Ley de Ética Pública Argentina y/o en el Código de Ética de la Función Pública de Argentina necesarios para el régimen de presentación de DDJJ respecto al universo de sujetos obligados; calidad y cantidad de la información a exponer; modos de presentación de la misma y de su publicidad; y sistemas de intercambio con otros organismos a efectos de lograr un sistema más efectivo y que permita controlar a los funcionarios (por ejemplo, la Ley N° 20.880 en Chile o la Ley N° 30.161 de Perú).
- Establecer sanciones efectivas por incumplimiento suficientemente disuasivas en el régimen de DDJJ.

En el proyecto de ley mediante el cual se propicia la creación de un nuevo régimen de Ética Pública se han incorporado muchas de estas recomendaciones, tales como: (i) ampliar el contenido de las DDJJ; (ii) ampliar y clarificar el listado de funcionarios obligados a presentar DDJJ según su rango y función; (iii) exigir la presentación de DDJJ a los cuerpos colegiados de dirección y administración de las obras sociales, asociaciones sindicales y miembros de partidos políticos encargados del movimiento de fondos; y (vi) la existencia de un formulario único y electrónico para las DDJJ.

G) FINANCIAMIENTO A PARTIDOS POLÍTICOS

- Establecimiento en la Ley N° 26.215 sobre Financiamiento de Partidos Políticos de límites máximos a las contribuciones admisibles según el tipo de elección que se trate (legislativas/presidenciales/PASO/primarias, etc.) (por ejemplo, el *Political Parties Act 2000* del Reino Unido).
- Exposición en forma pública y abierta de las contribuciones recibidas de cualquier persona física o jurídica, pública o privada (por ejemplo, el *Federal Election Campaign Act* de EEUU).
- Inclusión en la Ley N° 26.215 sobre Financiamiento de Partidos Políticos de prohibiciones o casos en los cuales los partidos deban abstenerse de recibir las donaciones, como, por ejemplo, cuando el partido político no pueda por cualquier motivo, identificar al donante, o cuando la donación la realice una entidad que no se encuentre correctamente constituida o registrada en el país, o cuando la donación provenga de un individuo que no presente la documentación identificatoria y respaldatoria que corresponda (por ejemplo, el *Federal Election Campaign Act* de EEUU y la Ley N° 1747 de Colombia).
- Inclusión en la Ley N° 26.215 sobre Financiamiento de Partidos Políticos de una prohibición a los funcionarios públicos de utilizar bases de datos o cualquier medio al que tengan acceso en virtud de su cargo para fines políticos electorales (por ejemplo, la Ley N°19.884 de Chile).
- Inclusión de prohibiciones de contratación para las entidades públicas del respectivo nivel administrativo con aportantes que hayan realizado aportes por sumas superiores a un determinado porcentaje (por ejemplo, la Ley N° 1747 de Colombia).
- Incorporación en la Ley N° 26.215 sobre Financiamiento de Partidos Políticos de una obligación de reporte a la autoridad correspondiente en donde mensualmente, quincenalmente, o con una la periodicidad a establecer, un responsable designado de cada partido político informe con detalle sobre las

donaciones que hubieren recibido en dicho período y el origen de las mismas (por ejemplo, el *Federal Election Campaign Act* de EEUU).

- Incorporación en la Ley N° 26.215 sobre Financiamiento de Partidos Políticos de una prohibición para que las entidades sin fines de lucro (sean asociaciones, fundaciones, etc.) pueden realizar donaciones para el financiamiento de un partido político (por ejemplo, el *Federal Election Campaign Act* de EEUU). La finalidad consistiría en evitar que las personas que están comprendidas en las prohibiciones constituyan este tipo de entidades con el sólo propósito de evadir la prohibición legal que recae sobre ellos.

- Inclusión en la Ley N° 26.215 sobre Financiamiento de Partidos Políticos de una prohibición de que los propios candidatos puedan recibir directamente donaciones sin el conocimiento del partido político. En este sentido, debería implementarse un procedimiento al que deba someterse la realización de la donación que permita al partido político conocer esa circunstancia (por ejemplo, la Ley de Partidos Políticos de Perú).

El pasado 15 de mayo de 2019 se aprobó la ley que reformó la Ley N° 26.215 sobre Financiamiento de Partidos Políticos, que receptó varias de las recomendaciones de nuestra investigación, como ser: (i) montos máximos a ser aportados por sus afiliados; (ii) prohibición a recibir contribuciones de personas humanas no afiliadas, anónimas, de entidades centralizadas y descentralizadas, empresas concesionarias de servicios u obra pública, de gobiernos o entidades públicas, asociaciones sindicales, patronales y profesionales y no residentes en el país, (iii) bancarización de las donaciones; y (iv) creación del Fondo para el Financiamiento de Campañas Electorales.

H) OCDE

- Fortalecimiento de las instituciones que están involucradas en la prevención y el combate de la corrupción, como los organismos de control, las policías, fiscalías y el Poder Judicial.

- Mejora de la independencia de la justicia y de la administración pública en general mediante el cumplimiento estricto de los concursos a los fines de acceder a ciertos cargos públicos, mejora de planes de carrera y controles de la transparencia e integridad.

- Aumento de la participación ciudadana mediante el desarrollo y publicación de canales de denuncia, datos abiertos y accesibles y educación temprana sobre la integridad y transparencia en las escuelas.

- Implementación de más sistemas de monitoreo de la eficiencia de la justicia y administración pública en general, incluyendo la Oficina Anticorrupción (reforzando su funcionamiento y autonomía).

- Trabajo en herramientas y/o medios que mejoren / garanticen el “enforcement” y/o nivel de cumplimiento de las mismas.

* * *

2. PARTICIPANTES DEL PROYECTO

- Allende & Brea. David Gurfinkel y Andrés E. Tarakdján.
- Baker & McKenzie. Luis Dates y Santiago Maqueda.
- Estudio Beccar Varela. Roberto H. Crouzel, Evangelina Petrizza y Dorothea Garff.
- Brochou, Fernandez Madero & Lombardi. Dolores Paschetta y Inés Lucena Maguiré.
- Bulló Abogados. Diego Alonso y Esteban Gramblicka.
- Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires. Fernando Frávega.
- Comisión Pro Bono del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires. Josefina Garré y Delfina Balestra.
- Durrieu Abogados. Nicolás Durrieu y Florencia Maciel.
- Estudio O´Farrell. Ernesto Genco.
- Fontán Balestra & Asociados. Santiago Fontán Balestra y Pedro Molina Portela.
- Hope Duggan & Silva. Rufino Arce, Hugo E. Vivot y Nicolas Buhler.
- La Meridional. Santiago T. Trueba.
- Martinez de Hoz & Rueda. José Martínez de Hoz (h), María Candela Zunino, Agustina Molle, Milagros Lezica, Brian Burstein y Delfina Vallvé.
- Marval, O´Farrel & Mairal. Fernando Frávega (h) y Enrique Veramendi.
- Nicholson y Cano Abogados. Alfredo Vitolo.
- Zang, Bergel & Viñes Abogados. Emilio Battioli.

* * *

3. TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN TEMÁTICA

A) SISTEMA DE DENUNCIAS INTERNAS

El grupo de trabajo a cargo de elaborar el Informe de Evaluación de la OCDE en Argentina ha efectuado una serie de sugerencias para la adecuada implementación de la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales. En el marco de las recomendaciones efectuadas con miras a asegurar la prevención, detección y denuncia efectivas del cohecho extranjero, han remarcado la importancia de que en nuestro país:(i) se sancione una ley que regule el sistema de actuación de los comúnmente denominados *whistleblowers* o denunciantes y la implementación de los canales de denuncia; (ii) se establezcan, imprescindiblemente, medidas adecuadas a fin de garantizar la debida protección a los denunciantes, que efectúen sus reportes de buena fe y sobre la base de indicios razonables a las autoridades competentes, frente a posibles actos discriminatorios y/o disciplinario.²

En este sentido, y en el entendimiento de que resulta necesario fomentar una cultura ética que favorezca que los denunciantes no sufran represalias o conflictos internos, el Parlamento Europeo ha instado a la Comisión Europea a que presente una propuesta legislativa por la que se cree un programa europeo eficaz y global para la protección de los denunciantes que incluya mecanismos para las empresas, organismos públicos y organizaciones sin fines de lucro. Al igual que OCDE, el Parlamento Europeo también destaca que esta protección deberá estar únicamente dirigida a quienes hubieren estimado razonablemente que esa información es cierta al momento en que la revelan, incluyendo a quienes hagan revelaciones inexactas de buena fe. Todo ello, en atención a que los canales de denuncia y, consecuentemente, los denunciantes, desempeñan una función fundamental en la prevención, detección y notificación de irregularidades e ilícitos penales, por cuanto suelen tener un mejor acceso a la información sensible que las personas ajenas o externas a la empresa u organismos públicos y organizaciones sin fines de lucro. Tal es así que la *Association of Certified Fraud Examiners* estima que es mucho más probable que un acto indebido o irregular sea detectado mediante el *tip* de un empleado que a través de los sistemas formales de control. Se calcula que el cuarenta por ciento (40%) de los delitos cometidos en una empresa se descubre precisamente a través del canal ético de denuncias.

En nuestro país, ha sido sancionada recientemente la Ley N° 27.401, que establece el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos cometidos contra la administración pública y el cohecho transnacional. Con su entrada en vigencia se ha tornado imprescindible la implementación por parte de todas las organizaciones de un programa de integridad adaptado a los riesgos propios de la actividad que la persona jurídica realiza, a su dimensión y a su capacidad económica. Dicho programa, tal como surge de la propia norma, consiste

² Explica Nieto Martín Adán que una denuncia de buena fe es aquella que se adecúa al grado de compromiso con la verdad que se exige a los denunciantes. Las empresas no requieren que los denunciantes estén plenamente seguros de los hechos en los que se basa su información, pero sí que las mismas no se basen en simples rumores carentes de sustento. En efecto, si bien no se exige al denunciante un especial *compromiso con la verdad*, las denuncias que se descubrieran falsas, hechas con ánimo de venganza o de acoso laboral, deberán ser debidamente sancionadas

en el conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos internos de promoción de la integridad, supervisión y control, orientados a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos. A la luz del texto legal promulgado, resultará necesario y conveniente, según el caso, implementar un programa de integridad por las siguientes razones:

➤ **CONTRATACIONES CON EL ESTADO:** Será condición necesaria para poder contratar con el Estado Nacional en determinados supuestos;

➤ **EXENCIÓN DE PENA:** Es una de las tres condiciones para que, cuando se cumplan, que una persona jurídica pueda eximirse de pena y responsabilidad. Las otras condiciones son: (i) denuncia espontánea; y (ii) devolución del beneficio obtenido;

➤ **ACUERDO DE COLABORACIÓN EFICAZ:** Es uno de los elementos que podrá contener el Acuerdo de Colaboración con el Fiscal. Dicho Acuerdo puede resultar relevante para evitar sanciones más severas;

➤ **ATENUACIÓN DE LA PENA:** Su existencia, eficacia y cumplimiento será tenida en cuenta por los jueces al momento de graduar la pena a aplicar a la Persona Jurídica. Asimismo, por dicha normativa se establecen trece lineamientos que el Juez deberá evaluar a fin de analizar la eficacia del programa de integridad. Entre ellos, se encuentra la creación de “canales internos de denuncia de irregularidades, abiertos a terceros y ampliamente divulgados” y la implementación de una “política clara de protección de denunciantes contra represalias”. Si bien puede considerarse indiscutible que los mencionados requisitos resultan indispensables para la prevención, detección y notificación de irregularidades e ilícitos penales, la Ley N° 27.401 ha dispuesto que contar con “canales internos de denuncia de irregularidades, abiertos a terceros y ampliamente divulgados” y la implementación de una “política clara de protección de denunciantes contra represalias”, no resultan requisitos de obligatoria implementación, sino que contar con los mismos será opcional para la persona jurídica. Asimismo, si bien han sido destacados dentro de los trece elementos a tener en consideración a fin de analizar si el programa de cumplimiento resulta adecuado, al momento de reglamentar dicha ley, tampoco se han brindado las directrices adecuadas para su correcta implementación.

Entendemos que el tema merece una adecuada atención para que la situación sea remediada con la finalidad de procurar que el sistema diseñado resulta plenamente eficaz y que los fines procurados por la Ley N° 27.401, se vean alcanzados.

Ahora bien, habiendo efectuado un análisis de la regulación nacional sobre esta la materia deseamos remarcar que los canales de denuncia deben necesariamente resultar abiertos a terceros; pero no a cualquier tercero, sino a todos aquellos que son o pueden resultar afectados por la actividad que desarrolla la empresa (“*stakeholders*”), como lo pueden ser los accionistas, proveedores, clientes, competidores, empleados y sindicatos, entre otros. Su finalidad radica en controlar, alertar o denunciar el posible incumplimiento de normas legales, internas o morales, previniendo de ese modo la conflictividad derivada de tales irregularidades, evitando o minimizando sus efectos negativos, mejorando la

transparencia y reputación de la organización, y generando la confianza necesaria para llevar a cabo correctamente su actividad. Por lo tanto, la persona jurídica deberá proveer (y promover) un medio idóneo para reportar, denunciar e informar los delitos e irregularidades cometidos en su seno, consistente en un canal específico de comunicación, como lo puede ser una línea telefónica o “hotline”, un e-mail o una plataforma de internet. Ésta última posiblemente sea la más completa, toda vez que puede canalizar todos los medios anteriormente mencionados. También resulta estrictamente necesaria la existencia de parámetros claros de cómo deben proceder las personas jurídicas ante un posible anociamiento anónimo. Hay quienes podrían sostener que un programa que permita la delación anónima, podría dar lugar a que se envíe información intrascendente, que el denunciante no lo haga en forma seria y responsable o que se interpongan denuncias falsas que pongan en riesgo y perjudiquen la operatividad y eficiencia del sistema; precisamente por ello los canales de denuncia deberían ser diseñados de forma tal de garantizar la confidencialidad del denunciante, pero sin permitir que los informes de irregularidades se realicen con carácter anónimo. Las denuncias confidenciales resultan por sí mismas más confiables que las anónimas, por cuanto la persona que la realiza se responsabiliza por su contenido y se arriesga a ser sancionado, penal, civil o disciplinariamente, en el caso de que su denuncia sea absolutamente falsa.

Un interesante fallo de la Sala de lo Social, del Tribunal Superior de Justicia de Palmas de Gran Canaria, de fecha 22/06/2016, se ha ocupado de la cuestión refiriendo que “...quien oculta su rostro para acusar, también es capaz de ocultar la verdad en lo que acusa”, pero el recelo que suscita el anonimato no puede impedir que la empresa, primero ponga en marcha un proceso de indagación interna reservada para una ponderación de los hechos valorando su verosimilitud, credibilidad y suficiencia...”.³

En este sentido, si el órgano instructor considera que la denuncia anónima se encuentra suficientemente fundada, la misma debiera servir de base directa para encarrilar una investigación interna a fin de determinar la existencia posible de un hecho ilícito o irregular. Una persona jurídica no puede hacer caso omiso ante una denuncia anónima bien fundada y con posibilidades de ser verosímil. La posición sostenida es la que mejor se adecúa a lo establecido por las *Federal Sentencing Guidelines for Organizations (FSGO)*, toda vez que, por las mismas se dispone que el canal de denuncias debe incluir mecanismos que permitan el anonimato y la confidencialidad, siendo que, de este modo logran compatibilizarse ambas.⁴

En este sentido, el Departamento Central de Investigación y Actuación Penal de Portugal, ha dispuesto una plataforma online de acceso público que recibe denuncias anónimas y confidenciales para casos de corrupción. Por otro lado, a fin de brindar una clara política de protección de denunciadores contra represalias, estimamos que las organizaciones deben informar a los empleados de la existencia del canal de denuncias, cómo funciona, cuál es el procedimiento para denunciar y, por sobre todo, que se les garantice que su utilización no dará lugar a ningún tipo de represalia, toda vez que, el motivo más frecuente para no denunciar es la

³ S.T.S.J. Resolución N° 552/2016, de fecha 22/06/2016.

⁴ <http://www.ussc.gov/guidelines>

convicción de que la organización tomará medidas de corrección y que lo expresado en la denuncia será de carácter confidencial.⁵

En Estados Unidos, la protección laboral ha sido una de las principales vías escogidas para dar respuesta al fenómeno de los *whistleblowers*, habiéndose sancionado numerosas leyes específicamente pensadas para tal fin. Entre éstas, se destaca la “*Sarbanes-Oxley Act*”, que fue aprobada en 2002 como reacción al escándalo Enron. La misma contiene diversas previsiones para proteger a los empleados frente a posibles represalias laborales de empresas que cotizan en la bolsa para motivarlos a denunciar conductas fraudulentas cometidas por sus empresas.⁶ Asimismo, la “*Public Servants Disclosure Protection Act*” o Ley de Protección de Funcionarios Públicos Denunciadores (*PSDPA*), de Canadá que entró en vigor el 15 de abril de 2007, tiene por finalidad que los empleados del sector público que tomen conocimiento de la comisión de algún hecho delictivo, inapropiado o irregular,⁷ se animen a hacer la denuncia, prohibiendo todo tipo de represalias en su contra.

La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito hace especial hincapié en que el temor a las represalias, como lo pueden ser el miedo a perder el trabajo y el acoso de sus pares son la principal razón por la que los posibles informantes optan por el silencio. Para neutralizar aquel miedo, las empresas deben facilitar la denuncia estableciendo una política que declare abiertamente que se espera que se denuncien las infracciones e incidentes que se presencien. Asimismo, esa política debe declarar explícitamente que ningún empleado o socio comercial será discriminado o despedido debido a una legítima denuncia de cualquier acto ilícito o irregular⁸ que llegue a su conocimiento.

Por la *Public Interest Disclosure Act (PIDA)* en el ámbito del Reino Unido se procura proteger a aquellos trabajadores que realicen divulgaciones o denuncias de interés público. Las denuncias abarcadas por dicha normativa son consideradas como “denuncias protegidas” y son aquellas que tienden a demostrar que: i. Un delito se ha cometido, se está cometiendo o su comisión se presenta como probable; ii. Una persona incumplió, está incumpliendo o es posible que incumpla una obligación legal a la que se encuentra obligado por ley.⁹

⁵ VERSCHOOR 2005. Texto extraído de KLEINHEMPEL, Matthias, “*Whistleblowing*”, IAE BUSINESS SCHOOL, Universidad Austral, 2011.

⁶ Ley Sarbanes-Oxley de 2002, aprobada por el Congreso de Estados Unidos con el fin de controlar a las empresas que cotizan en bolsa, para evitar que las acciones de las mismas sean alteradas. Su finalidad radica en evitar posibles fraudes, protegiendo al inversor. De esta forma, en cuanto al presente interesa, exige el establecimiento de un código ético y la implementación de un sistema que permita a los trabajadores denunciar de forma anónima las malversaciones contables y financieras que producto de su trabajo, pudieran conocer.

⁷ La ley describe este tipo de conductas como: la contravención de cualquier ley del Parlamento o de la legislatura de una provincia; el mal uso de fondos o activos públicos; una grave infracción a los códigos de conducta; cualquier acto u omisión que genere un riesgo substancial y específico a la vida, la salud y la seguridad de los canadienses o del medio ambiente; y ordenar o proponer a una persona con conocimiento de causa que cometa una conducta inapropiada.

⁸ Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (U.N.O.D.C.), “*Programa anticorrupción de ética y cumplimiento para las empresas*”, Naciones Unidas, New York, 2013, pág.91.

⁹ No constituyen divulgaciones amparadas por la ley las quejas personales (por ejemplo, denuncias de bullying, acoso o discriminación), excepto los casos que puedan ser de interés público.

PIDA otorga diferentes mecanismos de protección a aquellos empleados que hicieran una divulgación. Por ejemplo: i. Si un empleado es despedido por haber realizado una divulgación, será tratado como despido injustificado; ii. La realización de un reporte no da derecho al empleador a tomar ningún tipo de medida discriminatoria en contra el denunciante y le otorga al mismo, en caso de que ello suceda, a presentar una queja por “trato desigual”.

En Portugal, han sancionado la Ley N° 19/2008, por la que se prevé que los empleados que denuncien la comisión de delitos o irregularidades en el marco de la organización a la que pertenecen no podrán ser “perjudicados”. Asimismo, por dicha norma se establece que los trabajadores no solo tienen derecho al anonimato, al traslado y al otorgamiento del beneficio del programa de protección de testigos, sino que también la norma limita las sanciones disciplinarias a los trabajadores, hasta un año después de interpuesta la denuncia.

Chile ha sancionado en el año 2007 la Ley N° 20.205 de protección al funcionario público que denuncia irregularidades y faltas al principio de probidad. Por la misma se obliga a los funcionarios públicos a denunciar los delitos o faltas de las que hubiera tomado conocimiento, garantizándole al mismo que no podrá ser despedido, suspendido ni trasladado a otro sector, desde la fecha en la que interpone la denuncia y hasta los noventa días posteriores a que se haya finalizado la investigación o sumario. En ese lapso tampoco será calificado, si el afectado es su superior jerárquico. Asimismo, se deberá poner de sobre aviso que las denuncias de irregularidades o de faltas al principio de probidad sin fundamento, y respecto de los cuales conste su conocimiento sobre la falsedad de lo que se denuncia o el ánimo deliberado de perjudicar al denunciado, serán motivo de sanción.

Por el Decreto Legislativo N° 1327 de Perú, se establecen medidas de protección para el denunciante de actos de corrupción y sanciona las denuncias realizadas de mala fe, garantizando la absoluta reserva de la información relativa a la identidad del denunciante.

En el caso de Brasil, se ha sancionado la Ley N° 13.608 que establece un canal de denuncias sólo a fin de denunciar ilícitos o irregularidades ocurridas en el transporte de carretera. Esta norma resulta interesante por cuanto prevé la recepción de premios o recompensas como forma de estimular la efectividad y calidad de las denuncias. Asimismo, se establecen medidas para incentivar el anoticiamiento de las autoridades, por cuanto a quienes denuncien un acto de corrupción son beneficiados con la devolución de todos los costos administrativos que ésta le hubiese generado.

* * *

B) CONTRATACIONES CON EL ESTADO

Criterio: No se incluyó el resumen de países en que, al menos según nuestro criterio, no se presente una cuestión novedosa que pueda dar lugar a una recomendación. Se resaltó en negrita lo que puede resultar más interesante. A modo de conclusión se enuncian los temas que consideramos pueden trabajarse en una eventual propuesta de mejora de la reglamentación.

1. **ALEMANIA:** Firma de cláusulas específicas en los contratos con el Estado que obligan al contratista a tomar medidas para evitar casos de corrupción o delitos afines. Existen políticas para prevenir la corrupción con ciertos procesos de *due diligence* y cláusulas anticorrupción que prevén también los organismos alemanes de desarrollo internacional (por ejemplo, GIZ y KfW) y la agencia de créditos para exportaciones (Euler Hermes).

2. **BRASIL:** Todo el proceso de licitación y de ejecución de contratos es público.

Sus principales pasos (convocatoria de la licitación, anuncio del ganador, firma del contrato) se publican obligatoriamente. Cualquier ciudadano puede solicitar acceso a las informaciones sobre licitaciones y contratos; cualquier interesado puede interponer denuncias administrativas y judiciales contra actos de la administración. Las exigencias que se pueden hacer para la participación de empresas en licitaciones se refieren a sus condiciones empresariales: prestación de garantías financieras, capital (hasta el 10% del valor del contrato), acceso a recursos financieros del mercado, acceso a equipos y personal técnico. En particular, la ley no admite que se exijan pruebas de experiencia previa en la ejecución del objeto de la licitación. Las exigencias de capital y de garantías financieras son altas o suficientes para asegurar la buena probabilidad de ejecución del contrato y lo suficientemente bajos para evitar que sean usados como restricción de la participación de otros interesados.

La determinación de la empresa ganadora se hace exclusivamente por el menor precio ofrecido. El contrato es automáticamente adjudicado a la ganadora, sin procedimiento intermedio.

Con relación a la ejecución la ley prevé castigos financieros estrictos para ese tipo de situación y se introdujo en ella un dispositivo que permite, por medio de criterios objetivos, rechazar automáticamente las propuestas con precios excesivamente bajos y, en los casos límite, exigir de la empresa garantías financieras adicionales. Tales criterios se basan en comparaciones entre el precio ofertado y el presupuesto del servicio, realizado previamente por el órgano licitante, así como también entre el primero y la media de las propuestas cuyos precios fuesen los más elevados, por encima de cierto nivel. Las situaciones en que los contratos se adjudican sin licitación (como en las emergencias derivadas de catástrofes) están delimitadas y sujetas a justificaciones detalladas. Las decisiones de ese tipo están sujetas a demandas administrativas y judiciales.

El pago de los abastecimientos y servicios ejecutados se hace en el orden cronológico de su exigibilidad. De esta forma se eliminó el poder del administrador para «vender» a las empresas el cobro de lo que se les debe. Todos los procedimientos de la licitación, así como aquellos que involucran la ejecución del

contrato resultante, necesitan ser registrados y sometidos a auditoría interna y externa al organismo responsable. Un recurso importante para la prevención de la corrupción es disponer de un sistema de seguimiento de precios del mercado, tanto del país en cuestión como de precios internacionales. De esa forma se podrían identificar inmediatamente desvíos sospechosos de cotizaciones.

Asimismo, es necesario prevenir acuerdos de precios entre empresas. En un sistema abierto, los acuerdos de esa naturaleza se realizan en relación con las condiciones del mercado, dependiendo de la mayor o menor abundancia de contratos licitados en comparación con la cantidad de empresas que los disputan. Ellos solamente son posibles con la connivencia del funcionario público.

Los sistemas de análisis y seguimiento de precios de mercado permiten identificar rápidamente la acción de ese género de cartel. En caso de contrataciones en las que el exige especialización y para evitar direccionamientos, se introduce la obligatoriedad de que las licitaciones de ese tipo sean realizadas bajo supervisión de entidades de grupos y/o de personas independientes de renombrado conocimiento en el área y sana reputación.

3. CHILE: El artículo 4 de la Ley N° 19.886 dispone que ningún órgano de la Administración del Estado y de las empresas y corporaciones del Estado o en que éste tenga participación, podrá suscribir contratos administrativos de provisión de bienes o prestación de servicios con los funcionarios directivos del mismo órgano o empresa, ni con personas unidas a ellos por los vínculos de parentesco descritos en la letra b) del artículo 54 de la Ley N° 18.575, ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, ni con sociedades de personas de las que aquéllos o éstas formen parte, ni con sociedades comanditas por acciones o anónimas cerradas en que aquéllos o éstas sean accionistas, ni con sociedades anónimas abiertas en que aquéllos o éstas sean dueños de acciones que representen el 10% o más del capital, ni con los gerentes, administradores, representantes o directores de cualquiera de las sociedades antedichas.

Las mismas prohibiciones del inciso anterior se aplicarán a ambas Cámaras del Congreso Nacional, a la Corporación Administrativa del Poder Judicial y a las Municipalidades y sus Corporaciones, respecto de los Parlamentarios, los integrantes del Escalafón Primario del Poder Judicial y los Alcaldes y Concejales, según sea el caso. Existe un Tribunal de Contratación Pública. Este Tribunal tiene como competencia conocer de la acción de impugnación contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos regidos por la ley, y debe estar integrado por tres abogados designados por el presidente de la República, con sus respectivos suplentes, previas propuestas en terna hechas por la Corte Suprema.

4. COLOMBIA: La Ley N° 1474: La Ley N° 1474 establece como medidas administrativas para la lucha contra la corrupción que quien haya celebrado contrato de obra pública, de concesión, suministro de medicamentos y de alimentos (o su cónyuge), pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o sus socios en sociedades distintas de las anónimas abiertas, con las entidades públicas (a nivel nacional, regional, departamental y/o empresas estatales, etc.), durante el plazo de ejecución y hasta la liquidación del mismo, no podrán celebrar contratos de interventoría con la misma entidad.

La Ley N° 80 del año 1993: El Art. 8 de la Ley N° 80 establece la prohibición para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales a los funcionarios públicos, quienes sean cónyuges y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación o concurso, las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación o concurso.

5. ESTADOS UNIDOS: El Gobierno impone prácticas éticas y comerciales a sus contratantes. Los contratantes y potenciales contratantes deben asegurarse de que sus empleados cumplan con estos estatutos y regulaciones éticas, o enfrentar sanciones civiles, administrativas y/ penales.

Con limitadas excepciones, los contratantes se ven restringidos de proveer bienes y servicios para el beneficio de empleados federales, sobre la base de estatutos penales y regulaciones contractuales. Estas restricciones aplican a todo lo que tenga un valor monetario, incluyendo regalos, entretenimiento, prestamos, viajes, favores, hospitalidad, comidas, descuentos, hospedaje, etc.

Debido a estas reglas, los contratantes deben entrenar a sus empleados sobre cómo relacionarse con empleados del Gobierno. Es esencial que los empleados entiendan estas restricciones, por lo que es común que existan “*Compliance trainings*” regulares. Estos entrenamientos son evaluados por el *Department of Justice*, sobre la base de ciertos puntos publicados online.

6. OCDE: Seguidamente trataremos dos aspectos sobre los cuales la Argentina debería mejorar para adecuarse a tratados y recomendaciones que involucran a la contratación pública en función de las exigencias de la OCDE.

a) Se amplíen los motivos de inhabilitación para cubrir todos los delitos comprendidos en el Artículo 1 de la Convención b) Se dicte la norma pertinente para esto mismo se aplique a los contratos de obra pública (fuera del Alcance del Régimen aprobado por el Decreto N° 1030/16); c) Se garantice la eficacia del mecanismo de exclusión, incluso mediante el control rutinario de las listas de inhabilitación de los bancos multilaterales de desarrollo; d) Junto con la reforma de la responsabilidad de las personas jurídicas por soborno, extender la descalificación a las personas jurídicas que participan en sobornos extranjeros cuando corresponda. En el año 2015 la OCDE emitió la mencionada recomendación (la “Recomendación”), abordando el ciclo de contrataciones en su totalidad, en función del conocimiento, la perspectiva y la voluntad política comunes de los países miembros de dicha organización, para transformar la contratación pública en un instrumento estratégico para la buena administración.

Seguidamente veremos los principales aspectos de la Recomendación sobre los cuales, a nuestro juicio, Argentina debería adaptar normativas, regular y/o incrementar esfuerzos en la aplicación de las normas.

1. Poner en práctica, en el conjunto del sector público, instrumentos de aseguramiento de la integridad y adaptarlos oportunamente a los riesgos concretos del ciclo de contratación.
2. Desarrollar programas de formación en materia de integridad dirigidos al personal de contratación pública,
3. Establecer requisitos, consistentes en controles internos, medidas de aseguramiento del cumplimiento y programas anticorrupción, dirigidos a los proveedores, incluido el oportuno seguimiento.
4. Disponer de marcos institucionales, legales y reglamentarios que sean razonables y sólidos.
5. Utilizar para las licitaciones una documentación clara e integrada, normalizada en lo posible y adecuada a las necesidades que se pretende cubrir.
6. Recurrir a licitaciones abiertas a la participación, limitando el uso de las posibles excepciones y de las contrataciones con un único proveedor.
7. Brindar oportunidades para la participación directa de las partes interesadas externas.
8. Procurarse herramientas avanzadas de contratación electrónica que sean modulares, flexibles, expansibles y seguras.
9. Asegurarse de que los profesionales de la contratación pública tienen un alto nivel de integridad, capacitación teórica y aptitud para la puesta en práctica, para lo que les proporcionan herramientas específicas y periódicamente actualizadas.
10. Ofrecer a los profesionales de la contratación pública un sistema de carrera atractivo, competitivo y basado en el mérito.
11. Fomentar la adopción de enfoques colaborativos con entidades como universidades, *think tanks* o centros políticos a fin de mejorar las capacidades y competencia del personal de contratación pública.
12. Evaluar de un modo periódico y sistemático los resultados del procedimiento de contratación pública.
13. Desarrollar indicadores para cuantificar el rendimiento, la eficacia y el ahorro de costos en el sistema de contratación pública.
14. Elaborar herramientas de evaluación de riesgos que permitan identificar y abordar amenazas al óptimo funcionamiento del sistema de contratación pública.
15. Dar a conocer las estrategias de gestión de riesgos.
16. Gestionar las quejas de un modo equitativo, ágil y transparente.
17. Asegurarse de que los controles internos (incluidos los controles financieros, la auditoría interna y los controles de la gestión), así como los controles y auditorías externos, están coordinados e integrados entre sí y disponen de suficientes recursos.

7. PERÚ: Supuestos de prohibición de contratar: a) Hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo, el presidente y los vicepresidentes de la República, los Congresistas de la República, los ministros y Viceministros de Estado, los Vocales de la Corte Suprema de Justicia de la República, los titulares y los miembros del órgano colegiado de los Organismos Constitucionales Autónomos. b) En el ámbito regional, hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo, los presidentes, vicepresidentes y los consejeros de los Gobiernos Regionales. c) En el ámbito de su jurisdicción, hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo, los Jueces de las Cortes Superiores de Justicia, los alcaldes y Regidores. d) En la Entidad a la que pertenecen, los titulares de instituciones o de organismos públicos del Poder Ejecutivo, los directores, gerentes y trabajadores de las empresas del Estado, los funcionarios públicos, empleados de confianza y servidores públicos, según la ley

especial de la materia. e) En el correspondiente proceso de contratación, las personas naturales o jurídicas que tengan intervención directa en la determinación de las características técnicas y valor referencial o valor estimado según corresponda, elaboración de Bases, selección y evaluación de ofertas de un proceso de selección y en la autorización de pagos de los contratos derivados de dicho proceso, salvo en el caso de los contratos de supervisión. f) En el ámbito y tiempo establecidos para las personas señaladas en los literales precedentes, el cónyuge, conviviente o los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. g) En el ámbito y tiempo establecidos para las personas señaladas en los literales precedentes, las personas jurídicas en las que aquellas tengan o hayan tenido una participación superior al cinco por ciento (5%) del capital o patrimonio social, dentro de los doce (12) meses anteriores a la convocatoria. h) En el ámbito y tiempo establecidos para las personas señaladas en los literales precedentes, las personas jurídicas sin fines de lucro en las que aquellas participen o hayan participado como asociados o miembros de sus consejos directivos, dentro de los doce (12) meses anteriores a la convocatoria. i) En el ámbito y tiempo establecidos para las personas señaladas en los literales precedentes, las personas jurídicas cuyos integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales sean las personas señaladas en los literales precedentes. Idéntica prohibición se extiende a las personas naturales que tengan como apoderados o representantes a las personas señaladas en los literales precedentes. k) Las personas jurídicas cuyos socios, accionistas, participacionistas, titulares, integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales formen o hayan formado parte, en los últimos doce (12) meses de impuesta la sanción, de personas jurídicas que se encuentren sancionadas administrativamente con inhabilitación temporal o permanente para participar en procesos de selección y para contratar con el Estado; o que habiendo actuado como personas naturales hayan sido sancionadas por la misma infracción; conforme a los criterios señalados en la presente Ley y su reglamento. Para el caso de socios, accionistas, participacionistas o titulares, este impedimento se aplicará siempre y cuando la participación sea superior al cinco por ciento (5%) del capital o patrimonio social y por el tiempo que la sanción se encuentre vigente.

Cada entidad tiene que implementar un Portal de Transparencia con información estandarizada, actualizada, lenguaje claro, de fácil acceso. El Portal de Transparencia debe estar en el Portal de Internet institucional del organismo. En el Portal de Transparencia debe figurar, entre otras cosas- (i) Plan Estratégico Sectorial Multianual; (ii) Plan Estratégico Institucional; (iii) Plan Operativo Institucional; (iv) Información Presupuestal; (v) Proyectos de inversión pública; (vi) Información de personal; (vii) Información de contrataciones que contengan, entre otras cosas: a) Procesos de Selección; b) Penalidades aplicadas; c) Ordenes de Servicio; d) Gastos de viáticos y pasajes; e) Gastos de telefonía; f) Uso de Vehículos; g) Gastos de publicidad; h) Miembros del Comité de Contrataciones; i) Monto de contrato original, de adicionales, liquidación final de obra, informes de supervisión de contratos, laudos o procesos arbitrales y actas de conciliación en caso de existir; (viii) Actividades oficiales del organismo; (ix) Declaraciones juradas de funcionarios; (x) Las recomendaciones de los informes de auditoría orientadas al mejoramiento de la gestión de las entidades públicas. La Constitución de Perú dispone que la función de congresista es incompatible con la condición de gerente, apoderado, representante, mandatario, abogado, accionista mayoritario o miembro del Directorio de empresas que tienen con el Estado contratos de obras, de suministro

o de aprovisionamiento, o que administran rentas públicas o prestan servicios públicos.

8. PORTUGAL: Entre las medidas de "transparencia y buena gestión pública" se destacan: (i) la obligatoriedad de una consulta preliminar, de modo que, la entidad adjudicadora realice consultas informales al mercado para preparar el procedimiento antes de un procedimiento de contratación, con el fin de fortalecer la transparencia y evitar un perjuicio desleal para la competencia; (ii) la consagración de un nuevo procedimiento de consulta previa, con consulta a tres proveedores, limitando la adjudicación directa; y (iii) la necesidad de una motivación especial de los contratos de valor superior cinco millones de euros, sobre la base de una evaluación costo-beneficio.

Asimismo, se destaca la creación de "gestor del contrato" (Artículo 290 -A), con la función de acompañar en forma permanente en la etapa de ejecución. Esta figura es una herramienta importante de promoción de un desempeño de calidad de todos los que colaboran en el ejercicio de tareas de relevancia pública.

* * *

C) CORRUPCIÓN ENTRE PRIVADOS

A diferencia de la corrupción en el sector público, que ha sido regulada y penada en diversas convenciones y tratados internacionales y en la normativa local de todos los países analizados en este trabajo, la corrupción entre privados sólo ha sido regulada por unos pocos países. Sin embargo, existe numerosa normativa internacional adherida por la gran mayoría de los países objeto de este trabajo, que recomienda la tipificación del soborno entre privados, tales como, por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, la “Decisión Marco” de la Unión Europea (UE) del año 2003, o el “Convenio del Consejo de Europa” de 1999.

En la mayoría de los casos, el fundamento de la regulación de este tipo de corrupción es la libre competencia en la contratación de bienes y servicios, a los fines de evitar se afecte el normal funcionamiento del mercado. Entre los países pioneros en este tipo de regulación se encuentran Alemania, Colombia, España, Portugal y Gran Bretaña, los que parten de una base jurídica similar. A continuación, detallamos los puntos más relevantes encontrados en cada una de estas legislaciones.

1. **ALEMANIA**: Se regula el soborno activo y pasivo. El bien tutelado es la libre competencia. Se sanciona a quien como empleado o encargado de un establecimiento comercial exija, permita que le prometan o acepte en el tráfico comercial una ventaja para sí o para un tercero como contraprestación para que prefiera a otro de manera desleal en la adquisición de mercancía o servicios comerciales. Además, se castiga a quien en el tráfico comercial con fines de competencia ofrezca, prometa o conceda a un empleado o encargado de un establecimiento comercial una ventaja para éste o para un tercero como contraprestación para que prefiera a él o a otro de manera desleal en la adquisición de mercancía o servicios comerciales.

2. **COLOMBIA**: Castiga a quien directamente o por interpósita persona prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o asesores de una sociedad, una dádiva o cualquier beneficio no justificado para que lo favorezca a él o a un tercero, en perjuicio de aquella. Asimismo, se castiga con la misma pena al directivo, administrador, empleado o asesor de una sociedad que (por sí o por interpósita persona), reciba, solicite o acepte una dádiva o cualquier beneficio no justificado, en perjuicio de aquella. La conducta se agrava cuando, como consecuencia del hecho ilícito, produzca un perjuicio económico en a la sociedad.

3. **ESPAÑA**: Se sanciona al directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza, para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales. Asimismo, se castiga a quien por sí o por persona interpuesta, prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, un beneficio o ventaja no justificados, de cualquier naturaleza, para ellos o para terceros, como contraprestación para que le favorezca indebidamente a él o a un

tercero frente a otros en la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales.

4. PORTUGAL: Se sanciona la corrupción activa en el sector privado, definida como la concesión o promesa de una ventaja patrimonial o no, a un trabajador del sector privado, al incentivarlo a practicar cualquier acto u omisión que constituya una violación de sus deberes. Asimismo, penaliza la corrupción pasiva, definida como quien da o promete una ventaja patrimonial o no, que no le sea debida, para obtener o conservar un negocio, un contrato u otra ventaja indebida.

5. REINO UNIDO: Sanciona tanto a la corrupción cometida en el sector público como en el sector privado, tanto si la persona interviniente lo hace en forma activa o pasiva. En este caso, la propia norma que sanciona la corrupción en el sector público, la *UK Bribery Act*, sanciona con igual alcance y aplicación a la corrupción entre privados. Es decir, que a diferencia del resto de la gran mayoría de las legislaciones observadas, en el Reino Unido se contempla la corrupción en el sector público y privado por medio de la misma norma.

6. PERÚ Y CHILE: En estos dos países existen proyectos mediante los cuales se pretende incluir en la legislación existente a la corrupción entre privados. Sin embargo, a la fecha, todavía no se han sancionado, ni tampoco se ha delimitado cual sería el alcance que se espera darle al delito.

7. ARGENTINA: En la actualidad, la corrupción entre privados no se encuentra regulada en el país ya que la legislación argentina únicamente sanciona la comisión de actos corruptos cuando involucra a funcionarios públicos. Aún así, el actual proyecto de reforma del Código Penal Nacional argentino (“CPN”), elaborada por la comisión presidida por el Dr. Mariano Borinsky, tipifica estas conductas, incluyendo al soborno entre privados como delito autónomo y penaliza el cohecho activo y pasivo. Con esta nueva figura se crea un delito autónomo, es decir, que no hay necesidad de probar daño o perjuicio alguno como en el caso de la figura del fraude. La nueva figura penal que prevé tanto la conducta de corrupción o cohecho pasivo como activo, se aplica a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una sociedad, asociación, fundación u organización por el mero hecho de incurrir en la conducta tipificada, y se castiga con pena de prisión de seis meses a cuatro años o multa de dos a cinco veces del monto o valor del beneficio obtenido y, en ambos casos, inhabilitación especial por cuatro años.

En la actualidad, no existe una conciencia social sobre la corrupción entre privados, dado que, en caso de ser cometidos, no serían sancionados como delitos de corrupción, sino más probablemente como un tipo de defraudación y/o participe en la defraudación (independientemente de la sanción interna o administrativa de la empresa que pueda llegar a aplicar en este tipo de casos).

* * *

D) FIGURA DEL ARREPENTIDO

1. ACUERDOS CON REDUCCIÓN DE PENA

De los sistemas de derecho comparado analizados, en base a los informes realizados por distintos estudios jurídicos, hemos advertido que la mayoría de los países – al igual que la Argentina- prevén acuerdos de colaboración con los imputados o aplicación de la figura del arrepentido¹⁰ -sea para personas físicas o jurídicas-, a cambio de sólo una reducción de la pena.

En esta dirección se inscribe el instituto de *plea bargain* de Alemania¹¹ y la Ley de Responsabilidad de Persona Jurídica de Chile.¹² Asimismo, España¹³ no tiene normas sobre acuerdos de colaboración, sino que se legislan algunas circunstancias que podrán considerarse atenuantes para la graduación de la pena (dentro de la misma escala penal) de las personas jurídicas (artículo 31 quater de su Código Penal¹⁴), y otras para personas físicas (artículo 21, inciso 4º, del Código Penal español). En estos casos existe una obligación del imputado de colaborar con la justicia en el esclarecimiento del caso.

Por otro lado, Portugal¹⁵ y Colombia¹⁶ sólo cuentan con regulaciones atinentes al juicio abreviado (similares al artículo 431 bis de nuestro Código Procesal Penal), donde el imputado pactará con el fiscal una pena dentro de la escala penal prevista por el delito imputado, reconociendo su participación en el hecho, pero sin la obligación de delatar a otros coautores o partícipes, o aportar pruebas a la investigación.

Hasta aquí, las legislaciones analizadas no difieren sustancialmente con el ordenamiento jurídico argentino.

¹⁰ El proyecto de reforma del Código Penal de la Nación, a cargo del Juez Mariano Broinsky, amplía la figura del arrepentido.

¹¹ Cfr. Informe ejecutivo realizado por ESTUDIO BECCAR VARELA: “Se encuentra reglamentado desde el año 2009 en el art. 257c) del Ordenamiento del Proceso Penal (StPO)”.

¹² Cfr. Informe Ejecutivo realizado por HOPE, DUGGAN & SILVA ABOGADOS: Se encuentran previstas “en el artículo 6 de la Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas NRO. 20.393, las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas; y entre ellas se encuentra la colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos.”

¹³ Cfr. Informe ejecutivo realizado por FONTAN BALESTRA & ASOCIADOS.

¹⁴ Entre las circunstancias previstas como atenuantes para la persona jurídica se pueden mencionar: a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades; b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas; c) Reparar o disminuir el daño causado por el delito; d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, un programa de cumplimiento eficaz.

¹⁵ Cfr. Informe ejecutivo realizado por DURRIEU ABOGADOS S.C. En Portugal, existe la posibilidad que el imputado –a través de su abogado- pueda obtener un acuerdo con el fiscal para que se le imponga una sanción menor a la esperable, a cambio que se evite la realización del juicio. Se la llama “proceso sumarísimo” (processo sumaríssimo). Está regulada en los artículos 392-3981 del Código Procesal Penal Portugués y es asimilable a lo que se llama juicio abreviado. No obstante, este instituto está limitado a delitos que tienen una sanción de prisión prevista menor a 5 años, lo cual puede excluir algunos la mayoría de los delitos de corrupción.

¹⁶ Cfr. Informe ejecutivo realizado por ALLENDE & BREA: “Los Arts. 348 a 370 del Código de Procedimiento Penal de Colombia establece la figura de los preacuerdos, los cuales se celebran por escrito entre la fiscalía y el imputado o acusado a fin de concluir el proceso penal. En estos casos, el imputado se declara culpable del delito imputado o de uno relacionado de pena menor a cambio de que el fiscal reduzca la pena aplicable. Si quien cometió la conducta ilícita hubiese obtenido un incremento patrimonial, no será posible arribar a un preacuerdo hasta tanto no reintegre por lo menos el 50% del valor equivalente al incremento percibido y asegure el pago de las restantes sumas.”

Sin embargo, en el Reino Unido¹⁷ existe un sistema novedoso e interesante en tanto cuenta con una graduación de los beneficios para el imputado de acuerdo a la oportunidad o etapa procesal en que se realice la colaboración y al tipo de delito atribuido. En efecto, Reino Unido posee diversos lineamientos (en inglés denominados “*guidelines by the sentencing council*”) que establecen los requisitos y procedimientos a seguir a efectos de que el acusado pueda acogerse a la figura del arrepentido o “*plea bargain*”, como así también establece las reducciones de pena que pueden llegar a aplicarse conforme las circunstancias especiales de cada caso.¹⁸

2. ACUERDOS CON POSIBILIDAD DE EXIMICIÓN TOTAL DE LA PENA

Paralelamente, existe otro grupo de legislaciones en las que se pueden mencionar la de los Estados Unidos y Brasil que admiten la eximición total de pena para el arrepentido que colabore con la investigación, aporte pruebas y datos de la participación de otras personas. Este beneficio aparece, en efecto, como un atractivo fuerte a la hora de suscribir acuerdos de colaboración con los fiscales y agilizar las investigaciones por hechos de corrupción.

En efecto, Perú¹⁹ también se prevé la eximición total de pena por aplicación de la figura del arrepentido, pero el instituto sólo es procedente en los casos de terrorismo.

En Estados Unidos, los fiscales tienen la posibilidad de ofrecer a los imputados la eventual eximición total de pena (inmunidad), a cambio de que colaboren con la investigación y siempre que el aporte de información o pruebas sea de suma relevancia para el caso. En ese sentido, los fiscales de Estados Unidos utilizan principalmente dos herramientas: el “*immunity agreement*”, es decir, que el Fiscal otorgue inmunidad al testimonio del arrepentido para que éste quede eximido de pena por aquellas conductas que él revela y que pudieran aparejarle responsabilidad penal; o el “*plea bargaining*”, es decir, la negociación entre el imputado y el fiscal interviniente acerca de la eventual imposición de una pena reducida que recibirá el arrepentido. Es dentro de la primera herramienta

¹⁷ Cfr. Informe ejecutivo realizado por MARTÍNEZ DE HOZ & RUEDA.

¹⁸ Entre los lineamientos que resultan más relevantes a los efectos del presente, se encuentran los siguientes:
-*Breach Offences*: Dentro de cada tipo de delito, se han establecido categorías conforme el nivel de riesgo que éstos representan. Cada ofensa se subdivide en categorías, y conforme el tipo de categoría en el que se encuadre la figura de acusado, le corresponderá una pena.
-*Reduction in sentence for a guilty plea*: Conforme este criterio, cuanto antes el acusado admita su culpa, mayores serán los beneficios y ventajas que éste podrá obtener. En este sentido, los lineamientos distinguen entre las reducciones de pena que podrían aplicar en caso de que el acusado se acoja a la figura del arrepentido en la primera instancia del procedimiento, o en una etapa posterior del procedimiento. La máxima reducción de la pena será de un tercio y tendrá lugar cuando el acusado se acoja al beneficio durante la primera etapa del procedimiento. Con posterioridad, el máximo de reducción aplicable será de un cuarto. Esto podrá reducirse hasta un décimo si el acusado decidiera acogerse al beneficio en el primer día del juicio, y continuar disminuyendo hasta incluso llegar a cero, si se acogiera al beneficio durante el juicio.
-*Reduction in sentence for a guilty plea*: El nivel de reducción de la pena será equivalente a una proporción del total de la sentencia impuesta, siendo dicha proporción calculada en referencia con las circunstancias del acuerdo que se haya hecho con el acusado, teniendo especial importancia la etapa del procedimiento en la cual se acoge al beneficio. La mayor reducción tendrá lugar cuando el acusado se acoja al beneficio en la “primera oportunidad procesal”. Este beneficio podrá ser de un tercio, un cuarto o un décimo dependiendo del caso.

¹⁹ Cfr. Informe ejecutivo realizado por HOPE, DUGGAN & SILVA ABOGADOS.

mencionada, en su forma de “*transaccional immunity*”, donde se puede obtener una eximición total de pena ya que opera como una barrera legal a favor del arrepentido de forma tal que no puede ser penado por los delitos sobre los cuales declara y colabora.²⁰

Además, existe la posibilidad de llegar a acuerdos llamados “*non-prosecution agreement*” (NPA) o “*deferred prosecution agreement*” (DFA), en donde se suspende la formulación de cargos a esperas de que se cumplan los puntos del acuerdo.

Actualmente el exponente quizás más sobresaliente es Brasil²¹ -por ser un derecho de base europeo continental y por la publicidad que tuvo-, que cuenta con la delación premiada y la confesión o colaboración premiada.

La delación premiada²² permite a la persona que está siendo investigada, procesada o bien condenada por la comisión de un delito, obtener una reducción o eximición de la pena como consecuencia de brindar información fehaciente y en forma voluntaria sobre la comisión del delito ya sea en la etapa de investigación como en la etapa de los procedimientos persecutorios. A los efectos de su aplicación, es necesario que se confiese la participación en el ilícito, como así también es preciso que se aporten detalles fehacientes de la actividad delictiva para incriminar a terceros involucrados en la comisión del delito, ya que el beneficio de la delación sólo se hará efectivo en la medida de que la información sirva para conocer en detalle el ilícito que se cometió.

Al igual que en la mayoría de los sistemas legales que tienen sistemas acusatorios, el juez no puede participar en las negociaciones con el acusado (potencial colaborador). Las mismas tienen que realizarse entre el acusado y su abogado defensor, y un delegado de la policía o el Ministerio Público Fiscal. Sin embargo, posteriormente el juez analizará la legalidad del acuerdo de colaboración y el cumplimiento de los requisitos, y eventualmente lo homologará. Los acuerdos de colaboración deben ser publicados.

Además, Brasil prevé el instituto de la confesión o colaboración premiada. Mediante ella se otorgan incentivos aquellas personas que colaboran en la investigación judicial de la comisión de delitos, a cambio de una reducción de la pena hasta el mínimo previsto por la ley. La figura de la colaboración premiada es más reducida en cuanto a los efectos jurídicos ya que el confesor puede asumir culpa en la comisión del ilícito y no incriminar a otras personas, a diferencia de lo que sucede con la delación.

²⁰ DEL SEL, JUAN MARÍA, “Ley del Arrepentido: ensayo sobre su falta de resultados”, Publicado el 18/01/2018 en El Dial, Cita Online: elDial.com - DC2491.

²¹ Cfr. Informe ejecutivo elaborado por MARTÍNEZ DE HOZ & RUEDA.

²² La delación premiada se incorporó al ordenamiento jurídico brasileiro en el año 1990 con la sanción de la Ley dos Crimes Hediondos (Ley Nro. 18.072). Asimismo, el instituto fue tratado en varias legislaciones posteriores como: el Código Penal arts. e 159, §4º, e 288, p.u.; la Ley sobre Delito Organizado Nro. 9.034/95; la Ley sobre Delitos contra el Sistema Financiero Nacional Nro. 7.492/86; la Ley sobre Delitos de Lavado de Capitales Nro. 9.613/98; la Ley sobre Delitos contra el Orden Tributario y Económico Nro. 8.137/90; la Ley de Protección de Víctimas y Testigos Nro. 9.807/99; la Ley de Drogas Nro. 11.343/06; la Ley de Lucha contra los Delitos Organizados, y la Ley de Defensa de la Competencia Nro. 12.529/11.

3. SISTEMA DE *MARKER*²³- LÍMITE TEMPORAL DEL ARREPENTIMIENTO

Recientemente, Argentina ha sancionado –en sintonía con las recomendaciones de la OCDE- una nueva Ley de Defensa de la Competencia que prevé un régimen de clemencia.²⁴

Dicho régimen establece la eximición total de sanción administrativa a la primera persona física o jurídica que se autodenuncie (por haber participado en el hecho) espontáneamente (antes de cualquier proceso en marcha) ante las autoridades de contralor por una conducta en infracción a la ley.

Ahora bien, del material analizado notamos un escaso desarrollo en derecho comparado del sistema de *marker* o régimen de clemencia en materia de transparencia institucional y hechos de corrupción. Dicho sistema se encuentra generalmente regulado para la defensa de la competencia o *antitrust*.

Sin embargo, podemos destacar que en el año 2011 Colombia²⁵ sancionó el Estatuto Anticorrupción de Colombia Ley N° 1474, cuyo artículo 40 modifica el artículo 324 del Código de Procedimiento Penal relativo al principio de oportunidad.²⁶ Este principio consiste en la renuncia, suspensión o interrupción de la acción penal. Por ende, se estableció que para los casos de cohecho, el funcionario público (autor o partícipe) que formulase la denuncia en primer lugar que diera comienzo a la investigación penal, obtendrá como beneficio la aplicación del principio de oportunidad, siempre que acompañara de prueba útil, sirva como testigo de cargo, y repare de manera voluntaria e integral el daño causado. No hay disposiciones análogas aplicables a la persona jurídica.

En efecto, advertimos que esta figura resulta más amplia que la figura del arrepentido en Argentina, que como se dijo, solamente permite la reducción de la pena a la persona física durante la investigación. Sin embargo, dicha disposición se asemeja al artículo 9 de la Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas N° 27.401²⁷ sobre la exención de pena y de responsabilidad administrativa de la persona jurídica cuando existe una autodenuncia espontánea.

De manera extremadamente limitada y para las personas físicas, Chile²⁸ tiene previsto en el artículo 8 de su Código Penal que se “*exime de toda pena por la*

²³ Entendemos que el sistema de *marker* en materia de hechos de corrupción y transparencia institucional implica una modalidad específica de arrepentimiento, aplicable a aquellos casos donde aún no se ha iniciado una investigación sobre el hecho.

²⁴ Ley 27.442. Art. 60.: “Cualquier persona humana o jurídica que haya incurrido o esté incurriendo en una conducta de las enumeradas en el artículo 2° de la presente ley (carteles abiertos), podrá revelarla y reconocerla ante el Tribunal de Defensa de la Competencia acogiéndose al beneficio de exención o reducción de las multas del inciso b) del artículo 55 de la presente ley, según pudiere corresponder. A los fines de poder acogerse al beneficio, el mismo deberá solicitarse ante el Tribunal de Defensa de la Competencia con anterioridad a la recepción de la notificación prevista en el artículo 41 de la presente ley.”

²⁵ Cfr. ALLENDE & BREA; *op.cit.*

²⁶ En efecto, el numeral 18 del artículo 324 del Código de Procedimiento Penal de Colombia establece que se aplicará el principio de oportunidad en los siguientes casos: “18. Cuando el autor o partícipe en los casos de cohecho formule la respectiva denuncia que da origen a la investigación penal, acompañada de evidencia útil en el juicio, y sirva como testigo de cargo, siempre y cuando repare de manera voluntaria e integral el daño causado.”

²⁷ Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas Nro. 27.401, promulgada el 01/12/2017, BORA: 01/12/2017.

²⁸ Cfr. HOPE, DUGGAN & SILVA ABOGADOS, *op.cit.*

conspiración o proposición para cometer un crimen o un simple delito, el desistimiento de la ejecución de estos antes de principiar a ponerlos por obra y de iniciarse procedimiento judicial contra el culpable, con tal que denuncie a la autoridad pública el plan y sus circunstancias.”

Finalmente, cabe recordar que –como señalamos en el apartado anterior- otras legislaciones analizadas prevén atenuantes de la conducta o reducción de la pena para quienes confiesen un delito y aporten datos relevantes a la investigación, sean personas físicas o jurídicas. En efecto, este es el caso de España,²⁹ y Portugal.³⁰ De todas formas, cabe aclarar que en la clemencia o atenuación de la sanción –en estos casos- no resultan exclusivas para el primero que ponga en conocimiento de las autoridades judiciales sobre el hecho delictivo.

4. RECOMENDACIONES PARA ARGENTINA EN RELACIÓN A LA OCDE

En marzo de 2017, la OCDE destacó la promulgación de la Ley del Arrepentido. N° 27.304,³¹ mediante la cual se establece la posibilidad de una sentencia reducida a los acusados que cooperen en la investigación de algunos delitos, incluido el soborno en el extranjero.³²

En marzo 2019, la OCDE emitió un nuevo informe³³ concluyendo que la Argentina necesita realizar reformas con el objetivo de restaurar la confianza, crear fundamentos macroeconómicos más sólidos, generar empleo y asegurar que el crecimiento sea más sostenible y que beneficie a todos los argentinos. El informe hizo énfasis en la necesidad de reducir las barreras regulatorias domésticas a la iniciativa empresarial y de la entrada en el mercado, incluso en el ámbito de los gobiernos provinciales y locales, lo cual fortalecería la competencia e impulsará los niveles de actividad. Asimismo, consideró necesario reforzar el funcionamiento y la autonomía económica de la Oficina Anti-Corrupción y garantizar recursos suficientes para que pueda cumplir su cometido lo cual redundaría en una mejoría del ambiente de negocios.

* * *

²⁹ Cfr. FONTAN BALESTRA & ASOCIADOS, *op.cit.*

³⁰ Cfr. DURRIEU ABOGADOS S.C., *op.cit.* El artículo 344, inciso 2 del Código Procesal Penal Portugal, establece que el acusado que haya confesado haber cometido el delito, recibirá a cambio una reducción del 50% de las costas judiciales aplicables. Esto resulta aplicable tanto a personas físicas como jurídicas, en tanto en el ordenamiento jurídico portugués las personas jurídicas son pasibles de responsabilidad penal (Art. 11, CP Portugués). Asimismo, si un imputado muestra arrepentimiento sincero al juez, reparando cualquier daño y perjuicio causado, el período máximo de prisión puede reducirse, por ejemplo, en un tercio, y el plazo mínimo en un quinto. Sin embargo, la reducción de pena solo se puede obtener en delitos que llevan una sentencia de hasta cinco años. De este modo, sólo es aplicable al perjuicio indebido y cohecho activo.

³¹ Ley 27.304, promulgada el 02/11/2016, BORA: 02/11/2016.

³² Cfr. Informe ejecutivo redactado por ESTUDIO O'FARRELL.

³³ <http://www.oecd.org/newsroom/la-ocde-afirma-que-argentina-necesita-mas-reformas-para-conseguir-una-economia-mas-fuerte-e-inclusiva.htm>

E) INCOMPATIBILIDADES PARA EJERCER CARGOS PÚBLICOS

Luego de haber analizado la normativa dictada por Chile, Perú, Portugal, Colombia, Alemania, España, Estados Unidos de Norteamérica con relación al sistema de incompatibilidades para ocupar, ejercer y finalizar el ejercicio de cargos públicos, que a continuación se detalla, destacamos que el proyecto de ley mediante el cual se propicia la sanción de un nuevo régimen de Ética Pública de nuestro país incluye varias de estas recomendaciones y normativa extranjera.

1. INCOMPATIBILIDADES PARA CANDIDATOS A OCUPAR CARGOS LEGISLATIVOS

A fin de evitar candidaturas testimoniales, dotar de mayor transparencia a las elecciones y garantizar la idoneidad de los legisladores, consideramos que podría crearse un sistema, mediante el cual una lista amplia de personas (que incluya tanto funcionarios públicos como determinados sujetos privados), no puedan presentarse como candidatos a diputados o senadores.

Por ejemplo, en el caso de Chile la lista abarca a las personas que ocupan los cargos que seguidamente se detallan:

- i. Los Ministros de Estado;*
- ii. Los intendentes, los gobernadores, los alcaldes, los consejeros regionales, los concejales y los subsecretarios;*
- iii. Los miembros del Consejo del Banco Central;*
- iv. Los magistrados de los tribunales superiores de justicia y los jueces de letras;*
- v. Los miembros del Tribunal Constitucional, del Tribunal Calificador de Elecciones y de los tribunales electorales regionales;*
- vi. El Contralor General de la República;*
- vii. Las personas que desempeñen un cargo directivo de naturaleza gremial o vecinal;*
- viii. Las personas naturales y los gerentes o administradores de personas jurídicas que celebren o caucionen contratos con el Estado;*
- ix. El Fiscal Nacional, los fiscales regionales y los fiscales adjuntos del Ministerio Público, y*
- x. Los Comandantes en Jefe del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea, el General Director de Carabineros, el Director General de la Policía de Investigaciones y los oficiales pertenecientes a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública.*

Asimismo, en el caso de Chile, dichas incompatibilidades también resultan aplicables a quienes, dentro del año inmediatamente anterior a la elección, hubieren tenido las calidades o cargos mencionados en los apartados precedentes, excepto respecto de las personas que ocuparon los cargos mencionados en los apartados (vii) y (viii), las que no deberán reunir esas condiciones al momento de inscribir su candidatura, y de las indicadas en el apartado (ix), respecto de las cuales el plazo de la inhabilidad será de los dos años inmediatamente anteriores a la elección.

En un sentido similar, en la constitución de Perú se indica expresamente que “No pueden ser elegidos miembros del Parlamento, si no han renunciado al cargo 6 meses antes de la elección:

- (i) Los ministros y viceministros del Estado;
- (ii) Los miembros del Tribunal Constitucional, del Consejo Nacional de la Magistratura, del Poder Judicial, del Ministerio Público, del Jurado Nacional de Elecciones, ni el Defensor del Pueblo;
- (iii) El presidente del Banco Central, el Superintendente de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de pensiones y el Superintendente Nacional de Administración Tributaria; y
- (iv) Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en actividad”.

En la Ley Orgánica Nº 5/1985 del Régimen Electoral General de España, se dispone la siguiente lista de personas como inelegibles para elecciones de los cargos de Diputados y Senadores a Cortes Generales (así como para las corporaciones locales y los Diputados del Parlamento Europeo):

“Artículo 61.

a) Los miembros de la Familia Real Española incluidos en el Registro Civil que regula el Real Decreto Nº 2917/1981, de 27 de noviembre, así como sus cónyuges.

b) Los Presidentes del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo, del Consejo de Estado, del Tribunal de Cuentas y del Consejo a que hace referencia el artículo 131.2 de la Constitución.

c) Los Magistrados del Tribunal Constitucional, los Vocales del Consejo General del Poder Judicial, los Consejeros Permanentes del Consejo de Estado y los consejeros del Tribunal de Cuentas.

d) El Defensor del Pueblo y sus Adjuntos.

e) El Fiscal General del Estado.

f) Los Subsecretarios, secretarios generales, directores generales de los Departamentos Ministeriales y los equiparados a ellos; en particular, los directores de los Departamentos del Gabinete de la Presidencia del Gobierno y los directores de los Gabinetes de los ministros y de los Secretarios de Estado.

g) Los Jefes de Misión acreditados, con carácter de residentes, ante un Estado extranjero u organismo internacional.

h) Los Magistrados, Jueces y Fiscales que se hallen en situación de activo.

i) Los militares profesionales y de complemento y miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Policía, en activo.

j) Los Presidentes, Vocales y secretarios de las Juntas Electorales.

k) Los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas y los Subdelegados del Gobierno y las autoridades similares con distinta competencia territorial

l) El Presidente de la Corporación de Radio Televisión Española y las sociedades que la integran.

m) Los Presidentes, directores y cargos asimilados de las entidades estatales autónomas con competencia en todo el territorio nacional, así como los delegados del Gobierno de las mismas.

n) Los Presidentes y directores generales de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social con competencia en todo el territorio nacional.

ñ) El Director de la Oficina del Censo Electoral.

- o) *El Gobernador y Subgobernador del Banco de España y los presidentes y directores del Instituto de Crédito Oficial y de las demás entidades oficiales de crédito.*
- p) *El Presidente, los consejeros y el secretario general del Consejo General de Seguridad Nuclear.”*

Además, se dispone que resultan inelegibles los siguientes:

“3. Durante su mandato no serán elegibles por las circunscripciones electorales comprendidas en todo o en parte en el ámbito territorial de su jurisdicción:

- a) *Quien ejerza la función de mayor nivel de cada Ministerio en las distintas demarcaciones territoriales de ámbito inferior al estatal.*
- b) *Los Presidentes, directores y cargos asimilados de Entidades Autónomas de competencia territorial limitada, así como los delegados del Gobierno en las mismas.*
- c) *Los Delegados territoriales de RTVE y los directores de las Entidades de Radiotelevisión dependientes de las Comunidades Autónomas.*
- d) *Los Presidentes y directores de los órganos periféricos de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social.*
- e) *Los Secretarios generales de las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno.*
- f) *Los Delegados provinciales de la oficina del Censo Electoral.*

4. Las causas de inelegibilidad lo son también de incompatibilidad.”

2. INCOMPATIBILIDADES RELACIONADAS AL EJERCICIO DE CARGOS PÚBLICOS

1. Propuestas

Entendemos que a las incompatibilidades para ejercer cargos públicos previstas en el marco normativo argentino podrían incorporarse algunos supuestos adicionales, entre los cuales destacamos los siguientes:

- i. quienes tengan litigios pendientes con la institución de que se trata, a menos que se refieran al ejercicio de derechos propios, de su cónyuge, hijos o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad inclusive;
- ii. los socios titulares del diez por ciento o más de los derechos de una sociedad, cuando ésta tenga contratos vigentes por determinados montos o litigios pendientes con el organismo de la Administración a cuyo ingreso se postule;
- iii. en una misma institución personas ligadas entre sí por:
 - a. matrimonio;
 - b. parentesco de consanguinidad hasta el tercer grado inclusive; o
 - c. parentesco de afinidad hasta el segundo grado;
cuando entre ellas se produzca relación jerárquica.
- iv. realizar actividad política partidaria durante el horario de trabajo;
- v. celebrar por sí o por terceras personas o intervenir, directa o indirectamente, en los contratos con su Entidad en los que tengan intereses el propio servidor, su cónyuge o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o

segundo de afinidad (ampliando de esta forma el alcance del artículo 13 de la Ley N° 25.188);

- vi. la obligación de presentar una declaración jurada dentro de los 15 días de la asunción del cargo, declarando la ausencia de impedimentos e incompatibilidades y de informar la ocupación que ha practicado, las actividades como miembro de compañías o empresas, las actividades remuneradas que realiza, así como otras actividades que realiza en compañías, asociaciones, fundaciones y/o organizaciones de distinto tipo y la existencia de acuerdos por los que recibirá beneficios pecuniarios durante su mandato, así también como de intereses en corporaciones o sociedades; y
- vii. la prohibición de usar directa o indirectamente o permitir el uso de propiedades del gobierno, de cualquier clase para otras actividades que no sean las aprobadas oficialmente.

Si bien el Artículo 72 de la Constitución Nacional establece que: *“ningún miembro del Congreso podrá recibir empleo o comisión del Poder Ejecutivo, sin previo consentimiento de la Cámara respectiva, excepto los empleos de escala”*, consideramos que sería conveniente incluir que los legisladores no puedan percibir ninguna otra remuneración proveniente de fondos de nivel nacional, provincial ni municipal. También debería ser incompatible con el cargo de legislador el ejercicio de actividades económicas en forma privada, ello a fin de evitar posibles conflictos de interés.

Por último, consideramos conveniente establecer la regulación del empleo público en una única norma.

2. *Sistemas de incompatibilidades dispuestos por otros países*

- En su Ley Fundamental, Alemania establece el siguiente sistema de incompatibilidades: i) para los jueces de la Corte Constitucional, la imposibilidad de formar parte de la Cámara de Diputados o del Senado; ii) para el Presidente Federal se dispone que no podrá pertenecer ni al Gobierno ni a un órgano legislativo de la Federación o de un *Land* (Estado), además el Presidente Federal no podrá ejercer ningún otro cargo público remunerado, ningún oficio ni profesión, ni tampoco pertenecer a la administración o al consejo de administración de una empresa con fines de lucro; y iii) el Canciller Federal y los ministros federales no podrán ejercer ningún otro cargo público remunerado, ningún oficio ni profesión, ni tampoco pertenecer a la dirección salvo autorización del Bundestag ni al consejo de administración de una empresa con fines de lucro. El Código de conducta para los miembros del Bundestag Alemán establece en su Artículo 1 la obligación para los miembros de informar, respecto del tiempo anterior a ser miembro, la ocupación que han practicado, las actividades como miembro de compañías o empresas, las actividades remuneradas que realiza, así como otras actividades que realiza en compañías, asociaciones, fundaciones y/u organizaciones de distinto tipo así como la existencia de acuerdos por los que recibirá beneficios pecuniarios durante su mandato y la existencia de intereses en corporaciones o sociedades.

- El Artículo 39 del Código Disciplinario Único de Colombia (“CDUC”) dispone incompatibilidades para el ejercicio de cargos: 1) Para los gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y miembros de las juntas administradoras locales, en el nivel territorial donde hayan ejercido jurisdicción, desde el momento de su elección y hasta cuando esté legalmente terminado el período: a) Intervenir en nombre propio o ajeno en asuntos, actuaciones administrativas o actuación contractual en los cuales tenga interés el departamento, distrito o municipio correspondiente, o sus organismos; b) Actuar como apoderados o gestores ante entidades o autoridades disciplinarias, fiscales, administrativas o jurisdiccionales; 2) Para todo servidor público, adquirir o intervenir directa o indirectamente, en remate o venta de bienes que se efectúen en la entidad donde labore o en cualquier otra sobre la cual se ejerza control jerárquico o de tutela o funciones de inspección, control y vigilancia. Esta prohibición se extiende aun encontrándose en uso de licencia.

El Artículo 40 del CDUC establece que todo servidor público deberá declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho. El mismo régimen se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales; también a quienes ejerzan funciones públicas, de manera permanente o transitoria, en lo que tienen que ver con estas, y a quienes administren recursos públicos u oficiales. La Constitución de Colombia establece la prohibición de desempeñar simultáneamente más de un empleo público y la prohibición de recibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado.

- Portugal estableció por Ley N° 64/93 el Régimen Jurídico de Incompatibilidades e Impedimentos para los titulares de cargos políticos y altos cargos públicos por el cual los funcionarios sujetos al régimen deben presentar una declaración jurada en el término de 60 días desde que tomaron posesión del cargo ante la Corte Constitucional y el Fiscal General, respectivamente, sobre la ausencia de incompatibilidades para ejercer el cargo. En su Artículo 4, se establece que los titulares de altos cargos públicos desempeñarán sus funciones bajo un régimen de exclusividad y que su labor es incompatible con cualquier otra función profesional remunerada, así como la integración en cuerpos de cualquier persona jurídica con fin de lucro. Por otra parte, su Artículo 5 impone la incompatibilidad del ejercicio de los altos cargos públicos con cualquier otra actividad remunerada, estableciendo que las actividades de docencia superior o de investigación no entran dentro de las actividades incompatibles, así como las inherencias que se realizan a título gratuito. El mismo régimen sancionador dispone la causa de destitución judicial y la posibilidad de que se establezca la inhabilitación para el ejercicio de funciones de altos cargos políticos y públicos por un periodo de tres años.

En lo que respecta a los miembros de la Asamblea General, el régimen de incompatibilidades fue establecido por Ley N° 7/93 (última reforma en 2009) que dispone las incompatibilidades en el artículo 20, mientras que en el artículo 22 se establece la obligación de cada miembro de la Asamblea General de presentar una declaración jurada sobre la ausencia de esas incompatibilidades para ejercer el cargo.

La Ley N° 35/2014 establece que en general, el funcionario público no puede mantener intereses comerciales en áreas que son similares, o están en conflicto con aquellas que están bajo su responsabilidad mientras se desempeña como funcionario público.

- España, en su Ley N° 53/1984 de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, establece que el personal comprendido por la misma no podrá compatibilizar sus actividades con el desempeño, por sí o mediante sustitución, de un segundo puesto de trabajo, cargo o actividad en el sector público, salvo en los supuestos previstos en la misma. Además, dispone la prohibición de percibir más de una remuneración con cargo a los presupuestos de las Administraciones Públicas y de los Entes, Organismos y Empresas de ellas dependientes o con cargo a los órganos constitucionales, o que resulte de la aplicación de arancel, ni ejercer opción por percepciones correspondientes a puestos incompatibles y dispone como clausula residual la prohibición de desempeño en cualquier puesto que implique comprometer la imparcialidad o independencia. Las excepciones guardan relación con actividades de función docente o sanitaria. En su Artículo 5, enumera las excepciones para ocupar cargos lectivos como miembros de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas o miembros de corporaciones locales y en su Artículo 6 las relacionadas con actividades de investigación.

Para el caso de que se acceda a un puesto que resulta incompatible el titular deberá optar por desempeñar uno de ellos dentro del plazo de toma de posesión.

Además de prohibir las actividades públicas mencionadas también se regula lo concerniente a las actividades privadas disponiendo que el personal comprendido no podrá ejercer actividades privadas incluidas las de carácter profesional, ni pertenecer a consejos de administración u órganos de empresas o entidades privadas cuando la actividad de las mismas está directamente relacionada con las que gestione en el lugar que el personal presta servicios, ni desempeñar cargos en empresas o sociedades concesionarias, contratistas de obras, servicios o suministros, arrendatarias o administradoras de monopolios o con participación o aval del sector público y por último la imposibilidad de participación superior al 10 por 100 en el capital de las empresas o sociedades privadas.

- Chile, mediante su Ley N° 19.653, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado establece que “... *no podrán ingresar a cargos en la Administración del Estado: a) Las personas que tengan vigente o suscriban, por sí o por terceros, contratos o cauciones ascendentes a doscientas unidades tributarias mensuales o más, con el respectivo organismo de la administración Pública. Tampoco podrán hacerlo*

quienes tengan litigios pendientes con la institución de que se trata, a menos que se refieran al ejercicio de derechos propios, de su cónyuge, hijos, adoptados o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad inclusive. Igual prohibición regirá respecto de los directores, administradores, representantes y socios titulares del diez por ciento o más de los derechos de cualquier clase de sociedad, cuando ésta tenga contratos o cauciones vigentes ascendentes a doscientas unidades tributarias mensuales o más, o litigios pendientes, con el organismo de la Administración a cuyo ingreso se postule; b) Las personas que tengan la calidad de cónyuge, hijos, adoptados o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad inclusive respecto de las autoridades y de los funcionarios directivos del organismo de la administración civil del Estado al que postulan, hasta el nivel de jefe de departamento o su equivalente, inclusive; c) Las personas que se hallen condenadas por crimen o simple delito.”

Asimismo, que “son incompatibles con la función pública las actividades particulares cuyo ejercicio deba realizarse en horarios que coincidan total o parcialmente con la jornada de trabajo que se tenga asignada. Asimismo, son incompatibles con el ejercicio de la función pública las actividades particulares de las autoridades o funcionarios que se refieran a materias específicas o casos concretos que deban ser analizados, informados o resueltos por ellos o por el organismo o servicio público a que pertenezcan; y la representación de un tercero en acciones civiles deducidas en contra de un organismo de la Administración del Estado, salvo que actúen en favor de su cónyuge y otros parientes señalados en la ley o que medie disposición especial de ley que regule dicha representación. Del mismo modo son incompatibles las actividades de las ex autoridades o ex funcionarios de una institución fiscalizadora que impliquen una relación laboral con entidades del sector privado sujetas a la fiscalización de ese organismo. Esta incompatibilidad se mantendrá hasta seis meses después de haber expirado en funciones.”

- El Decreto Legislativo N° 276 de Perú establece entre las incompatibilidades: “a) Realizar actividades distintas a su cargo durante el horario normal de trabajo, salvo labor docente universitaria; b) Percibir retribución de terceros para realizar u omitir actos del servicio; c) Realizar actividad política partidaria durante el cumplimiento de las labores d) Emitir opinión a través de los medios de comunicación social sobre asuntos del Estado, salvo autorización expresa de la autoridad competente; e) Celebrar por sí o por terceras personas o intervenir, directa o indirectamente, en los contratos con su Entidad en los que tengan intereses el propio servidor, su cónyuge o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad;”

3. INCOMPATIBILIDADES UNA VEZ FINALIZADO EL EJERCICIO DE UN CARGO PÚBLICO

En el Código de Ética de la Función Pública de Argentina establecido mediante Decreto N° 41/1999 se dispone un Período de Carencia en orden a contrarrestar el efecto denominado “puerta giratoria”, en virtud del cual: “El funcionario público no

debe, durante su empleo y hasta UN (1) año después de su egreso, efectuar o patrocinar para terceros, trámites o gestiones administrativas, se encuentren o no directamente a su cargo, ni celebrar contratos con la Administración Pública Nacional, cuando tengan vinculaciones funcionales con la actividad que desempeñe o hubiera desempeñado.”

Consideramos que el período de 1 año resulta de una duración muy breve y, tal como veremos a continuación, sugerimos ampliarlo al término de 2 años.

En la materia bajo análisis, la OCDE recomienda:

1. Regular el ingreso, tránsito y egreso de los funcionarios públicos mediante leyes y códigos precisos.
2. Establecer períodos de “enfriamiento” previos y posteriores a ocupar los cargos públicos si se viene o se va hacia el sector privado.
3. Promulgar códigos estrictos que regulen la conducta en el ejercicio de la función pública para minimizar los riesgos que generan las situaciones abstractas de conflicto de intereses.
4. Recusación obligatoria en asuntos relacionados con antiguos clientes o empleadores.
5. Fortalecimiento de los organismos de control y evaluación de los diferentes casos, gubernamentales y no gubernamentales.
6. Establecimiento de sanciones ante los incumplimientos de códigos.³⁴

En función de lo analizado y a fin de evitar la “puerta giratoria” consideramos conveniente la implementación de un período de “enfriamiento” más extenso, de 2 años, y con sanciones concretas en caso de su incumplimiento.

El actual proyecto de ley mediante el cual se propicia un nuevo régimen de Ética Pública extiende la obligación de abstención para intervenir en asuntos particulares, relacionado con: (i) empresas en las que el funcionario tenga participación; (ii) personas a las que el funcionario les haya prestado servicios durante los últimos tres años, y (iii) aquellas personas con quienes se configuren las causales de recusación tradicionales establecidas en los códigos procesales respecto de los magistrados del Poder Judicial de la Nación, considerando la analogía de las situaciones.

A su vez, dicho proyecto de ley mantiene las limitaciones actuales aplicables a algunos funcionarios particulares, como los que hayan tenido intervención decisoria en la planificación, desarrollo y concreción de privatizaciones o concesiones de servicios públicos, quienes no podrán actuar en los organismos que controlen o regulen su actividad durante tres años. Asimismo, se incorpora la prohibición para los integrantes de los órganos de gobierno de un ente regulador de servicios públicos u organismos de control de actividades de interés público de prestar servicios en las empresas sujetas a su regulación por el plazo de un año desde el cese en la función pública. Por último, quienes posean atribuciones sobre procedimientos de contratación no podrán durante seis meses posteriores a su cese, ejercer cargos de gerencia o dirección para los adjudicatarios en las contrataciones en que hayan intervenido.

³⁴ <http://noticias.unsam.edu.ar/wp-content/uploads/2016/12/Puerta-Giratoria-en-Argentina-Analisis-del-gabinete-nacional-actual-y-la-experiencia-internacional-comparada.pdf>

Con la propuesta de la reforma al Código de Ética Pública vemos incluidas varias de las recomendaciones realizadas en el 2018 por este proyecto que se tomaron de la legislación extranjera.

A continuación, detallaremos la normativa en este sentido dictada por Colombia; Alemania; Estados Unidos de Norteamérica y Portugal:

- La Ley N° 1747 del 2011 de Colombia establece como prohibición para ex servidores públicos que gestionen intereses privados el prestar, a título personal o por interpuesta persona, servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, o permitir que ello ocurra, hasta por el término de dos (2) años después de la dejación del cargo, con respecto del organismo, entidad o corporación en la cual prestó sus servicios, y para la prestación de servicios de asistencia, representación o asesoría a quienes estuvieron sujetos a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad, corporación u organismos al que se haya estado vinculado. Esta prohibición será indefinida en el tiempo respecto de los asuntos concretos de los cuales el servidor conoció en ejercicio de sus funciones.
- Por medio de la *Executive Order* 13490 del 21 de enero de 2009, Estados Unidos de América establece un período de dos (2) años para participar en cualquier asunto que involucre a las mismas partes que tenga directa o sustancial relación al empleo actual o antiguos clientes. También se prohíbe participar por el mismo término de tiempo en áreas en las que haya hecho *lobby*.³⁵
- Portugal establece en su Artículo 5 de la Ley N° 64/93 lo relativo al régimen aplicable tras el cese de funciones disponiendo las siguientes prohibiciones:
“1. Los titulares de órganos de soberanía y titulares de cargos políticos no podrán ejercer, por el período de tres años contados a partir de la fecha del cese de sus funciones, cargos en empresas privadas que prosigan actividades en el sector por ellos directamente tutelado, siempre que, en el período del respectivo mandato, hayan sido objeto de operaciones de privatización o se hayan beneficiado de incentivos financieros o de sistemas de incentivos o beneficios fiscales de naturaleza contractual. 2 - Exceptuando lo dispuesto en el apartado anterior, el regreso a la empresa o actividad ejercida en la fecha de la investidura en el cargo”.
- España establece en el Artículo 15 de la Ley N° 3/2015, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, como limitaciones al ejercicio de actividades privadas con posterioridad al cese las siguientes:

³⁵[https://oge.gov/web/oge.nsf/Executive%20Orders/A70F962587DAC28F85257E96006A90F2/\\$FILE/23a5e4eeaffd4e14b4387b40b0eae5963.pdf?open](https://oge.gov/web/oge.nsf/Executive%20Orders/A70F962587DAC28F85257E96006A90F2/$FILE/23a5e4eeaffd4e14b4387b40b0eae5963.pdf?open)

“1. Los altos cargos, durante los dos años siguientes a la fecha de su cese, no podrán prestar servicios en entidades privadas que hayan resultado afectadas por decisiones en las que hayan participado. La prohibición se extiende tanto a las entidades privadas afectadas como a las que pertenezcan al mismo grupo societario. 2. Quienes sean alto cargo por razón de ser miembros o titulares de un órgano u organismo regulador o de supervisión, durante los dos años siguientes a su cese, no podrán prestar servicios en entidades privadas que hayan estado sujetas a su supervisión o regulación. (...) 4. Los altos cargos, regulados por esta ley, que con anterioridad a ocupar dichos puestos públicos hubieran ejercido su actividad profesional en empresas privadas a las cuales quisieran reincorporarse no incurrirán en la incompatibilidad prevista en el apartado anterior cuando la actividad que vayan a desempeñar en ellas lo sea en puestos de trabajo que no estén directamente relacionados con las competencias del cargo público ocupado ni puedan adoptar decisiones que afecten a éste. 5. Durante el período de dos años a que se refiere el apartado 1, los altos cargos no podrán celebrar por sí mismos o a través de entidades participadas por ellos directa o indirectamente en más del diez por ciento, contratos de asistencia técnica, de servicios o similares con la Administración Pública en la que hubieran prestado servicios, directamente o mediante empresas contratistas o subcontratistas, siempre que guarden relación directa con las funciones que el alto cargo ejercía. Las entidades en las que presten servicios deberán adoptar durante el plazo indicado procedimientos de prevención y detección de situaciones de conflicto de intereses. 6. Quienes hubieran ocupado un puesto de alto cargo deberán efectuar, durante el período de dos años a que se refiere el apartado 1, ante la Oficina de Conflictos de Intereses, declaración sobre las actividades que vayan a realizar, con carácter previo a su inicio.”

Además, se prevé la realización de un examen de la situación patrimonial de los altos cargos al finalizar su mandato.

Además, tal como lo prevén algunos de los países detallados precedentemente, podría implementarse un sistema de examen de la situación patrimonial de los altos cargos (desde secretarios al presidente) al finalizar su mandato, ello a fin de evitar el enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos.

4. RÉGIMEN SANCIONATORIO PARA EL CASO QUE SE VERIFIQUEN INCOMPATIBILIDADES. DEVOLUCIÓN DE SUMAS PERCIBIDAS Y SOLIDARIDAD DEL FUNCIONARIO INVOLUCRADO

La Ley N° 30.057 de Servicio Civil de Perú regula numerosos aspectos vinculados con el ingreso a la administración pública, incluyendo incompatibilidades en los nombramientos.

En tal sentido, el Decreto Supremo N° 034-2005-PCM no sólo indica que son nulos de pleno derecho los actos administrativos que disponen el ingreso a la administración pública, así como los contratos, cuando ambos se realicen contraviniendo los términos de la Ley N° 30.057, sino que, además dispone tres (3) cuestiones sumamente novedosas:

- La sanción de destitución o despido al funcionario involucrado;
- La devolución de lo percibido como consecuencia de la nulidad que se decreta;
- La solidaridad entre el funcionario que tuvo incidencia en el nombramiento y con la persona indebidamente nombrada y contratada respecto a la devolución de lo percibido.

En España también se disponen sanciones como las establecidas por la Ley N° 3/2015 reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado: *“Artículo 26. Sanciones.1. Las infracciones muy graves y graves serán sancionadas con la declaración del incumplimiento de la ley y su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» una vez haya adquirido firmeza administrativa la resolución correspondiente. 2. La sanción por infracción muy grave comprenderá, además:*

- a) La destitución en los cargos públicos que ocupen, salvo que ya hubieran cesado en los mismos.*
- b) La pérdida del derecho a percibir la compensación tras el cese prevista en el artículo 6 en el caso de que la llevara aparejada.*
- c) La obligación de restituir, en su caso, las cantidades percibidas indebidamente en relación a la compensación tras el cese.”*

Entendemos que resultaría conveniente que se incorporen al régimen argentino normas en este sentido.

5. OTRAS NORMAS RELACIONADAS QUE CONSIDERAMOS INTERESANTE EVALUAR

- *Designaciones sin concurso de méritos. Figura del “Servidor de Confianza”.*

La Ley N° 30.057 de Servicio Civil de Perú prevé en forma muy novedosa la figura del “Servidor de Confianza”, quien forma parte del entorno directo de los funcionarios públicos o directivos públicos y cuya permanencia en el servicio está determinada y supeditada a la confianza de la persona que lo designó, ingresando a la Administración sin concurso de méritos, sino en base al poder discrecional del funcionario que lo designó y pudiendo resolverse el contrato sin indemnización.

En este sentido, lo que resulta innovador en cuanto al “Servidor de Confianza” es que la propia ley indica que el número de los “Servidores de Confianza” en ningún caso puede ser mayor al 5% del total de los puestos previstos en la entidad pública, con un mínimo de 2 personas y un máximo de 50; y de verificarse una violación a la cantidad de Servidores de Confianza contratados, se debe dar por terminado el contrato y designación de los servidores excedentes, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a los encargados de los recursos humanos de la entidad pública por haberse excedido en el límite de contratación.

Estas contrataciones “en exceso” también se encuentran sujetas al régimen sancionatorio mencionado más arriba de que prevé el despido de los empleados designados en violación de la norma, la devolución de sumas percibidas y la solidaridad en la devolución por parte del funcionario que designó al empleado.

- *Creación del Cuerpo de Gerentes Públicos o similar*

El Decreto Legislativo N° 1024 del Perú crea y regula el Cuerpo de Gerentes Públicos (CGP) que busca asegurar una gestión de alta calidad en puestos estratégicos del Estado, convocando mediante concurso público a profesionales altamente capacitados para altos puestos y gerencias de mando medio, así como a desarrollar en ellos capacidades de dirección y gerencia en reemplazo del personal de confianza que normalmente cubre los puestos más altos de decisión ejecutiva del Estado.

El CGP realiza procesos de selección para cubrir plazas de cargos directivos y gerenciales a través de concursos públicos meritocráticos y transparentes, y sus miembros cuentan con un régimen y una escala remunerativa especiales.

La característica más notoria del cuerpo es la exigencia a los gerentes públicos asignados de cumplir metas e indicadores concretos como requisito para su permanencia en el puesto asignado.

- *Imposición de metas a cumplir por los Directivos Públicos y evaluación anual*

La Ley N° 30.057 de Servicio Civil de Perú regula numerosos aspectos vinculados con el ingreso a la Administración Pública y, entre ellos, indica que los Directivos Públicos deben lograr las metas establecidas para el período de designación y rendir cuenta de ello en una evaluación anual; siendo que, si el Directivo Público no logra cumplir con las metas establecidas para la evaluación, la entidad da por concluida la designación, sin derecho a indemnización o compensación.

* * *

F) ORGANISMOS DE CONTROL Y DDJJ DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS

1. ORGANISMOS ENCARGADOS DE LA TRANSPARENCIA INSTITUCIONAL

ALEMANIA:

Conforme el Reglamento Administrativo del Ministerio Federal del Interior (1988), se pone a cargo de "personas de contacto para la prevención de la corrupción" (oficiales anticorrupción). El sistema se replica en el orden estadual y local.

A su vez, muchos organismos públicos, civiles o también empresas designan un *ombudsman* para velar sobre la transparencia de sus organismos. Se trata de una persona independiente del organismo que puede negociar con el denunciante y proteger su anonimato.

BRASIL:

Los principales organismos encargados de velar por la transparencia institucional de los órganos federales de Brasil son:

(i) La Contraloría General de la Unión (CGU): Es el órgano de control del Gobierno Federal. Depende directamente del presidente.

(ii) Comisión de Ética Pública: Es el órgano consultivo que depende directamente de la Presidencia de la República, responsable de la administración del Código de Ética de la Administración Pública Federal.

(iii) Comisiones Sectoriales de Ética en el Poder Ejecutivo Federal: Existen en total 122 Comisiones Sectoriales de Ética en el Poder Ejecutivo Federal. Cada Comisión Sectorial está encargada de orientar y asesorar sobre la ética profesional del funcionario, en el trato con las personas y con el patrimonio público. A partir del año 2001, se establece que las Comisiones de Ética Sectoriales del Poder Ejecutivo Federal actuarán como elemento de enlace con la Comisión de Ética Pública.

CHILE:

La Constitución Política de la República de Chile (artículo 98) encomienda a la Contraloría General de la República el control de la legalidad de los actos de la Administración, la fiscalización del ingreso e inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; el examen y juicio de las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades, y la contabilidad general de la Nación.

La Ley N° 20.285 de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado (2009), por su parte, crea el Consejo para la Transparencia, corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio. Su principal función como autoridad de cumplimiento de la Ley es velar por la transparencia de la función pública, el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado, establecer los procedimientos para el ejercicio del derecho y para su amparo, así como las excepciones a la publicidad de la información.

Mediante Decreto 002/2015, asimismo, se creó el Consejo Asesor Presidencial contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción (conocido como "Comisión Engel"), integrado por expertos en la materia, con dedicación ad-honorem, encargados de formular un "diagnóstico de los riesgos que afectan la probidad y la transparencia en el mundo de los negocios, la política y el servicio público, poniendo énfasis en aquellos elementos que se vinculan al tráfico de

influencias, la corrupción y los conflictos de interés y que debilitan la confianza en las instituciones privadas y públicas”, como resultado del cual se formularon veintiún propuestas de cambios legales o administrativos en materia de prevención de la corrupción; regulación de conflictos de interés; .financiamiento de la política para fortalecer la democracia, los órganos de control y el cumplimiento de la ley; confianza en los mercados; e integridad, ética y derechos ciudadanos.

COLOMBIA:

La Ley N° 1477 del 2011 (Capítulo V) establece los organismos especiales para la lucha contra la corrupción y crea la Comisión Nacional para la Moralización, integrada por el Presidente de la República, el Ministro del Interior y de Justicia; el Procurador General de la Nación; el Contralor General de la República; el Auditor General de la República, el Director del Programa Presidencial de Modernización, Eficiencia, Transparencia y Lucha contra la Corrupción; el consejero presidencial para el Buen Gobierno y la Transparencia, el Defensor del Pueblo, entre otros, como así también la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción.

ESPAÑA:

El 9 de diciembre de 2013 se dictó la Ley N° 19/13, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, encomendando las funciones establecidas por dicha ley al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, organismo independiente, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, encargado de promover la transparencia de la actividad pública, velar por el cumplimiento de las obligaciones de publicidad, de salvaguardar el ejercicio del derecho de acceso a la información pública y de garantizar la observancia de las disposiciones de buen gobierno.

El Presidente del Consejo es designado por Real Decreto por un período no renovable de cinco años, a propuesta del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, entre personas de reconocido prestigio profesional. El Congreso de los Diputados, a través de su comisión correspondiente, debe refrendar por mayoría absoluta su nombramiento. El otro órgano del Consejo es la Comisión, integrada por el presidente; un Diputado; un Senador; un representante del Tribunal de Cuentas; un representante del Defensor del Pueblo; un representante de la Agencia Española de Protección de Datos; un representante de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas; y un representante de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal.

PERÚ:

La Ley N° 28.716 de Control Interno de las Entidades del Estado, establece las normas para regular la elaboración, aprobación, implantación, funcionamiento, perfeccionamiento y evaluación del control interno en las entidades del Estado, con el propósito de cautelar y fortalecer los sistemas administrativos y operativos con acciones y actividades de control previo, simultáneo y posterior, contra los actos y prácticas indebidas o de corrupción, propendiendo al debido y transparente logro de los fines, objetivos y metas institucionales.

La Ley N° 27785 Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República regula el funcionamiento de la Contraloría General de la República, los Órganos de Control Institucional y las Sociedades de Auditoría, de conformidad con la normativa técnica del Sistema Nacional de Control.

Como medidas destacables en la materia, se pueden mencionar:

- El Decreto Supremo N° 119 que aprobó en su momento, el Plan Nacional de Lucha Contra la Corrupción 2012-2016.
- La Directiva 002-2012-PCM/SGP y Resolución Ministerial 195-2012-PCM que establece el “Reconocimiento a las Prácticas de Buen Gobierno en las Entidades del Poder Ejecutivo” por parte de la Presidencia del Consejo de Ministros, a favor de las entidades y funcionarios que hayan desarrollado acciones destinadas a la promoción de la ética.
- Los “Lineamientos para la Selección y Reconocimiento del Empleado Público que Destaque en el Cumplimiento del Código de Ética de la Función Pública” (2010), que implica un diploma a ser entregado en una ceremonia pública especial a realizarse todos los 29 de mayo de cada año, una mención especial en el Portal del Estado Peruano y en la página web del organismo en el que trabaje y la publicación del reconocimiento efectuado por el Estado Peruano mediante una resolución.
- El Decreto Supremo N° 46-2013-PCM que reconoce a las entidades del Poder Ejecutivo que obtengan en un período determinado el mayor nivel de cumplimiento de las normas existentes en materia de ética y prevención de la corrupción.
- El Decreto Supremo N° 012-2017-JUS que crea un Registro Nacional de Sanciones contra Servidores Civiles, que tiene por finalidad dar a conocer las sanciones administrativas disciplinarias y funcionales que se apliquen a los funcionarios: es un registro electrónico en el que se inscriben las sanciones administrativas disciplinarias impuestas contra funcionarios y ex funcionarios. Estas sanciones incluyen la suspensión, inhabilitación, destitución, situación de disponibilidad, multa, pase a retiro. En este Registro, también se inscriben las sanciones penales que inhabilitan para el ejercicio de la función pública.
- La Ley N° 28.024 de Registro Público de Gestión de Intereses: cada 6 meses, los gestores acreditados deben presentar un informe con carácter de declaración jurada que contenga un breve resumen del objeto, medios empleados y funcionarios públicos contactados para el ejercicio de los actos de gestión. Los funcionarios de la administración pública tienen prohibido aceptar directa o indirectamente cualquier liberalidad de parte de los gestores de intereses o de los terceros en cuya representación actúen. La prohibición incluye obsequios, donaciones, servicios gratuitos, ofertas de cargos o empleos.
- El Decreto Supremo N° 043-2003-PCM: La Presidencia del Consejo de Ministros, con una anticipación no menor a 3 meses de la fecha establecida para las elecciones generales publicará una reseña de lo realizado durante su administración y expondrá sus proyecciones sobre la situación económica, financiera y social de los próximos 5 años. El informe deberá incluir, además, el análisis de los compromisos de inversión ya asumidos para los próximos años, así como las obligaciones financieras, incluyendo las contingentes y otras incluidas o no en el presupuesto.

PORTUGAL:

A partir del año 2008, Portugal tiene un Consejo de Prevención de la Corrupción (Conselho de Prevenção da Corrupção/CPC), entidad administrativa independiente que funciona bajo el ámbito del Tribunal de Cuentas -organismo autónomo y

autárquico que por excelencia controla y audita los ingresos y egresos del Estado. El CPC está compuesto por: el presidente del Tribunal de Cuentas; el Secretario General-Director General del Tribunal de Cuentas; el Inspector General de Finanzas; el Secretario General del Ministerio de Economía; un magistrado del Ministerio Público que lo designa el Consejo Superior del Ministerio Público; un abogado nombrado por el Consejo General de la Orden de Abogados; y una personalidad destacada en la materia. El CPC tiene como fin desarrollar una actividad a nivel nacional en el ámbito de la prevención de la corrupción e infracciones conexas (artículo 1 de la Ley N° 54/2008). El CPC no es un órgano de investigación criminal, asunto que compete a otros órganos e instituciones del Estado, en especial, al Ministerio Público. La actividad del CPC está exclusivamente dirigida a prevenir la corrupción, debiendo entre otras funciones: i) Recoger y organizar información relativa a la prevención de la corrupción activa o pasiva; de criminalidad económica y financiera, de blanqueo de capitales, de tráfico de influencia, de apropiación ilegítima de bienes públicos, de mala administración, de malversación de fondos, de participación económica en negocios, de abuso de poder o violación de deber de secreto, así como de adquisición de inmuebles o valores mobiliarios como consecuencia de la obtención o utilización ilícitas de información privilegiada en el ejercicio de funciones en la Administración Pública o en el sector público empresarial; ii) Supervisar la aplicación de los instrumentos jurídicos y las medidas administrativas adoptadas por la Administración Pública y el sector público empresarial para prevenir la corrupción y evaluar su eficacia; iii) Opinar, a solicitud de la Asamblea de la República, del Gobierno o de los órganos del gobierno propio de las regiones autónomas, sobre la elaboración o aprobación de instrumentos normativos, internos o internacionales de prevención o represión de los hechos referidos en la letra a).

El CPC también colabora, a pedido de entidades públicas, en la adopción de medidas internas que fomenten la transparencia y sirvan para prevenir la corrupción. Por ejemplo, mediante la elaboración de normas de conductas que faciliten a los órganos y agentes, la comunicación a las autoridades competentes de tales hechos o situaciones conocidas en el desempeño de sus funciones, y establezcan la obligación de participar en actividades exteriores, inversiones, activos o beneficios sustanciales o que puedan producir conflictos de interés en el ejercicio de sus funciones.

En lo que respecta al ámbito judicial, cabe destacar que los encargados de la investigación y el enjuiciamiento de los delitos son los fiscales del Ministerio Público. No obstante, la investigación penal puede delegarse en la Policía Judicial (Policía Judiciária) que ejercen sus funciones bajo la dirección y supervisión del fiscal del Ministerio Público asignado a la investigación penal en particular. De conformidad con el Estatuto del Ministerio Público, incumbe al Departamento Central de Investigación y Actuación Penal dirigir la indagación y enjuiciar los delitos de corrupción siempre que la actividad delictiva tenga lugar en comarcas pertenecientes a distintos distritos judiciales. También tendrá intervención el DCIAP cuando el Fiscal General considere que hace falta centralizar la dirección de la investigación a la luz de la gravedad del delito, su complejidad o la presencia de la actividad delictiva en todo el territorio nacional o extraterritorialmente. A su vez, dentro de la Policía Judicial, funciona una Unidad Nacional contra la Corrupción (Unidade Nacional de Combate à Corrupção /UNCC)⁵ que será la responsable de investigar delitos de corrupción y otros delitos económicos y financieros.

REINO UNIDO:

En el Reino Unido, la transparencia institucional y la corrupción tanto en el ámbito público como privado, no sólo se encuentra en cabeza de organismos gubernamentales, sino también a cargo de particulares, tanto personas jurídicas (a través de “*self-reports*” como físicas (“*whistleblowing*”), así como de organizaciones internacionales especializadas en políticas de lucha contra la corrupción y la transparencia institucional.

Los principales organismos públicos gubernamentales encargados de combatir la corrupción y así lograr transparencia institucional son los siguientes:

i. *Foreign and Commonwealth Office (FCO)*

En materia de detección de corrupción, la *FCO* ha diseñado un programa disponible para todo el personal británico trabajando en el extranjero a través del cual se los capacita e instruye en sus obligaciones como funcionarios públicos, en base a las disposiciones de la Bribery Act. La *FCO* detecta actos de corrupción o sobornos que hayan sido cometidos por ciudadanos o sociedades británicas en o fuera del Reino Unido y las reporta a la Serious Fraud Office (*SFO*), a través de las embajadas y oficinas consulares. Esta información es luego grabada, analizada y desarrollada por la *SFO*, en los casos en que se considere apropiado, utilizando asimismo otras fuentes de información.

ii. *Serious Fraud Office (“SFO”)*

La *SFO* es una oficina especializada en la persecución de los delitos más complejos de fraude, soborno y corrupción en general, la cual a partir de 2004 ha adquirido un rol importante en la detección, investigación y persecución de hechos de corrupción. Forma parte del sistema criminal de justicia de Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte, pero no de Escocia.

La *SFO* posee equipos internos multidisciplinarios, reuniendo tanto investigadores como persecutores (“*prosecutors*”). Los mismos se encuentran encabezados por una persona que tiene el control del caso - objeto de investigación-, y que se encuentra a cargo de vigilar e instruir a los demás miembros del equipo. Éste incluye abogados, investigadores y expertos contables. Esta estructura es conocida como el modelo “*Roskill*” y ha convertido a la *SFO* en el organismo más eficiente del Reino Unido en la lucha contra hechos de soborno, fraude y corrupción internacional.

iii. *Crown Prosecution Service (“CPS”)*

En caso de que la *SFO* decida no investigar o perseguir un caso, éste es tomado por la Crown Prosecution Service (“*CPS*”).

La *CPS* tiene una unidad especial que se dedica a la prevención y detección del fraude, y que recibe ayuda de un equipo internacional asentado en el extranjero que asiste en políticas de cooperación internacional cuando ésta es requerida. La *CPS* se sustenta principalmente en la National Crime Agency y en la Unidad Internacional de Corrupción (International Corruption Unit (*ICU*)) para llevar a cabo sus investigaciones.

iv. *National Crime Agency (“NCA”)*

Fue establecida en octubre de 2014 y vigila el cumplimiento de las disposiciones a la *Bribery Act* y demás normativa anticorrupción. La Agencia trabaja contra el crimen organizado, de forma conjunta con la *SFO*, así como también con otras unidades regionales y fuerzas policiales locales.

Su rol principal es (i) investigar el lavado de dinero en el Reino Unido resultante de actos internacionales de corrupción, de gran envergadura; (ii) perseguir y recuperar los resultados de los casos de corrupción internacional; (iii) apoyar a otras unidades internacionales que se encargan de hacer cumplir la normativa anticorrupción; e (iv) investigar casos de soborno que involucran a personas jurídicas incorporadas en el Reino Unido y que tienen un elemento internacional, así como otros casos de soborno internacional que tengan un vínculo con el Reino Unido.

La *NCA* participa activamente como miembro de dos organismos internacionales que, si bien no califican como organismos gubernamentales del Reino Unido, sí vale la pena destacar:

- International Anti-Corruption Coordination Centre (*IACCC*)

La *IACCC* reúne a los mejores expertos del mundo, pertenecientes a distintos organismos o dependencias gubernamentales de otros países, y que se especializan en el control y prevención de la corrupción a gran escala. Según el *IACCC* son considerados como actos de corrupción de gran escala los siguientes (i) sobornos a funcionarios públicos; (ii) malversación de fondos públicos; (iii) abuso de autoridad; y (iv) el lavado de las ganancias resultantes del crimen.

Los objetivos de la *IACCC* son (i) informar sobre las organizaciones e iniciativas que pueden asistir en la lucha contra la corrupción; (ii) reunir información a efectos de poder brindar un panorama uniforme sobre la corrupción a gran escala; (iii) coordinar una acción conjunta global para combatir la corrupción; y (iv) colaborar para alcanzar un enfoque o abordaje eficiente, común y uniforme.

- International Foreign Bribery Taskforce (*IFBT*).

La *IFBT* se encuentra también compuesta por los mejores investigadores de actos de corrupción, que pertenecen a Inglaterra, Australia, Canadá y USA. Este organismo busca fortalecer el control del cumplimiento de las leyes de soborno internacional, mediante el intercambio, por parte de expertos policiales, de conocimientos, herramientas, metodologías y casos prácticos sobre investigaciones de actos de corrupción.

v. *Ministry of Defense Police (MDP)*.

La *MDP* es una fuerza civil policial, regulada por la *Ministry of Defence Police Act* de 1987. La unidad brinda soporte en casos de corrupción que

involucran a empleados del Ministerio de Defensa o contratos en los cuales el Ministerio de Defensa sea una parte.

2. DECLARACIONES JURADAS DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS. SUJETOS ALCANZADOS, MECANISMOS, PUBLICIDAD Y ORGANISMO ENCARGADO

ALEMANIA:

Únicamente se relevó la obligación de publicar sus ingresos y otras actividades profesionales para los diputados nacionales y provinciales. Según el régimen para los diputados, los ingresos mensuales se deben publicar por escalas de 1 a 10, es decir en nivel 1 están estipulados ingresos mensuales de EUR 1000 a 3500 mientras en el nivel más alto (10) se informan ingresos por encima de EUR 250.000. Los datos se publican en la página web de las respectivas cámaras de diputados.

CHILE:

El artículo 8 de la Constitución Política de la República de Chile establece que el Presidente de la República, los Ministros de Estado, los diputados y senadores, y las demás autoridades y funcionarios que una ley orgánica constitucional señale, deberán declarar sus intereses y patrimonio en forma pública. Dicha ley determinará los casos y las condiciones en que esas autoridades delegarán a terceros la administración de aquellos bienes y obligaciones que supongan conflicto de interés en el ejercicio de su función pública. Asimismo, podrá considerar otras medidas apropiadas para resolverlos y, en situaciones calificadas, disponer la enajenación de todo o parte de esos bienes.

La Ley N° 20.880 y Decreto Supremo N° 2 – Ley sobre probidad en la función pública y prevención de los conflictos de intereses determina que para el debido cumplimiento del principio de probidad, las autoridades y funcionarios deberán declarar sus intereses y patrimonio en forma pública, es decir, presentar sus declaraciones juradas de bienes. También determina los casos y condiciones en que esas autoridades delegarán a terceros la administración de ciertos bienes y establece situaciones calificadas en que deberán proceder a la enajenación de determinados bienes que supongan conflicto de intereses en el ejercicio de su función pública.

La normativa determina las autoridades y funcionarios sujetos a la presentación de declaraciones juradas.

La declaración de intereses y patrimonio deberá efectuarse dentro de los treinta días siguientes de la fecha de asunción del cargo, con actualizaciones anuales durante el mes de marzo, y dentro de los treinta días posteriores a concluir sus funciones.

La declaración de intereses y patrimonio, y sus actualizaciones, deberán efectuarse a través de un formulario electrónico. La declaración será pública, sin perjuicio de los datos sensibles y datos personales que sirvan para la individualización del declarante y su domicilio, y revestirá, para todos los efectos legales, la calidad de declaración jurada. En el caso del presidente de la República, Ministros de Estado,

Subsecretarios y demás funcionarios de alto rango, esta declaración y sus actualizaciones se publicarán en el sitio electrónico de la institución respectiva, debiendo mantenerse en dicho sitio mientras el declarante se desempeñe en el cargo y hasta seis meses después del cese de sus funciones.

Los diputados y senadores también deben presentar su declaración de intereses y patrimonio dentro de los treinta días de asumir su cargo. Si no lo hicieran la aplicación de las sanciones es competencia de las Comisiones de Ética y Transparencia Parlamentaria.

Las declaraciones de intereses y patrimonio serán públicas y revestirán, para todos los efectos legales, la calidad de declaraciones juradas.

Los organismos encargados de controlar el cumplimiento son la Contraloría General de la República y el Consejo para la Transparencia.

La Contraloría General de la República fiscaliza la oportunidad, integridad y veracidad del contenido de la declaración de intereses y patrimonio y de oficio o a petición fundada de cualquier interesado deberá apercibir al infractor para que la realice o rectifique. Si el incumplimiento se mantuviera por un período superior a los cuatro meses siguientes a la notificación de la sanción, se considerará falta grave a la probidad y dará lugar a la destitución o cese de funciones del infractor, de acuerdo al estatuto respectivo.

Mandato especial de administración: es de destacar asimismo la existencia en Chile de este instituto, que se aplica a determinados funcionarios públicos de alto rango, incluyendo al Presidente de la República, que sean titulares de acciones de sociedades anónimas abiertas, opciones a la compra y venta de tales acciones, bonos, debentures y demás títulos de oferta pública representativos de capital o de deuda que sean emitidos por entidades constituidas en Chile, que se encuentren inscritas en los registros de valores que llevan las Superintendencias de Valores y Seguros y de Bancos e Instituciones Financieras, y cuyo valor total supere las veinticinco mil unidades de fomento, y los obliga a constituir un mandato especial de administración de cartera de valores y a enajenar ciertos bienes, en los casos y en la forma que establece la ley.

La fiscalización y sanciones por la infracción de las disposiciones de los funcionarios obligados a celebrar mandatos especiales de administración estará a cargo (i) de la Contraloría General de la República respecto de las autoridades de la Administración del Estado obligadas (ii) de la Superintendencia de Valores y Seguros o a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, según corresponda, respecto de las personas jurídicas que se desempeñen como mandatarios (iii) de las Comisiones de Ética y Transparencia Parlamentaria de la cámara que corresponda, respecto de los senadores y diputados y (iv) de la Cámara de Diputados respecto del Contralor General de la República.

COLOMBIA:

El Art. 122 de la Constitución de Colombia dispone que, antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite, el funcionario público deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas.

El Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública N° 1083 de 2015 dispone que, previo a la posesión de un empleo público, la persona deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas e informar lo respectivo a la actividad económico-privada.

La Ley N° 190 de 1995 establece como requisito para la posesión y desempeño del cargo la declaración bajo juramento, donde conste la identificación de bienes. La información deberá ser actualizada cada año y, en todo caso, al momento de su retiro. El funcionario público asimismo deberá denunciar su participación en sociedades o en cualquier organización o actividad privada de carácter económico con o sin ánimo de lucro, dentro o fuera del país.

ESPAÑA:

La Ley de Conflictos de Intereses de miembros de Gobierno y de Altos Cargos de la Administración Pública, Ley N° 5/2006, en su Título II, denominado “Conflictos de Intereses” regula, en los artículos 11 y 126, la declaración de actividades y la declaración de bienes y derechos, respectivamente, a que están obligados los altos cargos de la Administración Pública.

Por su parte, la Ley Orgánica N° 5/19857, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en el artículo 160, establece que los Diputados y Senadores están obligados a formular una declaración de todas las actividades que puedan constituir causa de incompatibilidad y de las demás actividades que les proporcionen ingresos económicos, así como de sus bienes patrimoniales, tanto al adquirir como al perder su condición de parlamentarios, así como cuando modifiquen sus circunstancias.

PERÚ:

La Ley N° 30.161 regula la presentación de la declaración jurada de ingresos, bienes y rentas de los funcionarios y servidores públicos del Estado.

La información a declarar se consigna en el formato único que para tal efecto apruebe la Presidencia del Consejo de Ministros, a propuesta de la Contraloría General de la República, estando esta última facultada para emitir disposiciones para su elaboración y registro por medios magnéticos u otros que considere pertinentes.

La declaración jurada se presenta a la Contraloría General de la República al inicio, durante el ejercicio y al término de la gestión o el cargo que ejercen.

El director general de administración, o el director de la dependencia que haga sus veces en la entidad, es el responsable de publicar en el portal institucional de la entidad correspondiente las declaraciones juradas presentadas por los obligados. Asimismo, la Contraloría General de la República publica en su página web la sección pública del formato de declaración jurada presentada por el obligado, según corresponda. Además, las declaraciones juradas presentadas por funcionarios públicos y empleados de confianza, conforme a la clasificación establecida en el artículo 4 de la Ley N° 28175, se publican en el diario oficial El Peruano, de acuerdo con la sección pública que contiene el formato único de declaración jurada.

Conforme a la Constitución de Perú (Arts. 40 y 41) y a la Resolución Ministerial 252-2013-PCM, en el Portal de Transparencia mencionado debe constar una declaración jurada de Ingresos, Bienes y Rentas de los funcionarios. Esta información debe ser actualizada cuando el funcionario asume el cargo, cuando cumpla un año desde la asunción y al cese del mismo.

En el Portal de Transparencia debe constar en forma desagregada las remuneraciones, bonificaciones, gratificaciones o aguinaldos, beneficios u otros conceptos que puedan percibir los altos funcionarios o personal de la entidad, pudiendo colocarse las notas explicativas necesarias para una mejor comprensión de la información por parte de la ciudadanía.

Por Ley N° 28.024, además, los funcionarios que hubieren sido contactados por un gestor de intereses tienen la obligación de remitir al Registro Público de Gestión de Intereses una síntesis de la información y documentación que les haya sido proporcionada en el marco de gestión de intereses.

PORTUGAL:

De las bases consultadas, no surge la obligatoriedad de publicar las DDJJ de los funcionarios públicos. En relación a ello, el Grupo de Estados contra la Corrupción del Consejo de Europa (GRECO, por sus siglas en inglés) se ha expedido sobre el incumplimiento de Portugal sobre dicho aspecto, en el marco de la Cuarta Ronda de Evaluación de las recomendaciones en materia de transparencia. En dicha evaluación se menciona que en septiembre de 2016 Portugal había adoptado un código de conducta para los miembros del gobierno por medio de la Resolución del Consejo de Ministros No. 53/2016 (*Resolução do Conselho de Ministros N° 53/2016*). Este código cuenta sólo de 12 artículos que hablan de principios generales, deberes y responsabilidades, conflictos de intereses, casos de obsequios y beneficios similares, pero allí no se establece la obligación de presentar declaraciones juradas sobre patrimonio.

REINO UNIDO:

En el Reino Unido los funcionarios públicos, tanto los miembros del poder ejecutivo como del Parlamento se encuentran obligados a declarar sus ingresos y bienes tanto personales como los de su familia, así como cualquier interés, económico o no, que pueda razonablemente generar en otros la intención de influenciar en él o ella. Dichas declaraciones son publicadas, tanto de forma impresa como de manera electrónica.

A efectos de mencionar un ejemplo, la Cámara de los Comunes del Parlamento ha emitido un Código de Conducta en el cual se obliga a todos sus miembros a declarar y registrar, en un registro creado por el mismo cuerpo, cualquier conflicto de interés que pudieren tener y que se considere “registrable” según las categorías establecidas por la Cámara. En base a los conflictos registrados por cada miembro del Parlamento, se definen las obligaciones que cada miembro tendrá en relación a la declaración de su patrimonio e ingresos. Entre los conflictos registrables se encuentran, entre otros: (i) mantener cargos directivos, remunerativos en compañías públicas o privadas; (ii) mantener un empleo, profesión u oficio que sea remunerado, o en el cual el miembro del Parlamento tiene un interés económico; (iii) en relación a los puntos (i) y (ii), tener clientes a los cuales se brindan servicios; (iv) sponsorships; (v) recibimiento, ya sea por parte del miembro del Parlamento o

de su familia, de regalos, beneficios u hospitalidad; (vi) la realización de visitas al extranjero, cuando el costo de las mismas supere el 1% de la remuneración del miembro del parlamento, o no haya sido costeada enteramente por él mismo, o a través de fondos públicos; y (vii) tener la propiedad de cualquier tierra o propiedad que tenga un valor substancial y de la cual resulte una ganancia para el miembro del Parlamento.

Las mismas categorías se encuentran previstas en el Código de Conducta de la Cámara de los Lores del Parlamento, y los intereses deben ser registrados en el Registro que lleva dicha Cámara.

Por su parte, la obligación de los ministros de presentar declaraciones juradas y de declarar y solucionar conflictos de intereses en los que se encuentren comprometidos, se encuentra regulada en el Ministerial Code de 2010 y su actualización en 2018.'

* * *

G) FINANCIAMIENTO A PARTIDOS POLÍTICOS

La regulación de financiación de campañas regula como el dinero es recaudado y gastado en conexión con campañas políticas.

1. CONTRIBUCIONES

En Estados Unidos de América, todo lo atinente a la supervisión de las elecciones para cargos federales se encuentra regulada por la *Federal Election Commission* (“FEC”), y por la *Federal Election Campaign Act* (“FECA”). La FEC es un órgano independiente, formado por seis comisionados elegidos por el Presidente de los Estados Unidos con acuerdo del Senado, renovándose por tercios. La FECA define “contribución” en una forma amplia: “cualquier cosa de valor” incluyendo así efectivo, regalos, préstamos, bienes y servicios que se otorguen “con el propósito de influenciar una elección”. No se admiten contribuciones anónimas por valores de más de US\$ 50, y toda contribución superior a US\$ 100 debe ser realizada mediante transferencia bancaria, no admitiéndose el efectivo. Se establecen límites máximos de contribuciones admisibles según el tipo de elección (primaria o generales) y el cargo para el cual se compite, valores que se ajustan periódicamente por inflación. Las contribuciones son públicas y se exponen en la página web de la FEC. Las contribuciones se canalizan a través de los Comités Políticos (“PACs”) que son los responsables de mantener el detalle de contribuciones y gastos.

En Alemania los partidos se pueden financiar con donaciones de personas jurídicas y físicas sin límite, por aranceles de membresía, o con fondos públicos. En este último caso, los fondos a ser otorgados a cada partido se determinan según la magnitud e importancia del partido, teniendo en cuenta los votos de las últimas elecciones y la cantidad de donaciones obtenidas.

En Chile la supervisión del financiamiento electoral corresponde al Servicio Electoral, un órgano que desde el año 2015 posee autonomía constitucional respecto de los poderes del estado. La ley define “contribución” en términos amplios, como “cualquier contribución en dinero o estimable en dinero que se efectúe a un candidato o partido político destinado al financiamiento de gastos electorales”.

Solo se permiten aportes de personas físicas y de partidos políticos. Los propios candidatos pueden financiar sus campañas con aportes personales que, en este supuesto, deben ser depositados en la cuenta del Servicio Electoral, no pudiendo ser superiores al 10% del límite del gasto electoral de la comuna correspondiente. Los aportes deben constar por escrito, consignando nombre y número de cédula de identidad del aportante, y se pueden efectuar solo mediante el sistema de recepción de aportes del servicio electoral. Los aportes que sean por un importe pequeño pueden no ser públicos, pero en ningún caso un candidato o partido puede recibir, en concepto de aportes menores no públicos, más del 10% del límite de gastos electorales definido bajo la ley chilena. Todo aporte debe realizarse en cuentas públicas abiertas al efecto, y de la cual se realizan los pagos de gastos. Los gastos de campaña general (no primaria) son reembolsados por el gobierno nacional, con topes en función del número de votos obtenidos.

En Portugal, las actividades de las campañas electorales podrán ser financiadas únicamente por: a) subvención estatal; b) contribución de partidos políticos que presenten o apoyen candidaturas a las elecciones para la Asamblea de la República, para el Parlamento Europeo, para las Asambleas Legislativas Regionales y para los entes locales, así como para Presidente de la República; c) donaciones de personas físicas que apoyan las candidaturas a la elección para Presidente de la República y partidarios de los grupos de ciudadanos electores de los órganos de los entes locales; d) producto de actividades de recaudación de fondos para la campaña electoral.

En Perú, los partidos políticos pueden ser financiados con fondos públicos y privados. En el caso del financiamiento público, el Estado destinará el equivalente al 0,1% de la Unidad Impositiva Tributaria por cada voto emitido para elegir representantes al Congreso. Los fondos se otorgan con cargo al Presupuesto General de la República y son recibidos por los partidos para usarse en actividades de formación, capacitación e investigación durante el quinquenio posterior a la elección, pero igualmente pueden usar estos fondos para el funcionamiento ordinario. En lo que hace a los aportes privados, estos deben declararse y registrarse en los libros contables, y los aportes en efectivo superiores al 5% de la UIT deben constar en un comprobante de aportes en efectivo, conteniendo el nombre de la persona y su documento de identidad, razón social y Registro Único de Contribuyente en caso de persona jurídica.

En el Reino Unido, el tesorero de cada partido político debe asegurarse de que los asientos contables del partido se mantengan acordes con la realidad y que puedan reflejar todas las transacciones en las que el partido tomó parte, y los movimientos que realizó. En particular, los estados contables deben contener (i) las entradas y salidas de dinero, y el concepto de dichos movimientos; y (ii) el detalle de todos los activos, obligaciones, responsabilidades y deudas que tiene el partido. Todo ello debe mantenerse durante un plazo de seis años desde el año en que se registraron. Si los estados contables reflejasen un monto superior al especificado por ley, deberán ser auditados obligatoriamente; incluso si no fuese así, la Comisión Electoral puede ordenar auditorías de todos modos.

La ley del Reino Unido también da una definición de “donaciones” bastante amplia, y establece en qué casos el partido político debe negarse a recibirla, a saber: (i) cuando el donante no califica como un permissible donor (“Donante Permitido”); o (ii) cuando el partido político no puede, sea por la razón que fuere, identificar al donante. Los “donantes permitidos” son los individuos registrados en un registro electoral, las personas jurídicas registradas bajo la *Companies Act* o constituidas en el Reino Unido u otro estado miembro, las sociedades de responsabilidad limitadas y las mutuales de previsión social, entre otras. La aceptación de una donación que debería haber sido rechazada, es causal para la confiscación del dinero objeto de la donación o su valor equivalente.

En Brasil, la supervisión se encuentra a cargo del Tribunal Superior Electoral. El financiamiento de las campañas es mixto, público-privado. Los partidos políticos tienen acceso al dinero del Fondo Partidario, previsto en su constitución de 1988, en base a su sistema particular. También existen contribuciones de particulares, cuotas de miembros del partido y aportes directos de personas físicas y empresas. Sin perjuicio de ello, el Supremo Tribunal de Justicia de Brasil declaró

inconstitucionales a los financiamientos empresariales de campañas, considerando que torna ilegítima la disputa política. Por otro lado, los individuos pueden donar hasta 10% de los ingresos declarados al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Una reciente resolución del TSE permitió que los candidatos financien sus campañas, sin limitaciones, con fondos propios.

2. PROHIBICIONES

En Estados Unidos de América, las sociedades anónimas (corporations), los sindicatos y los bancos regulados federalmente no pueden realizar contribuciones para apoyar candidatos. Sin embargo, pueden establecer PACs para canalizar fondos de funcionarios y empleados. Otros tipos societarios y asociaciones sin fines de lucro tienen también ciertas restricciones para realizar contribuciones. Tampoco pueden realizar contribuciones los contratistas del estado federal (pero sí sus accionistas o funcionarios), o los extranjeros. De igual modo se prohíben las contribuciones a nombre de un tercero.

En Brasil se prohíbe que las entidades o gobiernos extranjeros, autoridades u órganos públicos realicen contribuciones. Una reciente resolución del TSE determinó también la imposibilidad de que las empresas realicen contribuciones para financiar partidos políticos.

En Chile la reciente reforma de la legislación sobre financiamiento de campañas prohíbe los aportes de personas jurídicas, nacionales extranjeros y los consejeros del servicio electoral. Asimismo, se prohíbe a los funcionarios públicos utilizar bases de datos o cualquier medio a que tengan acceso en virtud de su cargo para fines políticos electorales. Por otro lado, la ley chilena prevé que durante el período de campaña electoral, los organismos públicos que integran la Administración del Estado, las empresas públicas y las municipalidades, no podrán incurrir en otros gastos por concepto de publicidad y difusión que los necesarios para el cumplimiento de sus funciones y en aquéllos que tengan por objeto informar a los usuarios sobre la forma de acceder a las prestaciones que otorgan.

En Portugal, los partidos políticos no pueden recibir donaciones anónimas ni recibir donaciones o préstamos de naturaleza pecuniaria o en especie, de personas jurídicas nacionales o extranjeras, pero podrán contraer préstamos con entidades de crédito y sociedades financieras. Asimismo, les está vedado: a) adquirir bienes o servicios a precios inferiores a los del mercado; b) recibir pago de bienes o servicios prestados por precios manifiestamente superiores a su valor de mercado; c) recibir o aceptar cualquier contribución o donación indirecta que se traduzca en el pago por terceros de gastos que a ellos aprovechen. Los dirigentes de los partidos políticos, las personas físicas y los administradores de personas jurídicas que personalmente participen en la asignación y obtención de financiamiento prohibido serán sancionados con una pena de prisión de 1 a 3 años.

En Colombia, las personas naturales o jurídicas que hayan financiado campañas políticas con aportes superiores al 2% de las sumas máximas a invertir por los candidatos en las campañas electorales en cada circunscripción, no podrán celebrar contratos con las entidades públicas del respectivo nivel administrativo para el cual fue elegido el candidato. La inhabilidad se extiende todo el período para el cual el candidato fue elegido, y comprende a las personas jurídicas en las cuales el representante legal, los miembros de junta directiva o cualquiera de sus

socios controlantes hayan financiado (directamente o por interpósita persona) campañas políticas. Asimismo, tienen prohibido donar a campañas políticas las entidades prestadoras del servicio de salud.

En Perú, están prohibidas contribuciones de entidades de Derecho Público o empresas de propiedad del Estado o con participación del Estado, donaciones de confesiones religiosas, donaciones de partidos políticos y agencias de gobiernos extranjeros, salvo en los casos para formación, capacitación e investigación. Los propios candidatos no pueden recibir directamente ninguna donación, salvo que tenga el conocimiento del partido, a la vez que se asumirá que los aportes no declarados por los partidos se consideran procedentes de fuente prohibida.

3. LÍMITES DE CONTRIBUCIÓN

En el Reino Unido, los partidos políticos se encuentran obligados anualmente y de forma trimestral a presentar ante la Comisión Electoral, informes en los cuales se reporten las donaciones recibidas. Durante época de elecciones, los informes deben ser semanales siempre que se supere determinada cantidad de donaciones. Los donantes también deben presentar informes anuales ante la Comisión si sus donaciones anuales superan las 5.000 libras en conjunto.

4. OBLIGACIÓN DE REPORTE (*DISCLOSURE*)

En Estados Unidos, todos los comités de candidatos, partidarios, y PACs deben realizar reportes periódicos de su actividad financiera ante el Gobierno. Todos, salvo en las campañas por el Senado, lo hacen ante la *FEC*. En el caso de campañas para senador, se hacen ante la Secretaría del Senado. Todos estos reportes quedan luego disponibles para la inspección pública y están disponibles en el sitio web de la *Federal Election Commission*.

En Alemania los partidos también están obligados a hacer reportes anuales sobre sus recursos, ante el presidente del país.

En Chile los partidos deberán informar mensualmente al servicio electoral, acerca de las donaciones que hubieren recibido, siendo sancionadas con multa a beneficio fiscal del triple de las cantidades no informadas, en caso de incumplimiento. Los ingresos que reciban los institutos de formación política inscritos por los partidos políticos ante el servicio electoral serán siempre públicos. Asimismo, los estados contables de los partidos políticos son de acceso público a través de la página web del Servicio Electoral.

* * *

H) OCDE

INTRODUCCIÓN

En primer lugar, resulta de gran importancia destacar que la OCDE es un organismo transnacional enfocado en cuestiones de la actividad comercial e intercambios de bienes y/o servicios. Dada la transversalidad de temas que abarca la OCDE y el foco asociado a su agenda programática, nos pareció útil sintetizar en forma clara y detallada aquellos puntos que creemos son importantes de los demás y cuya regulación podría tener un impacto positivo en Argentina. Para ello nos hemos propuesto hacer un *screening* de los informes previamente presentados y en conjunto con lo investigado para la OCDE enfocarnos solamente en los puntos en que la OCDE tiene algún tipo de injerencia y/o impacto relacionado. En este sentido nos enfocaremos solamente en los siguientes puntos:

1) Corrupción entre privados (regulaciones, canales y procedimientos internos de las compañías, etc.). 2) Contrataciones con el Estado. 3) Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. 4) Figura del arrepentido y regulaciones sobre canales de denuncia, protección de denunciantes, etc. 5) Transparencia Institucional

PAÍSES (Alemania, Brasil, Chile, Colombia, Estados Unidos, España, Perú, Portugal, UK).

Sobre la base del *screening* realizado de los diferentes países nos pareció muy importantes y destacables las siguientes regulaciones de los diferentes países según el siguiente detalle:

1) Corrupción entre privados (regulaciones, canales y procedimientos internos de las compañías, etc.): en este punto parecerían de importancia considerar la normativa de Colombia y Portugal puesto que están específicamente regulados los delitos relacionados con la corrupción dentro privados. En el caso de Perú tiene reglamentaciones concretas con altas multas y la obligación de poseer programas específicos para la prevención de estos delitos para que funcionen como eximentes de responsabilidad. A nuestro entender el sistema de Brasil que incluye en la Ley Anticorrupción la figura del arrepentido puesto que facilita las investigaciones.

2) Contrataciones con el Estado: se encuentra legislado en Alemania, Brasil, Chile, Colombia, Estados Unidos, Perú y Portugal. En general todas las normas de los diferentes países apuntan a regular aspectos de transparencias (en formato de recomendaciones y/o reglamentaciones operativas obligatorias), mayor competencia y objetividad en las adjudicaciones como así también restricciones en los funcionarios públicos y personas vinculadas a ellas para las diferentes contrataciones. Se destaca el modelo de Alemania con procesos de Due Diligence y los contratos modelos de Estados Unidos.

3) Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas: (Ver punto 1).

4) Figura del arrepentido y regulaciones sobre canales de denuncia, protección de denunciantes, etc.: en general se ha visto que en la mayoría de los países comprendidos en los presentes informes tales como Brasil, Chile, Colombia y

España, está expresamente estipulada la figura del arrepentido. Asimismo, en todos los países existen críticas respecto a la instrumentación (Ej: Brasil por la falta de protección del denunciante), pero en general ha sido una buena herramienta para alcanzar investigaciones exitosas. En el caso de Portugal, no está expresamente estipulado, pero sí de hecho mientras que en el caso de Perú solamente está regulado para casos de terrorismo.

5) Transparencia Institucional: en general está regulado en la mayoría de los países objetos de la presente y están implementados a través de los Poderes Ejecutivos (Ej.: Colombia) o de Organismos Autónomos e Independientes (Ej.; Chile, España). Como excepción se encuentra UK puesto que se apoya tanto en entidades gubernamentales como en organizaciones privadas (Ej.: IACC) y/o internacionales. El caso de Perú pone mucho énfasis en los servidores públicos.

CONCLUSIONES PAÍSES

Sobre la base de lo expuesto creemos que la mayoría de los institutos objeto del presente informe están desarrollados en mayor o menor medida en los diferentes países. Resulta de importancia concluir que si bien existe una gran cantidad de normativa y regulaciones los resultados parecerían estar aún lejos de lo propuesto por dichas leyes y/ regulaciones. Asimismo, se destaca que la mayoría los institutos aquí mencionados existen actualmente en la Argentina.

OCDE

La OCDE tiene como objetivo apoyar las políticas públicas destinadas a promover el crecimiento económico, el empleo y el bienestar de los países miembros manteniendo la estabilidad financiera y el desarrollo de la economía mundial. Asimismo, tiene como objetivo contribuir a una sana expansión económica en los países miembros y en los no miembros en vías de desarrollo como así también contribuir a la expansión del comercio internacional sobre una base multilateral y no discriminatoria conforme las obligaciones internacionales. En el marco del presente resumen ejecutivo resulta importante remarcar el objetivo descrito puesto que, si bien se entiende que en forma genérica cualquier política para el fortalecimiento de las instituciones es imperioso para el desarrollo económico, las acciones que lleva a diario en sus diferentes programas están más enfocadas en cuestiones comerciales y/o de intercambio internacional y/o transacciones comerciales.

Asimismo, la Recomendación del Consejo de la OCDE sobre Integridad Pública resulta de gran importancia para tomar como lineamiento puesto que propone a los países los siguientes ejes estratégicos:

- Otorgar a los responsables políticos una visión estratégica de la Integridad Pública.
- Mirar a la Contratación Pública como una fuente de prosperidad económica y social siempre y cuando la integridad y los riesgos de corrupción estén controlados y/o mitigados.
- Recomienda la adopción de:

✓ Un SISTEMA de Integridad coherente y completo con alto nivel de compromiso, responsabilidades, estrategias y normas claras

✓ Una CULTURA de Integridad Pública defendida por la sociedad, liderazgo, meritocracia, formación y apertura

✓ RENDICIÓN DE CUENTAS que incluya gestión de riesgos, sanciones, supervisión y participación de la sociedad en su conjunto.

RELACIÓN OCDE – ARGENTINA ACTUAL

Actualmente la Argentina se encuentra aunando esfuerzos con el objetivo de ser aceptado por la OCDE como miembro pleno. En el último año ha estado trabajando en la revisión del Informe Fase 3 para su correcta adaptación y de esta manera lograr su incorporación. Sin embargo, aún quedan muchos ítems pendiente de instrumentación para cumplir con dicho informe tales como los relacionados con la Redefinición del Delito de Cohecho, Jurisdicción, Responsabilidad Penal de la Personas Jurídicas, Sanciones y Confiscaciones, Investigaciones y procesamientos, Independencia Judicial y procesal, Asistencia Jurídica mutua, Normas relacionadas a Lavado de Dinero, Registros contables y auditorias, políticas corporativas, controles internos y ética, Medidas relacionadas con Impuestos, Protección de los denunciantes.

* * *

4. TRABAJOS DE INVESTIGACION POR PAÍS

A) ALEMANIA

INTRODUCCIÓN

El derecho penal alemán no trata al delito de la corrupción de manera general, pero lo tipifica a través de diferentes delitos. El legislador alemán no ha definido el término “corrupción” ni lo ha utilizado en el derecho penal.

Los delitos de corrupción más relevantes son en particular:

- § 331 StGB (*Código Penal alemán*) aceptación de una ventaja;
- § 332 StGB soborno pasivo (incluye funcionarios extranjeros);
- § 333 StGB otorgamiento de una ventaja;
- § 334 StGB soborno activo;
- § 335 StGB casos particularmente graves de soborno activo y pasivo;
- § 335a StGB funcionarios extranjeros e internacionales;
- § 108e StGB soborno a parlamentarios;
- § 108b StGB soborno a votantes;
- § 299 StGB soborno activo y pasivo en los negocios (soborno de empleados);
- § 299a StGB soborno pasivo en el ámbito de la salud; y
- § 299b StGB soborno activo en el ámbito de la salud.

Por otra parte, también son relevantes en Alemania las disposiciones penales de la Ley de lucha contra el soborno internacional (*IntBestG*) y la Ley de Soborno de la Unión Europea (*EUBestG*).

1. PREVENCIÓN Y TRATAMIENTO DE ACTOS DE CORRUPCIÓN

a. *Plea Bargain. Figura del arrepentido*

En Alemania el *Plea Bargain* está reglamentado desde el año 2009 en el art. 257c) del Ordenamiento del Proceso Penal (*StPO*). Antes se practicaba de conformidad con reglas implementadas desde la jurisprudencia, que se encuentra reflejada en el citado artículo de la *StPO*.

Se usa de manera limitada. Los principales puntos críticos se ven en el amplio poder que otorgan a los fiscales y en la falta de verificación de la veracidad de las alegaciones de la parte acusada.

b. *Sistema de Marker*

La autoridad alemana de la competencia (*Bundeskartellamt*) ofrece desde el año 2012 la posibilidad que empresas denuncien de manera electrónica y anónima carteles que se acuerdan de manera ilegal entre empresas, con la ventaja de eximirlos de posibles sanciones o bajar las mismas en caso de que forme parte del cartel, que es objeto de la denuncia. La disminución de las sanciones está reglamentada en un “*sistema de bonus*”, que prevé la posibilidad de ser uno de los primeros denunciantes de un cartel poniendo un “*Marker*”, es decir denunciando, aunque ofreciendo en primera instancia poca información, para guardar la posición privilegiada con el “*Marker*” en el sistema de bonificación.

c. *Whistleblower y regulación sobre el sistema de denuncias*

En Alemania existen pocas leyes de protección de denunciantes de casos de corrupción u otros delitos. Desde el año 2009, se implementó en *la ley del funcionario público (Bundesbeamtenengesetz)* que un funcionario público no está incumpliendo su deber de confidencialidad/silencio si denuncia casos de corrupción. También existe cierta protección en la legislación laboral, pero ninguna reglamentación específica. Algunos Estados Federados implementaron sistemas de *whistleblowing*, por ejemplo, dentro de sus autoridades de investigación de crímenes (*Landeskriminalamt*) pero con poca protección de los denunciantes.

Cada dos años se entrega un premio de *whistleblowing* con apoyo de la agencia alemana de ciencia e *IALANA* Alemania. El objetivo es fomentar la valentía ciudadana y hacer notar la necesidad de mejorar la protección de los denunciantes.

En el sector privado, recomiendan sistemas para empresas que cotizan en bolsa, pero generalmente solo se ve implementado en empresas grandes con actividad internacional/global.

En el reporte fase 4 de OCDE para Alemania se recomienda implementar leyes que protegen a los *whistleblowers* para incentivar más denuncias.

d. *Corrupción entre privados*

El soborno activo y pasivo en los negocios está reglamentado en Artículo 299 StGB. El bien tutelado por dicha norma es la libre competencia. También aplica a la libre competencia fuera de Alemania. Solo puede ser actor un empleado o representante/subcontratado de una empresa privada.

e. *Contrataciones con el Estado*

Generalmente se firman cláusulas específicas en los contratos con el Estado que obligan al contratista a tomar medidas para evitar casos de corrupción o delitos afines. Dichas obligaciones se exigen, sobre todo, cuando se otorgan subvenciones de una autoridad pública a un privado. Existen políticas para prevenir la corrupción con ciertos procesos de *due diligence* y cláusulas anticorrupción que prevén también los organismos alemanes de desarrollo internacional (por ejemplo, GIZ y KfW) y la agencia de créditos para exportaciones (*Euler Hermes*).

2. TRANSPARENCIA INSTITUCIONAL

a. *Organismos encargados de la transparencia institucional*

Para combatir la corrupción en la administración federal, el Ministerio Federal del Interior emitió un reglamento administrativo en 1998, según el cual, dependiendo de la actividad y la magnitud de la autoridad, se nombran "*personas de contacto para la prevención de la corrupción*". Éstos se conocen internamente como oficiales anticorrupción. Bajo este nombre o uno similar existen directivas semejantes a nivel provincial o local.

A su vez, muchos organismos públicos, civiles o también empresas designan un *ombudsman* para velar sobre la transparencia de sus organismos. Se trata de una persona independiente del organismo que puede negociar con el denunciante y proteger su anonimato.

b. DDJJ de los funcionarios públicos. Sujetos alcanzados, mecanismos, publicidad y organismo encargado

Encontramos solamente la obligación de publicar sus ingresos y otras actividades profesionales para los diputados nacionales y provinciales. Según el régimen para los diputados, los ingresos mensuales se deben publicar por escalas de 1 a 10, es decir en nivel 1 están estipulados ingresos mensuales de EUR 1000 a 3500 mientras en el nivel más alto (10) se informan ingresos por encima de EUR 250.000. Los datos se publican en la página web de las respectivas cámaras de diputados.

c. Financiamiento a partidos políticos. Financiamiento de las campañas políticas

El financiamiento de partidos políticos está reglamentado en la ley de partidos políticos (*Parteiengesetz*). Además, la ley fundamental alemana (constitución) prevé en su artículo 21 lo siguiente: “*Los partidos participan en la formación de la voluntad política del pueblo. Su fundación es libre. Su organización interna debe responder a los principios democráticos. Los partidos deben dar cuenta públicamente de la procedencia y el uso de sus recursos, así como de su patrimonio*”.

Los partidos están obligados hacer reportes anuales sobre sus recursos al presidente del país.

Los partidos se pueden financiar con:

1. donaciones por personas jurídicas y físicas sin límite;
2. Aranceles por membresía; y
3. Fondeo público.

Las campañas políticas se financian con fondos públicos, según la magnitud e importancia del partido. Como base de cálculo, se toman los votos de las últimas elecciones y la cantidad de donaciones obtenidas.

d. Incompatibilidades para ejercer cargos públicos

Según el organismo público en cuestión, existen diferentes reglas específicas de incompatibilidad para ejercer cargos públicos. A modo ejemplar, se puede mencionar artículo 55 de la ley fundamental (*Grundgesetz* / constitución) que prohíbe al presidente de Alemania ejercer otras funciones públicas o actividades políticas. Reglas similares existen para los jueces de la Corte Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*), que no pueden formar parte de la cámara de diputados o del senado (*Bundestag* o *Bundesrat*). Todas las reglas tienen en común el objetivo de proteger y guardar una clara división entre los tres poderes.

Bajo las reglas generales, todos los funcionarios públicos tienen el derecho de ejercer otras actividades mientras no haya conflicto de intereses. Las actividades que se ejercen adicionalmente se deben notificar al empleador. Las *Länder* (Provincias) tienen la posibilidad de otorgar reglas más permisivas o más estrictas para sus funcionarios públicos.

* * *

B) BRASIL

1. PREVENCIÓN Y TRATAMIENTOS DE ACTOS DE CORRUPCIÓN:

a. *Delación premiada*

La delación premiada es un instituto del derecho penal de Brasil que permite a la persona que está siendo investigada, o bien que está procesada o condenada por la comisión de un delito, obtener una reducción o eximición de la pena como consecuencia de brindar información fehaciente y en forma voluntaria sobre la comisión del delito ya sea en la etapa de investigación como en la etapa de los procedimientos persecutorios.

Es necesario que se confiese la participación en el ilícito, como así también es preciso que se aporten detalles fehacientes de la actividad delictiva para incriminar a terceros involucrados en la comisión del delito, ya que el beneficio de la delación sólo se hará efectivo en la medida de que la información sirva para conocer en detalle el ilícito que se cometió.

En virtud de ello se entiende que la delación premiada tiene una doble función: (i) es una prerrogativa legal que permite extinguir o atenuar la pena del confesor que participo en la comisión del delito y, (ii) ayuda a la justicia a identificar a otras personas involucradas en la comisión del delito.

La delación premiada se incorporó al ordenamiento jurídico brasilero en el año 1990 con la sanción de la *Lei dos Crimes Hediondos* (Ley N° 8.072). Asimismo, el instituto fue tratado en varias legislaciones posteriores, entre las que se destacan:

- Código Penal (arts. e 159, §4º, e 288, p.u.);
- Ley sobre Delito Organizado (Ley N° 9.034/95);
- Ley sobre Delitos contra el Sistema Financiero Nacional (Ley N° 7.492/86);
- Ley sobre Delitos de Lavado de Capitales (Ley N° 9.613/98);
- Ley sobre Delitos contra el Orden Tributario y Económico (Ley N° 8.137/90);
- Ley de Protección de Víctimas y Testigos (Ley N° 9.807/99);
- Ley de Drogas (Ley N° 11.343/06);
- Ley de Lucha contra los Delitos Organizados; y
- Ley de Defensa de la Competencia (Ley N° 12.529/11).

El instituto fue incorporado con el propósito expreso de incentivar la eficientemente colaboración de los autores y coautores en la investigación del delito. Para alcanzar los propósitos pretendido el legislador, se establecieron significativos incentivos que consisten en la: (i) sustitución; (ii) reducción; (iii) exención de la pena y (iv) fijación de un sistema menos gravoso para su cumplimiento.

(i) *Requisitos*

Al no contar con una norma única que regule la delación premiada se debe realizar una interpretación sistemática del instituto, considerando los requisitos objetivos y subjetivos.

Los requisitos objetivos de la delación premiada consisten en la presentación y efectiva colaboración en la: (i) identificación de los demás coautores o partícipes de la organización criminal o de las infracciones penales cometidas; (ii) revelación de la estructura jerárquica y/o división de tareas de la organización criminal; (iii) prevención de infracciones penales producto de la actividad de la organización criminal; (iv) recuperación total o parcial el producido del delito; y (v) localización de las víctima con su integridad física preservada.

En lo que se refiere a los requisitos subjetivos se tendrá en cuenta la personalidad del beneficiado, la naturaleza, circunstancias, gravedad y repercusión social del hecho ilícito. Asimismo, y conforme lo previsto por la Ley de Lucha contra los Delitos Organizados, uno de los principales requisitos subjetivos para la aplicación de este instituto es la colaboración del procesado penal debe ser voluntaria y efectiva.

En lo que respecta a la forma de instrumentación del acuerdo de delación premiada: el acuerdo de colaboración es formalizado a partir de una negociación con el colaborador. El juez no puede participar en las negociaciones con el acusado (potencial colaborador). En las negociaciones participa el acusado y su abogado defensor, y un delegado de la policía o el Ministerio Público Fiscal. En caso de realizarse con un delegado de la policía, deberá contar igualmente con la aprobación del Ministerio Público Fiscal.

Luego, el juez analizará la legalidad del acuerdo de colaboración y el cumplimiento de los requisitos para proceder a la homologación del mismo. Una vez homologado, el acuerdo deberá ser publicado.

Si bien la figura de la delación premiada puede ser empleada durante la investigación, el proceso o bien luego del dictado de la condena, sería conveniente que el instituto de la delación tenga lugar en el marco del juicio penal, permitiendo la presencia de los abogados defensores de los delatados, dando lugar a su intervención mediante la formulación de preguntas.

En caso de que la delación opere en el marco de investigación del ilícito con anterioridad al inicio del proceso judicial, el acuerdo de colaboración deberá ser ratificado judicialmente para adquirir valor probatorio.

ii) Confesión o colaboración premiada

La confesión o colaboración premiada es otro de los institutos regulados en la legislación brasileña que otorga incentivos aquellas personas que colaboran en la investigación judicial de la comisión de delitos. Este instrumento sólo permite la reducción de la pena hasta el mínimo previsto por la ley, lo cual en la práctica no se traduce en un verdadero beneficio para el confesor.³⁶

La figura de la colaboración premiada es más reducida en cuanto a los efectos jurídicos ya que el confesor puede asumir culpa en la comisión del ilícito y no incriminar a otras personas, a diferencia de lo que sucede con la delación donde es

³⁶ DELMANTO, Celso. [et al]. Código Penal Comentado. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 216.

necesario que se brinde información sobre otras personas involucradas en la comisión del delito.

La proximidad existente entre estos dos institutos proviene de la naturaleza jurídica de ambos: medio de prueba en el proceso penal y causa de reducción de pena en materia penal, siendo punto de contacto la ilicitud del acto.

b. Sistema de Marker

No se ha encontrado legislación referida a este punto.

c. Whistleblower³⁷ y regulación sobre el sistema de denuncias

En Brasil la figura no se encuentra regulada en forma específica, sin perjuicio de ello, a continuación, se describirán figuras semejantes que sí se encuentran en el ordenamiento jurídico brasileiro.

- La Ley N° 13.608 establece un canal de denuncias para cualquier acto ilícito que se produzca en el transporte de carretera. La Ley define al "denunciante" como aquella persona que revela la realización de actos ilícitos administrativos y penales, asimismo, prevé la recepción de una "recompensa" o "premio", como forma de estimular la efectividad de "denuncias" (suministro de datos, documentos e informaciones relevantes), como así también beneficiosos para el desbaratamiento de actividades ilícitas. Sin embargo, la Ley es genérica y no establece la creación de canales que involucren tanto al sector público como al sector privado, los procedimientos administrativos y judiciales que deberán tomarse o incluso, cómo serán protegidos los denunciantes además del mero secreto de su identidad. Para el robustecimiento de la Ley sería necesaria la garantía del empleo / puesto / función del denunciante, así como la inmunidad civil / penal / administrativa, entre otros.
- El Código de Procedimiento Penal en su artículo 27 establece que "cualquier persona del pueblo podrá llevar a los fiscales los casos que se ajustan a la acción pública", existe una obligación similar en la Ley de Acción Civil Pública (art. 6 de la Ley N° 7.347/85) o por la Ley de Improbidad Administrativa (artículo 14 de la Ley N° 8.429/92). La Ley N° 8.443/92 permite a cualquier ciudadano denunciar irregularidades o ilegalidades ante el Tribunal de Cuentas - TCU (artículo 53). También existe el "derecho de representación" previsto en la Ley de Abuso de Autoridad (artículos 3 y 4 de la Ley N° 4.898/65). Por otra parte, se regulan los llamados "remedios constitucionales" que permiten denunciar actos ilícitos o acciones en

³⁷ *Whistleblower*, también conocido como "denunciante" o "informante de buena fe", es quien, tomando conocimiento de una estructura delictiva sin ser parte de ella, sea en el sector público o privado, da conocimiento a las autoridades y a los superiores competentes del delito. Este instituto es diferente a la colaboración premiada, donde el delator / colaborador es partícipe de acto ilícito. En recompensa, el denunciante recibe parte de la multa o del dinero desviado, según el caso, siempre que, dentro del debido proceso, consiga probarse el fraude y recuperarse el dinero.

detrimento del interés público, tales como la Acción Popular y el "*Mandado de Segurança Coletivo*", entre otros.

- La Ley del Acceso a la Información N° 8.112/90 incorporó, con la modificación del inciso VI del art. 116, el "deber de informar" al superior y/o cualquier otra autoridad competente para abordar el tema.
- La Ley de Protección de Testigos N° 9.807/99 únicamente protege a las víctimas y los testigos, y se refiere a las investigaciones y procedimientos criminales, con exclusión de los procesos administrativos.
- El Decreto N° 6.029/2007 establece el Sistema de Gestión de la Ética del Poder Ejecutivo Federal y determina las funciones del Comité de Ética podrá observar la protección del denunciante y la misma debe mantenerse en reserva si el denunciante así lo desea. Es decir, la protección se limita a la identificación y clasificación de la información. Igualmente, la Ley N° 8.443/92 al proteger al denunciante de buena fe contra cualquiera sanción administrativa, civil o penal se limita a las denuncias presentadas ante el Tribunal de Cuentas (art. 55, § 2°).

d. Corrupcion entre privados

La Ley Responsabilidad de las personas jurídicas por actos lesivos contra la Administración Pública Nacional y Extranjera N° 12.846/2013, también conocida como Ley Anticorrupción, fue aprobada en agosto del 2013 y establece la responsabilidad civil y administrativa por los actos de corrupción cometidos por individuos y empresas. La Ley Anticorrupción prevé la responsabilidad objetiva por lo que sólo se requiere la prueba del hecho y del beneficio que genero a la persona jurídica.

La Ley Anticorrupción tipifica como actos lesivos las siguientes acciones: (i) la promesa, el ofrecimiento o la concesión de cualquier ventaja indebida a un funcionario público; (ii) fraudes e irregularidades respecto a las licitaciones; (iii) obstaculizar las actividades/ operaciones de investigación o control, por las entidades o funcionarios públicos. En función de ello, se prevén sanciones a nivel administrativo que consisten en multas del 0,1% al 20% de las ventas brutas para el año anterior al inicio del proceso, y publicación extraordinaria de la sentencia; mientras que a nivel civil, se establece la confiscación de bienes, suspensión y/o prohibición parcial de las actividades y, en casos excepcionales, disolución de la entidad.

Asimismo, la Ley Anticorrupción contempla la posibilidad de concluir un acuerdo de cooperación con las personas jurídicas responsables con el objetivo de desarrollar las investigaciones pertinentes (identificación de involucrados y obtención tempestiva de informaciones y documentos). Dichos acuerdos y de acuerdo a su eficacia podrían significar una reducción de hasta 2/3 de las multas y exclusión de algunas sanciones (por ejemplo, de la prohibición de recibir los préstamos, subvenciones y otros beneficios del gobierno).

e. *Contrataciones con el estado*

La legislación de Brasil contempla los requisitos necesarios para que la contratación de bienes y servicios por el poder público se haga de acuerdo con los principios de la economía de mercado.

La Constitución de 1988 establece los principios generales de las licitaciones: (i) la administración pública obedecerá a los principios de legalidad, impersonalidad, moralidad, publicidad y eficiencia; (ii) las obras, servicios, compras y enajenaciones serán contratadas mediante licitación pública que asegure la igualdad de condiciones a todos los concursantes, con cláusulas que establezcan obligaciones de pago, y que se mantengan las condiciones efectivas de la propuesta; (iii) la licitación permitirá las exigencias de calificación técnica y económica indispensables a la garantía del cumplimiento de las obligaciones.³⁸

En 1993 se promulgó una Ley Federal N° 8.666 que reglamentó las licitaciones y contrataciones públicas (a las cuales están sujetas también las esferas administrativas inferiores, o sea, estados y municipios).

La Ley Federal estableció lo siguiente:

- Todo el proceso de licitación y de ejecución de contratos es público. Sus principales pasos (convocatoria de la licitación, anuncio del ganador, firma del contrato) se publican obligatoriamente. Cualquier ciudadano puede solicitar acceso a las informaciones sobre licitaciones y contratos; cualquier interesado puede interponer denuncias administrativas y judiciales contra actos de la administración.
- El objeto de la licitación debe estar suficientemente descrito por el funcionario, para predefinir su cualidad. La especificación del objeto (y así su cualidad) no es responsabilidad de los que compiten.
- Las exigencias que se pueden hacer para la participación de empresas en licitaciones se refieren a sus condiciones empresariales: prestación de garantías financieras, capital (hasta el 10% del valor del contrato), acceso a recursos financieros del mercado, acceso a equipos y personal técnico. En particular, la ley no admite que se exijan pruebas de experiencia previa en la ejecución del objeto de la licitación. Las exigencias de capital y de garantías financieras son altas o suficientes para asegurar la buena probabilidad de ejecución del contrato y lo suficientemente bajas para evitar que sean usados como restricción de la participación de otros interesados.
- La determinación de la empresa ganadora se hace exclusivamente por el menor precio ofrecido. El contrato es automáticamente adjudicado a la

³⁸ República Federal de Brasil, Constitución, 1988, Art. 37, Inciso XXI.

ganadora, sin procedimiento intermedio. Con relación a la ejecución la ley prevé castigos financieros estrictos para ese tipo de situación y se introdujo en ella un dispositivo que permite, por medio de criterios objetivos, rechazar automáticamente las propuestas con precios excesivamente bajos y, en los casos límite, exigir de la empresa garantías financieras adicionales. Tales criterios se basan en comparaciones entre el precio ofertado y el presupuesto del servicio, realizado previamente por el órgano licitante, así como también entre el primero y la media de las propuestas cuyos precios fuesen los más elevados, por encima de cierto nivel.

- El incumplimiento del contrato, en parte o en su totalidad, está fuertemente penalizado. Además de penalidades financieras, se le puede prohibir a la empresa participar en licitaciones ulteriores. Sin embargo, la efectiva aplicación de esas sanciones es relativa.
- Los contratos solo pueden sufrir agregados (extensiones de su objeto) dentro de límites estrechos.
- Las situaciones en que los contratos se adjudican sin licitación (como en las emergencias derivadas de catástrofes) están delimitadas y sujetas a justificaciones detalladas. Las decisiones de ese tipo están sujetas a demandas administrativas y judiciales. En ocasiones esta forma de licitación perpetúa una sobre facturación de precios.
- El pago de los abastecimientos y servicios ejecutados se hace en el orden cronológico de su exigibilidad. De esta forma se eliminó el poder del administrador para «vender» a las empresas el cobro de lo que se les debe.
- Todos los procedimientos de la licitación, así como aquellos que involucran la ejecución del contrato resultante, necesitan ser registrados y sometidos a auditoría interna y externa al organismo responsable.

La ley prohíbe al gobernante electo o al funcionario ejercer la autoridad de definir arbitrariamente criterios de calificación de empresas concursantes. Sin embargo, aún quedan algunos puntos de vulnerabilidad, especialmente en la llamada «calificación técnica» vinculada a las características específicas del equipo. Idealmente, tales criterios deberían restringirse de modo estricto a las condiciones válidas para el mercado privado –disponibilidad de capital, grado de endeudamiento, posibilidad documentada de acceso a recursos técnicos y humanos (no necesariamente materializada en la fase de licitación).

La necesidad del cumplimiento de condiciones especiales de calificación debería ser excepcional, y en esos casos, su discusión pública debería ser obligatoria.

Un recurso importante para la prevención de la corrupción es disponer de un sistema de seguimiento de precios del mercado, tanto del país en cuestión como de precios internacionales. De esa forma se podrían identificar inmediatamente desvíos sospechosos de cotizaciones. Asimismo, es necesario prevenir acuerdos de precios entre empresas. En un sistema abierto, los acuerdos de esa naturaleza se realizan en relación con las condiciones del mercado, dependiendo de la mayor o menor abundancia de contratos licitados en comparación con la cantidad de

empresas que los disputan. Ellos solamente son posibles con la connivencia del funcionario público. Los sistemas de análisis y seguimiento de precios de mercado permiten identificar rápidamente la acción de ese género de cartel.

Toda licitación está sujeta a auditoría por parte de los organismos específicamente creados para ello. Sin embargo, tales organismos deberían tener sus miembros elegidos por proceso democrático y no postulados por los gobernantes, como sucede en Brasil.

Las modalidades «*mejor técnica*» y «*técnica y precio*» de licitación previstas en la ley y el criterio del menor precio es sustituido por otros basados en una evaluación de las calificaciones relativas de los participantes, a partir de «propuestas técnicas» presentadas por ellos. La justificación para su presencia en la ley es la existencia de situaciones en que el servicio licitado exige especialización. Eso representa una brecha por la cual se producen las licitaciones dirigidas. Una solución para el problema es la introducción, en la ley, de la obligatoriedad de que las licitaciones de ese tipo sean realizadas bajo supervisión de entidades de grupos y/o de personas independientes de renombrado conocimiento en el área y sana reputación.

La Ley de Desaprobación N° 8.429, del 12 de junio de 1992, contempla las sanciones aplicables a los agentes públicos en los casos de enriquecimiento ilícito en el ejercicio del mandato, cargo o función en la administración pública directa, indirecta o fundacional. Dicha ley resultó eficaz en la lucha contra la corrupción en el ámbito de las licitaciones y las contrataciones.

2. TRANSPARENCIA INSTITUCIONAL

a. *Organismos encargados de la transparencia institucional*

Los principales organismos encargados de velar por la transparencia institucional de los órganos del Estado de Brasil son:

- (i) La Contraloría General de la Unión (CGU): Es el órgano de control del Gobierno Federal. Depende directamente del presidente.
- (ii) Comisión de Ética Pública: Es el órgano consultivo que depende directamente de la Presidencia de la República, responsable de la administración del Código de Ética de la Administración Pública Federal.
- (iii) Comisiones Sectoriales de Ética en el Poder Ejecutivo Federal: Existen en total 122 Comisiones Sectoriales de Ética en el Poder Ejecutivo Federal. Cada Comisión Sectorial está encargada de orientar y asesorar sobre la ética profesional del funcionario, en el trato con las personas y con el patrimonio público. A partir del año 2001, se establece que las Comisiones de Ética Sectoriales del Poder Ejecutivo Federal actuarán como elemento de enlace con la Comisión de Ética Pública.

A) DDJJ DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS. SUJETOS ALCANZADOS. MECANISMOS. PUBLICIDAD Y ORGANISMO ENCARGADO. C) FINANCIAMIENTO A PARTIDOS POLÍTICOS. FINANCIAMIENTO DE LAS CAMPAÑAS POLÍTICAS

No se ha encontrado legislación referida a este punto.

b. Financiamiento a partidos políticos. Financiamiento de las campañas políticas.

La Ley de Partidos Políticos es la que regula esta cuestión. Ésta dispone que las siguientes son fuentes prohibidas para donaciones a partidos políticos: entidades o gobierno extranjeros, autoridad u órganos públicos (con excepción del fondo partidario), autarquías, empresas públicas o concesionarias de servicios públicos, sociedades de economía mixta y fundaciones públicas, y entidades de clase o de naturaleza sindical.

Para el caso de las campañas electorales, las fuentes prohibidas son más numerosas. Se prohíbe, adicionalmente, las donaciones de entidades de utilidad pública, de entidades de derecho privado que reciban en carácter de beneficiarios una contribución estatal, de personas jurídicas sin fines de lucro que reciban recursos del exterior, de entidades benéficas y religiosas, entidades deportivas, ONGs que reciban recursos públicos y organizaciones de la sociedad civil de interés público.

Por otra parte, la Ley de Elecciones (N° 9504/1997) establece que las empresas pueden contribuir financieramente con hasta 2% de su facturación bruta del año anterior a la elección (art. 81), mientras que los individuos pueden donar hasta 10% de los ingresos declarados al IRPF (Impuesto Sobre la Renta de las Personas Físicas).

No obstante, en 2015, el Supremo Tribunal de Justicia de Brasil declaró inconstitucional el financiamiento empresarial de las campañas electorales, al considerar que esta práctica “desequilibra la disputa política y la torna ilegítima”.

c. Incompatibilidad para ejercer cargos públicos

La Constitución Federal dedica atención especial a la probidad de la conducta de los agentes públicos y también a los actos y negocios públicos. El artículo 37 establece, en su inciso 4, que los actos de improbidad administrativa cometidos por funcionarios públicos comportarán la suspensión de los derechos políticos, la pérdida de la función pública, la indisponibilidad de los bienes y el resarcimiento pecuniario, en la forma y graduación prevista en la ley, sin perjuicio de la acción penal precedente.

Asimismo, el artículo 95, inciso único, las siguientes prohibiciones aplicables a los jueces: ejercer otro cargo o función, salvo en la enseñanza; recibir, por cualquier motivo o pretexto, costas o participación en procesos, auxilios o contribuciones de personas físicas, entidades públicas o privadas, sin perjuicio de las excepciones previstas en la ley; dedicarse a actividad política de partidos; ejercer la abogacía en un juicio o tribunal que haya integrado, antes de que hayan transcurrido tres años desde su desvinculación.

Para el caso de diputados y senadores, los artículos 54 y 55 de la Constitución Federal establecen las prohibiciones que son aplicables: (i) Desde la expedición del acta: a) firmar o mantener contactos con personas jurídicas de derecho público, organismos autónomos, empresas públicas, sociedades de economía mixta o empresas concesionarias de servicio público, salvo cuando el contrato obedeciese a cláusulas uniformes; b) aceptar o ejercer cargo, función o empleo remunerado, incluso los que sean "*ad honorem*", en las entidades señaladas en el párrafo anterior; (ii) desde la toma de posesión: a) ser propietarios, administradores o directores de empresas que gocen de favor derivado de un contrato con personas jurídicas de derecho público, o ejercer en ellas función remunerada; b) ocupar cargo o función de los que sean "*ad honorem*" en las entidades señaladas en el inciso (i) a); c) patrocinar causas en los que esté interesada cualquiera de las entidades a que se refiere el inciso (i) a); d) ser titulares de más de un cargo o mandato electivo.

La Ley N° 8.112 (11 de diciembre de 1990) prohíbe al funcionario público la acumulación de cargos, el ejercicio de cualquier actividad incompatible con el cargo o función o con el horario de trabajo; la participación como gerente de empresas privadas; la actuación como procurador o intermediario ante la repartición pública; tener bajo su jefatura inmediata, en cargo o función de confianza, a su cónyuge, compañero o pariente.

La Ley N° 1.079, del 10 de abril de 1950, y el Decreto-Ley N° 201 (27 de febrero de 1967) prevén sanciones político-administrativas (pérdida del cargo e inhabilitación para el ejercicio de la función pública por hasta cinco años) y penales (reclusión por hasta 12 años) para los agentes políticos que incurrieren en conductas deshonestas o faltas de probidad contra la Administración Pública. La Ley N° 1.079, de 1950, se refiere a los delitos de responsabilidad cometidos por el presidente de la República, los Ministros de Estado, los ministros del Supremo Tribunal Federal, el Procurador General de la República, los Gobernadores y Secretarios de Estado y en un capítulo específico, prevé que los delitos de responsabilidad por improbidad en la Administración. Por su parte, el Decreto-Ley N° 201/1967 se prevenían los delitos de responsabilidad y las infracciones político-administrativas cometidas por Prefectos y concejales.

La Ley N° 8.666 (21 de junio de 1993) regula las licitaciones públicas. Para evitar el conflicto de intereses, prohíbe la participación, directa o indirecta, de cualquier funcionario o autoridad de órganos o entidades contratantes o responsables de una licitación en el proceso licitatorio, en la ejecución de obras o servicios o en el suministro de bienes necesarios para los mismos, y prohíbe la concesión de un tratamiento diferenciado a los participantes. 13

El Decreto N° 4.081, del 11 de enero de 2002 es aquél que aprobó el Código de Conducta Ética de los Agentes Públicos en ejercicio de la Presidencia y la Vicepresidencia de la República. Éste tiene como fin evitar el acaecimiento de situaciones que puedan suscitar conflictos entre el interés privado y las atribuciones del funcionario público, prohibiendo a éste: a) Valerse del cargo de la función para obtener beneficios o un tratamiento diferenciado para sí o para terceros; b) Recibir regalos, transporte, hospedaje, remuneración o cualesquiera favores, aceptar invitaciones para almuerzos o comidas; c) Prestar servicios, de naturaleza eventual o permanente, aun fuera de su horario de trabajo.

* * *

C) CHILE

1. PREVENCIÓN Y TRATAMIENTOS DE ACTOS DE CORRUPCIÓN

a. Plea bargain. Figura del arrepentido

Ley N° 20.393 de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas

El artículo 6 de la Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas N° 20.393 establece como circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de la persona jurídica, la colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos. Particularmente, cuando en cualquier estado de la investigación o del procedimiento judicial sus representantes legales hayan puesto, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, el hecho punible en conocimiento de las autoridades o aportados antecedentes para establecer los hechos investigados.

Código Penal

El artículo 8 del Código Penal “*exime de toda pena por la conspiración o proposición para cometer un crimen o un simple delito, el desistimiento de la ejecución de estos antes de principiar a ponerlos por obra y de iniciarse procedimiento judicial contra el culpable, con tal que denuncie a la autoridad pública el plan y sus circunstancias.*”

b. Sistema de Marker

Si bien no existiría regulación específica de este instituto, entendemos que existiría la posibilidad de que los jueces lo apliquen en virtud de la amplitud del artículo 6 de la Ley N° 20.393 de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas.

c. Whistleblower y regulación sobre el sistema de denuncias

Convención Interamericana contra la Corrupción

Mediante Decreto N° 1879, Chile adoptó desde 1998 la Convención Interamericana contra la Corrupción. En dicha Convención los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer, entre otros:

1. Normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas. Estas normas deberán estar orientadas a prevenir conflictos de intereses y asegurar la preservación y el uso adecuado de los recursos asignados a los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones. Establecerán también las medidas y sistemas que exijan a los funcionarios públicos informar a las autoridades competentes sobre los actos de corrupción en la función pública de los que tengan conocimiento. Tales medidas ayudarán a preservar la confianza en la integridad de los funcionarios públicos y en la gestión pública.

2. Sistemas para proteger a los funcionarios públicos y ciudadanos particulares que denuncien de buena fe actos de corrupción, incluyendo la protección de su identidad, de conformidad con su Constitución y los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno.

Ley N° 20.205 de protección al funcionario que denuncia irregularidades y faltas al principio de probidad

Establece normas para proteger a los funcionarios públicos que denuncien irregularidades y faltas a la de probidad. La ley los obliga a denunciar ante el Ministerio Público o ante la policía si no existe fiscalía en el ámbito cercano, los crímenes o simples delitos, y a la autoridad competente los hechos de carácter irregular, especialmente aquellos que contravengan el principio de probidad administrativa.

El denunciante tendrá derecho a no ser despedido, suspendido ni trasladado del empleo, esto último desde la fecha en que la autoridad reciba la denuncia y hasta 90 días después de haber terminado la investigación o el sumario. Tampoco podrá ser precalificado durante dicho periodo, si el afectado es su superior jerárquico.

La denuncia deberá ser fundada y considerar la identificación y domicilio del denunciante; la narración circunstanciada de los hechos; la individualización de quienes los hayan cometidos y de las personas que los hayan presenciado o que tengan noticia de ellos en cuanto le conste al denunciante; y deberá ser acompañada de los antecedentes y documentos que les sirvan de fundamento, cuando ello sea posible.

La denuncia se entregará por escrito y firmada por el denunciante. En ella se podrá solicitar el secreto de la identidad. La autoridad que reciba la denuncia dispondrá de tres días hábiles para resolver si la tendrá por presentada.

Las denuncias de irregularidades o de faltas al principio de probidad sin fundamento, y respecto de las cuales conste su falsedad o el ánimo deliberado de perjudicar al denunciado, serán motivo de destitución del funcionario público que incurra en este tipo de conductas

d. Corrupcion entre privados

Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción

Mediante el Decreto N° 375 se promulgó la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, que en su artículo 12 establece, entre otras cuestiones, que “*cada Estado Parte... adoptará medidas para prevenir la corrupción y mejorar las normas contables y de auditoría en el sector privado, así como, cuando proceda, prever sanciones civiles, administrativas o penales eficaces, proporcionadas y disuasivas en caso de incumplimiento de esas medidas.*”

Si bien existe un proyecto de ley de modificación del Código Penal que está siendo tratado por el Poder Legislativo de Chile en virtud del cual se tipificarían los delitos de soborno y cohecho entre particulares, al día de hoy todavía no estaría en vigencia.

e. *Contrataciones con el estado*

Ley N° 19.653 Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575, orgánica constitucional de bases generales de la Administración del Estado

El artículo 9 de la Ley N° 19.653 dispone que los contratos administrativos se celebrarán previa propuesta pública, en conformidad a la ley. El procedimiento concursal se regirá por los principios de libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo y de igualdad ante las bases que rigen el contrato. La licitación privada procederá, en su caso, previa resolución fundada que así lo disponga, salvo que por la naturaleza de la negociación corresponda acudir al trato directo.

Ley N° 19.886 de bases sobre Contratos Administrativos de suministro y prestación de servicios

La Ley N° 19.886 se aplica a todos los contratos que celebre la Administración del Estado a título oneroso para el suministro de bienes muebles, y de los servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones.

El artículo 4 de la Ley N° 19.886 dispone que ningún órgano de la Administración del Estado y de las empresas y corporaciones del Estado o en que éste tenga participación, podrá suscribir contratos administrativos de provisión de bienes o prestación de servicios con los funcionarios directivos del mismo órgano o empresa, ni con personas unidas a ellos por los vínculos de parentesco descritos en la letra b) del artículo 54 de la Ley N° 18.575, ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, ni con sociedades de personas de las que aquéllos o éstas formen parte, ni con sociedades comanditas por acciones o anónimas cerradas en que aquéllos o éstas sean accionistas, ni con sociedades anónimas abiertas en que aquéllos o éstas sean dueños de acciones que representen el 10% o más del capital, ni con los gerentes, administradores, representantes o directores de cualquiera de las sociedades antedichas. Las mismas prohibiciones del inciso anterior se aplicarán a ambas Cámaras del Congreso Nacional, a la Corporación Administrativa del Poder Judicial y a las Municipalidades y sus Corporaciones, respecto de los Parlamentarios, los integrantes del Escalafón Primario del Poder Judicial y los alcaldes y concejales, según sea el caso.

Por su parte consideramos importante destacar que el artículo 18 de la Ley establece que los organismos públicos regidos por esta ley deberán cotizar, licitar, contratar, adjudicar, solicitar el despacho y, en general, desarrollar todos sus procesos de adquisición y contratación de bienes, servicios y obras a que alude la presente ley, utilizando solamente sistemas electrónicos o digitales. Los organismos públicos regidos por esta ley no podrán adjudicar contratos cuyas ofertas no hayan sido recibidas a través de los sistemas electrónicos o digitales.

Esta Ley (art. 22) también crea el Tribunal de Contratación Pública. Este Tribunal tiene como competencia conocer de la acción de impugnación contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de

contratación con organismos públicos regidos por la ley, y debe estar integrado por tres abogados designados por el presidente de la República, con sus respectivos suplentes, previas propuestas en terna hechas por la Corte Suprema.

El Decreto N° 250, reglamentario de esta ley, instituye un Registro de Proveedores del Estado. En este Registro no podrán inscribirse, entre otros, los proveedores que hayan sido condenados por cualquiera de los delitos de cohecho contemplados en el título V del Libro Segundo del Código Penal.

Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción

Mediante el Decreto N° 375 Chile promulgó Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, que en su artículo 9, entre otras cuestiones, establece regulación sobre Contratación pública y gestión de la hacienda pública. En tal sentido, establece que:

1. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción. Esos sistemas, en cuya aplicación se podrán tener en cuenta valores mínimos apropiados, deberán abordar, entre otras cosas:

- a) La difusión pública de información relativa a procedimientos de contratación pública y contratos, incluida información sobre licitaciones e información pertinente u oportuna sobre la adjudicación de contratos, a fin de que los licitadores potenciales dispongan de tiempo suficiente para preparar y presentar sus ofertas;
- b) La formulación previa de las condiciones de participación, incluidos criterios de selección y adjudicación y reglas de licitación, así como su publicación;
- c) La aplicación de criterios objetivos y predeterminados para la adopción de decisiones sobre contratación pública a fin de facilitar la ulterior verificación de la aplicación correcta de las reglas o procedimientos;
- d) Un mecanismo eficaz de examen interno, incluido un sistema eficaz de apelación, para garantizar recursos y soluciones legales en el caso de que no se respeten las reglas o los procedimientos establecidos conforme al presente párrafo;
- e) Cuando proceda, la adopción de medidas para reglamentar las cuestiones relativas al personal encargado de la contratación pública, en particular declaraciones de interés respecto de determinadas contrataciones públicas, procedimientos de preselección y requisitos de capacitación.

2. TRANSPARENCIA INSTITUCIONAL

a. Organismos encargados de la transparencia institucional

Constitución Política de la República de Chile

El artículo 52 de la Constitución Política de la República de Chile establece como atribución exclusiva de la Cámara de Diputados fiscalizar los actos de gobierno a cuyos fines puede adoptar una serie de medidas y determinar si hace lugar o no a las acusaciones formuladas por la Cámara de Diputados contra entre otros, el

presidente de la República, Ministros de Estado y magistrados entre otros funcionarios. Por otra parte, el artículo 53 de la Constitución atribuye exclusivamente al Senado el conocer respecto a las acusaciones de la Cámara de Diputados, así como resolverlas como jurado.

Además, el artículo 83 de la Constitución instituye un organismo autónomo, jerarquizado con el nombre de Ministerio Público que dirige en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley. De la misma forma, el artículo 98 dispone un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República el cual ejercerá el control de la legalidad de los actos de la Administración, fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades y llevará la contabilidad general de la Nación.

Por su parte, el artículo 100 de la Constitución establece que las Tesorerías del Estado no podrán efectuar ningún pago sino en virtud de un decreto o resolución expedido por autoridad competente, en que se exprese la ley o la parte del presupuesto que autorice aquel gasto.

Ley N° 20.285 de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado

Por medio de la Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado N° 20.285 se creó el Consejo para la Transparencia, el cual es una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio.³⁹

Su principal función es velar por el buen cumplimiento de dicha ley, que entró en vigencia en 2009, y que en términos generales regula el principio de transparencia de la función pública, el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado, los procedimientos para el ejercicio del derecho y para su amparo, y las excepciones a la publicidad de la información.

El artículo 33 de la citada Ley establece las funciones y atribuciones del Consejo para la Transparencia, que son:

- a) Fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones de esta ley y aplicar las sanciones en caso de infracción a ellas.
- b) Resolver, fundadamente, los reclamos por denegación de acceso a la información que le sean formulados de conformidad a esta ley.
- c) Promover la transparencia de la función pública, la publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado, y el derecho de acceso a la información, por cualquier medio de publicación.

³⁹ Para más información, ver <https://www.consejotransparencia.cl/>

- d) Dictar instrucciones generales para el cumplimiento de la legislación sobre transparencia y acceso a la información por parte de los órganos de la Administración del Estado, y requerir a éstos para que ajusten sus procedimientos y sistemas de atención de público a dicha legislación.
 - e) Formular recomendaciones a los órganos de la Administración del Estado tendientes a perfeccionar la transparencia de su gestión y a facilitar el acceso a la información que posean.
 - f) Proponer al presidente de la República y al Congreso Nacional, en su caso, las normas, instructivos y demás perfeccionamientos normativos para asegurar la transparencia y el acceso a la información.
 - g) Realizar, directamente o a través de terceros, actividades de capacitación de funcionarios públicos en materias de transparencia y acceso a la información.
 - h) Realizar actividades de difusión e información al público, sobre las materias de su competencia.
 - i) Efectuar estadísticas y reportes sobre transparencia y acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado y sobre el cumplimiento de esta ley.
 - j) Velar por la debida reserva de los datos e informaciones que conforme a la Constitución y a la ley tengan carácter secreto o reservado.
 - k) Colaborar con y recibir cooperación de órganos públicos y personas jurídicas o naturales, nacionales o extranjeras, en el ámbito de su competencia.
 - l) Celebrar los demás actos y contratos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.
 - m) Velar por el adecuado cumplimiento de la Ley N° 19.628, de protección de datos de carácter personal, por parte de los órganos de la Administración del Estado.
- b. DDJJ de los funcionarios públicos. Sujetos alcanzados, mecanismos, publicidad y organismo encargado

Constitución Política de la República de Chile

El artículo 8 de la Constitución Política de la República de Chile establece que el presidente de la República, los Ministros de Estado, los diputados y senadores, y las demás autoridades y funcionarios que una ley orgánica constitucional señale, deberán declarar sus intereses y patrimonio en forma pública. Dicha ley determinará los casos y las condiciones en que esas autoridades delegarán a terceros la administración de aquellos bienes y obligaciones que supongan conflicto de interés en el ejercicio de su función pública. Asimismo, podrá considerar otras medidas apropiadas para resolverlos y, en situaciones calificadas, disponer la enajenación de todo o parte de esos bienes.

Ley N° 20.880 y Decreto Supremo N° 2 – Ley sobre probidad en la función pública y prevención de los conflictos de intereses

Para el debido cumplimiento del principio de probidad, esta ley determina las autoridades y funcionarios que deberán declarar sus intereses y patrimonio en forma pública, es decir, presentar sus declaraciones juradas de bienes. También determina los casos y condiciones en que esas autoridades delegarán a terceros la administración de ciertos bienes y establece situaciones calificadas en que

deberán proceder a la enajenación de determinados bienes que supongan conflicto de intereses en el ejercicio de su función pública.

Sujetos alcanzados

Los sujetos obligados a realizar una declaración de intereses y patrimonio son los siguientes:

1. El Presidente de la República, los ministros de Estado, los subsecretarios, los delegados presidenciales regionales, los delegados presidenciales provinciales, los gobernadores regionales, los secretarios regionales ministeriales, los jefes superiores de servicio, los embajadores, los ministros consejeros y los cónsules.
2. Los consejeros del Consejo de Defensa del Estado, del Consejo Directivo del Servicio Electoral, del Consejo para la Transparencia, del Consejo de Alta Dirección Pública, del Instituto Nacional de Derechos Humanos y del Consejo Nacional de Televisión.
3. Los integrantes de los Paneles de Expertos o Técnicos creados por las leyes especiales.
4. Los alcaldes, concejales y consejeros regionales.
5. Los oficiales generales y oficiales superiores de las Fuerzas Armadas y niveles jerárquicos equivalentes de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública.
6. Los defensores locales de la Defensoría Penal Pública.
7. Los directores o las personas a que se refieren los incisos tercero, cuarto y quinto del artículo 37 de la Ley N° 18.046, sobre Sociedades Anónimas, y los directores y gerentes de las empresas públicas creadas por ley y de las sociedades en que el Estado tenga participación accionaria, aun cuando la ley señale que es necesario mencionarlas expresamente para quedar sujetas a la regulación de otras leyes, tales como Televisión Nacional de Chile, la Empresa Nacional de Minería, la Empresa de los Ferrocarriles del Estado, la Corporación Nacional del Cobre de Chile o el Banco del Estado de Chile.
8. Los presidentes y directores de corporaciones y fundaciones que presten servicios o tengan contratos vigentes con la Dirección Administrativa de la Presidencia de la República, sea que perciban o no una remuneración, y los directores y secretarios ejecutivos de fundaciones, corporaciones o asociaciones reguladas en el decreto con fuerza de Ley N° 1, del año 2006, del Ministerio del Interior, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.695, orgánica constitucional de Municipalidades.
9. Los funcionarios que cumplan funciones directas de fiscalización.
10. Las demás autoridades y personal de planta y a contrata, que sean directivos, profesionales y técnicos de la Administración del Estado que se desempeñen hasta el tercer nivel jerárquico de la respectiva planta de la entidad o su equivalente. Para establecer la referida equivalencia deberá estarse al grado remuneratorio asignado a los empleos de que se trate y, en caso de no tener asignado un grado, al monto de las respectivas remuneraciones de carácter permanente.
11. Las personas contratadas a honorarios que presten servicios en la Administración del Estado, cuando perciban regularmente una remuneración igual o superior al promedio mensual de la recibida anualmente por un funcionario que se desempeñe en el tercer nivel jerárquico, incluidas las asignaciones que correspondan.

12. Los rectores y miembros de las juntas directivas de las universidades del Estado.

La declaración de intereses y patrimonio deberá efectuarse dentro de los treinta días siguientes de la fecha de asunción del cargo. Además, el declarante deberá actualizarla anualmente, durante el mes de marzo, y dentro de los treinta días posteriores a concluir sus funciones.

La declaración de intereses y patrimonio, y sus actualizaciones, deberán efectuarse a través de un formulario electrónico. La declaración será pública, sin perjuicio de los datos sensibles y datos personales que sirvan para la individualización del declarante y su domicilio, y revestirá, para todos los efectos legales, la calidad de declaración jurada. En el caso del presidente de la República, Ministros de Estado, Subsecretarios y demás funcionarios de alto rango, esta declaración y sus actualizaciones se publicarán en el sitio electrónico de la institución respectiva, debiendo mantenerse en dicho sitio mientras el declarante se desempeñe en el cargo y hasta seis meses después del cese de sus funciones.

Los diputados y senadores también deben presentar su declaración de intereses y patrimonio dentro de los treinta días de asumir su cargo. Si no lo hicieran la aplicación de las sanciones es competencia de las Comisiones de Ética y Transparencia Parlamentaria.

El Fiscal Nacional, los fiscales regionales y los fiscales adjuntos, los jueces titulares y suplentes del Tribunal de Contratación Pública, los jueces de los Tribunales Tributarios y Aduaneros, los integrantes titulares y suplentes del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, los ministros titulares y suplentes de los Tribunales Ambientales, y los ministros de fe de cada uno de estos tribunales, los Ministros y los suplentes de Ministro del Tribunal Constitucional, los integrantes del Tribunal Calificador de Elecciones y los integrantes de los Tribunales Electorales Regionales, los miembros del Consejo del Banco Central, el Contralor General de la República, el Subcontralor General de la República, los contralores regionales y quienes se desempeñen hasta el tercer nivel jerárquico en la Contraloría General de la República deberán efectuar una declaración jurada de intereses y patrimonio así como los miembros de la directiva central de los partidos políticos deberán efectuar una declaración jurada de intereses y patrimonio.

La declaración de intereses y patrimonio deberá contener la fecha y lugar en que se presenta y la singularización de todas las actividades y bienes del declarante.

Publicidad de las declaraciones

Las declaraciones de intereses y patrimonio serán públicas y revestirán, para todos los efectos legales, la calidad de declaraciones juradas.

Autoridad de contralor

Los organismos encargados de controlar el cumplimiento son la Contraloría General de la República y el Consejo para la Transparencia.

La Contraloría General de la República fiscaliza la oportunidad, integridad y veracidad del contenido de la declaración de intereses y patrimonio y de oficio o a petición fundada de cualquier interesado deberá apercibir al infractor para que la realice o rectifique. Si el incumplimiento se mantuviera por un período superior a los cuatro meses siguientes a la notificación de la sanción, se considerará falta grave a la probidad y dará lugar a la destitución o cese de funciones del infractor, de acuerdo al estatuto respectivo.

Mandato especial de administración

El Presidente de la República, los ministros de Estado, los subsecretarios, los diputados y senadores, el Contralor General de la República, los intendentes, los gobernadores, los consejeros regionales, los alcaldes y los jefes superiores de las entidades fiscalizadoras, en los términos del Decreto Ley N° 3.551, que sean titulares de acciones de sociedades anónimas abiertas, opciones a la compra y venta de tales acciones, bonos, debentures y demás títulos de oferta pública representativos de capital o de deuda que sean emitidos por entidades constituidas en Chile, que se encuentren inscritas en los registros de valores que llevan las Superintendencias de Valores y Seguros y de Bancos e Instituciones Financieras, y cuyo valor total supere las veinticinco mil unidades de fomento, tendrán la obligación de constituir un mandato especial de administración de cartera de valores y de enajenar ciertos bienes, en los casos y en la forma que establece esta ley. La ley entiende como mandato al contrato en virtud del cual una autoridad, en la forma y en los casos señalados en la ley, encarga a una o más personas autorizadas la liquidación de valores que integren su patrimonio, la inversión del producto de la liquidación en un portafolio de activos y la administración de éstos. La o las personas autorizadas se harán cargo separadamente de los valores, a nombre propio y a riesgo de la autoridad.

Las autoridades que se señalan a continuación deberán enajenar, o renunciar a su participación en la propiedad sobre los bienes que se indican a continuación:

1. El presidente de la República, los diputados, los senadores y el Contralor General de la República, respecto de su participación en la propiedad de empresas proveedoras de bienes o servicios al Estado o a sus organismos y en empresas que presten servicios sujetos a tarifas reguladas o que exploten, a cualquier título, concesiones otorgadas por el Estado, incluidas las concesiones de radiodifusión televisiva de libre recepción y de radiodifusión sonora.
2. Los ministros de Estado, los subsecretarios, los delegados presidenciales regionales, los gobernadores regionales, los consejeros regionales, los superintendentes, los intendentes de dichas Superintendencias y los jefes de servicios, respecto de su participación en la propiedad de empresas proveedoras de bienes o servicios al Estado o sus organismos y en empresas que presten servicios sujetos a tarifas reguladas o que exploten, a cualquier título, concesiones otorgadas por el Estado, cuando éstas o aquéllas se encuentren vinculadas expresa y directamente con el ámbito de su competencia o bien sujetas, de acuerdo a la ley, a su fiscalización, y en las concesiones de radiodifusión televisiva de libre recepción y de radiodifusión sonora.

La enajenación o renuncia a que se refiere este artículo estará sujeta al tratamiento tributario que corresponda, de acuerdo a las reglas generales y deberá ser efectuada por la autoridad dentro del plazo de ciento veinte días corridos contado desde la fecha de su nombramiento o desde que legalmente le corresponda asumir en el cargo, o bien, dentro de los ciento veinte días corridos siguientes a la fecha en que la autoridad o la empresa en que participe pase a tener alguna de dichas calidades, todo ello sin perjuicio de las prohibiciones, incompatibilidades e inhabilidades establecidas en la Constitución Política de la República o en leyes especiales.

La fiscalización y sanciones por la infracción de las disposiciones de los funcionarios obligados a celebrar mandatos especiales de administración estará a cargo (i) de la Contraloría General de la República respecto de las autoridades de la Administración del Estado obligadas (ii) de la Superintendencia de Valores y Seguros o a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, según corresponda, respecto de las personas jurídicas que se desempeñen como mandatarios (iii) de las Comisiones de Ética y Transparencia Parlamentaria de la cámara que corresponda, respecto de los senadores y diputados y (iv) de la Cámara de Diputados respecto del Contralor General de la República.

Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción

Mediante el Decreto N° 375 se promulgó la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, que en su artículo 8 establece que cada Estado Parte procurará, cuando proceda y de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, establecer medidas y sistemas para exigir a los funcionarios públicos que hagan declaraciones a las autoridades competentes en relación, entre otras cosas, con sus actividades externas y con empleos, inversiones, activos y regalos o beneficios importantes que puedan dar lugar a un conflicto de intereses respecto de sus atribuciones como funcionarios públicos.

c. Financiamiento a partidos políticos. Financiamiento de las campañas políticas

Constitución Política de la República de Chile

El artículo 19 inciso 15 de la Constitución Política de la República de Chile asegura a todas las personas... *“El derecho de asociarse sin permiso previo. Los partidos políticos no podrán intervenir en actividades ajenas a las que les son propias ni tener privilegio alguno o monopolio de la participación ciudadana; la nómina de sus militantes se registrará en el servicio electoral del Estado, el que guardará reserva de la misma, la cual será accesible a los militantes del respectivo partido; su contabilidad deberá ser pública; las fuentes de su financiamiento no podrán provenir de dineros, bienes, donaciones, aportes ni créditos de origen extranjero”*

Ley N° 19.884, orgánica constitucional sobre transparencia, límite y control del gasto electoral

La Ley N° 19.884 denominada Ley Orgánica Constitucional sobre Transparencia, Límite y Control del Gasto Electoral autoriza el financiamiento, los límites, el control

y las medidas de publicidad de los gastos electorales que realicen los partidos políticos y candidatos como consecuencia de actos eleccionarios. El financiamiento de los gastos electorales que autoriza la Ley N° 19.884 durante una campaña puede tener su origen en financiamiento privado o en financiamiento público.

Constituye financiamiento privado de campaña electoral toda contribución en dinero, o estimable en dinero, que se efectúe a un candidato o partido político, sea que se materialice bajo la forma de mutuo, donación, comodato o cualquier acto o contrato a título gratuito, destinado al financiamiento de gastos electorales. Podrán efectuar aportes a campañas electorales las personas que hayan cumplido 18 años de edad.

No podrán efectuar aportes a candidato alguno o partido político los consejeros del servicio electoral y sus funcionarios directivos, y las personas naturales que tengan nacionalidad extranjera y residan en el extranjero. Se establecen límites máximos a aportar por aportante y por elección dependiendo de los cargos a elegir. Los candidatos y los partidos políticos podrán rechazar cualquier aporte de campaña electoral, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la notificación de la comunicación del aporte. Transcurrido dicho plazo se entenderá por aceptados.

Los aportes que reciban los candidatos de los partidos que excedan los gastos en que hubieren incurrido serán devueltos a los aportantes, si éstos pudieran ser identificables. Si no pudieran ser identificados serán devueltos a los administradores electorales.

Financiamiento público

Durante la campaña electoral, el Estado financiará y reembolsará los gastos electorales en que incurran los candidatos y los partidos, en las cantidades, proporciones y formas que establece esta ley.

Los candidatos y los partidos políticos que contraten créditos con instituciones del sistema financiero, registradas ante la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, podrán otorgar a éstas un mandato por el cual el Servicio Electoral autorizará el pago de los créditos con el reembolso que se determine, ciñéndose al efecto a las instrucciones que dicte el Consejo Directivo del Servicio Electoral. Para ello, el administrador electoral o el administrador general electoral respectivo, deberán acreditar la obtención del crédito y la efectividad del uso de éste en la campaña electoral.

Finalizado el proceso electoral, y rendidas las cuentas, el Fisco reembolsará a los candidatos y a los partidos, los gastos electorales en que hubieren incurrido durante la campaña.

Todos los aportes provenientes del financiamiento privado constarán por escrito, consignarán el nombre completo y número de cédula de identidad del aportante y deberán efectuarse únicamente a través del sistema de recepción de aportes del servicio electoral, por medio de transferencia electrónica o depósito bancario y, salvo aquellos por importes menores, serán públicos. Sin perjuicio de lo antedicho, es decir cuando el aporte es por un importe pequeño, ningún candidato o partido político, durante el período de campaña electoral, podrá recibir, por concepto de

aportes menores sin publicidad de la identidad del aportante, más del veinte por ciento del límite de gastos electorales definido en esta ley.

También serán públicos los aportes mensuales que reciban los partidos políticos fuera del período de una campaña electoral.

Los partidos políticos deberán informar mensualmente al servicio electoral, acerca de las donaciones que hubieren recibido. La infracción a lo establecido en este inciso será sancionada con multa a beneficio fiscal del triple de las cantidades no informadas.

Los ingresos que reciban los institutos de formación política inscritos por los partidos políticos ante el servicio electoral serán siempre públicos. Estos sólo podrán ser concedidos a dichos institutos, tanto por partidos políticos como por personas naturales.

Se prohíbe a los precandidatos y candidatos efectuar, con ocasión de la campaña electoral, erogaciones o donaciones en dinero, o en especies, en favor de organizaciones o de personas jurídicas o de personas naturales distintas de su cónyuge o parientes.

Los precandidatos, los candidatos y partidos políticos no podrán recibir, directa o indirectamente, aportes de campaña electoral de los órganos de la Administración del Estado, de las empresas del Estado, ni de aquellas en que éste, sus empresas, sociedades o instituciones tengan participación. No podrán efectuar, tampoco, aportes para campaña electoral las personas jurídicas de derecho público o derecho privado, con excepción de los que realicen los partidos políticos y el Fisco, en la forma en que lo autoriza la ley. Se considerará aporte todo desembolso o contribución valuable en dinero y, tratándose de contratos onerosos, las diferencias manifiestas entre el valor de la contraprestación y el precio de mercado.

Se prohíbe a los funcionarios públicos utilizar bases de datos o cualquier medio a que tengan acceso en virtud de su cargo para fines políticos electorales.

Consideramos importante señalar que la Ley N° 19.884 prevé que durante el período de campaña electoral, los ministerios, las delegaciones presidenciales regionales, las delegaciones presidenciales provinciales, los órganos y servicios públicos que integran la Administración del Estado, las empresas públicas y las municipalidades, no podrán incurrir en otros gastos por concepto de publicidad y difusión que los necesarios para el cumplimiento de sus funciones y en aquéllos que tengan por objeto informar a los usuarios sobre la forma de acceder a las prestaciones que otorgan.

d. Incompatibilidades para ejercer cargos públicos

Constitución Política de la República de Chile

El artículo 30 de la Constitución Política de la República de Chile establece que el presidente de la República que asuma alguna función remunerada con fondos públicos dejará, en tanto la desempeñe, de percibir la dieta, manteniendo, en todo

caso, el fuero. Se exceptúan los empleos docentes y las funciones o comisiones de igual carácter de la enseñanza superior, media y especial.

Por otra parte, el artículo 57 de la Constitución Política de la República de Chile dispone que no pueden ser candidatos a diputados ni a senadores:

- 1) Los Ministros de Estado;
- 2) Los intendentes, los gobernadores, los alcaldes, los consejeros regionales, los concejales y los subsecretarios;
- 3) Los miembros del Consejo del Banco Central;
- 4) Los magistrados de los tribunales superiores de justicia y los jueces de letras;
- 5) Los miembros del Tribunal Constitucional, del Tribunal Calificador de Elecciones y de los tribunales electorales regionales;
- 6) El Contralor General de la República;
- 7) Las personas que desempeñen un cargo directivo de naturaleza gremial o vecinal;
- 8) Las personas naturales y los gerentes o administradores de personas jurídicas que celebren o caucionen contratos con el Estado;
- 9) El Fiscal Nacional, los fiscales regionales y los fiscales adjuntos del Ministerio Público, y
- 10) Los Comandantes en Jefe del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea, el General Director de Carabineros, el Director General de la Policía de Investigaciones y los oficiales pertenecientes a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública.

Las inhabilidades establecidas en este artículo serán aplicables a quienes hubieren tenido las calidades o cargos antes mencionados dentro del año inmediatamente anterior a la elección; excepto respecto de las personas mencionadas en los números 7) y 8), las que no deberán reunir esas condiciones al momento de inscribir su candidatura y de las indicadas en el número 9), respecto de las cuales el plazo de la inhabilidad será de los dos años inmediatamente anteriores a la elección.

Si no fueren elegidos en una elección no podrán volver al mismo cargo ni ser designados para cargos análogos a los que desempeñaron hasta un año después del acto electoral.

El artículo 58 de la Constitución Política de la República de Chile dispone que los cargos de diputados y senadores son incompatibles entre sí y con todo empleo o comisión retribuidos con fondos del Fisco, de las municipalidades, de las entidades fiscales autónomas, semifiscales o de las empresas del Estado o en las que el Fisco tenga intervención por aportes de capital, y con toda otra función o comisión de la misma naturaleza. Se exceptúan los empleos docentes y las funciones o comisiones de igual carácter de la enseñanza superior, media y especial. Asimismo, los cargos de diputados y senadores son incompatibles con las funciones de directores o consejeros, aun cuando sean *ad honorem*, en las entidades fiscales autónomas, semifiscales o en las empresas estatales, o en las que el Estado tenga participación por aporte de capital.

Por el solo hecho de su proclamación por el Tribunal Calificador de Elecciones, el diputado o senador cesará en el otro cargo, empleo o comisión incompatible que desempeñe.

La Constitución Política de la República de Chile dispone en su artículo 60 que cesará en el cargo el diputado o senador que durante su ejercicio celebrare o caucionare contratos con el Estado, el que actuare como procurador o agente en gestiones particulares de carácter administrativo, en la provisión de empleos públicos, consejerías, funciones o comisiones de similar naturaleza. En la misma sanción incurrirá el que acepte ser director de banco o de alguna sociedad anónima, o ejercer cargos de similar importancia en estas actividades. Esta inhabilidad tendrá lugar sea que el diputado o senador actúe por sí o por interpósita persona, natural, o jurídica, o por medio de una sociedad de personas de la que forme parte.

Cesará en su cargo también el diputado o senador que: (i) actúe como abogado o mandatario en cualquier clase de juicio, que ejercite influencia ante las autoridades administrativas o judiciales en favor o representación del empleador o de los trabajadores en negociaciones o conflictos laborales, sean del sector público o privado, o que intervengan en ellos ante cualquiera de las partes. Igual sanción se aplicará al parlamentario que actúe o intervenga en actividades estudiantiles, cualquiera que sea la rama de la enseñanza, con el objeto de atentar contra su normal desenvolvimiento; o (ii) de palabra o por escrito incite a la alteración del orden público o propicie el cambio del orden jurídico institucional por medios distintos de los que establece esta Constitución, o que comprometa gravemente la seguridad o el honor de la Nación.

Quien perdiere el cargo de diputado o senador por cualquiera de las causales señaladas precedentemente no podrá, salvo algunas excepciones, optar a ninguna función o empleo público, sea o no de elección popular, por el término de dos años.

Ley N° 19.653, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado

El artículo 56 de la Ley N° 19.653, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado establece una serie de inhabilidades e incompatibilidades administrativas. Entre ellas, establece que “... no podrán ingresar a cargos en la Administración del Estado:

- a) *Las personas que tengan vigente o suscriban, por sí o por terceros, contratos o cauciones ascendentes a doscientas unidades tributarias mensuales o más, con el respectivo organismo de la administración Pública. Tampoco podrán hacerlo quienes tengan litigios pendientes con la institución de que se trata, a menos que se refieran al ejercicio de derechos propios, de su cónyuge, hijos, adoptados o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad inclusive. Igual prohibición regirá respecto de los directores, administradores, representantes y socios titulares del diez por ciento o más de los derechos de cualquier clase de sociedad, cuando ésta tenga contratos o cauciones vigentes ascendentes a doscientas unidades tributarias mensuales o más, o litigios pendientes, con el organismo de la Administración a cuyo ingreso se postule.*

- b) *Las personas que tengan la calidad de cónyuge, hijos, adoptados o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad inclusive respecto de las autoridades y de los funcionarios directivos del organismo de la administración civil del Estado al que postulan, hasta el nivel de jefe de departamento o su equivalente, inclusive.*
- c) *Las personas que se hallen condenadas por crimen o simple delito.”*

El artículo 58 de la Ley antedicha también establece que todos los funcionarios tendrán derecho a ejercer libremente cualquier profesión, industria, comercio u oficio conciliable con su posición en la Administración del Estado, siempre que con ello no se perturbe el fiel y oportuno cumplimiento de sus deberes funcionarios, sin perjuicio de las prohibiciones o limitaciones establecidas por ley. Estas actividades deberán desarrollarse siempre fuera de la jornada de trabajo y con recursos privados.

Son incompatibles con la función pública las actividades particulares cuyo ejercicio deba realizarse en horarios que coincidan total o parcialmente con la jornada de trabajo que se tenga asignada. Asimismo, son incompatibles con el ejercicio de la función pública las actividades particulares de las autoridades o funcionarios que se refieran a materias específicas o casos concretos que deban ser analizados, informados o resueltos por ellos o por el organismo o servicio público a que pertenezcan; y la representación de un tercero en acciones civiles deducidas en contra de un organismo de la Administración del Estado, salvo que actúen en favor de su cónyuge y otros parientes señalados en la ley o que medie disposición especial de ley que regule dicha representación. Del mismo modo son incompatibles las actividades de las ex autoridades o ex funcionarios de una institución fiscalizadora que impliquen una relación laboral con entidades del sector privado sujetas a la fiscalización de ese organismo. Esta incompatibilidad se mantendrá hasta seis meses después de haber expirado en funciones.

La Ley N° 19.653 también dispone que la designación de una persona inhábil será nula y que dicha designación invalidará la obligación de restituir las remuneraciones percibidas por el inhábil, siempre que la inadvertencia de la inhabilidad no le sea imputable. La nulidad del nombramiento en ningún caso afectará la validez de los actos realizados entre su designación y la fecha en que quede firme la declaración de nulidad. Incurrirá en responsabilidad administrativa todo funcionario que hubiere intervenido en la tramitación de un nombramiento irregular y que por negligencia inexcusable omitiere advertir el vicio que lo invalidaba. Las inhabilidades sobrevinientes deberán ser declaradas por el funcionario afectado a su superior jerárquico. En el mismo acto deberá presentar la renuncia a su cargo o función.

Decreto con Fuerza de Ley N° 29

El Decreto con Fuerza de Ley N° 29 establece el texto ordenado del Estatuto Administrativo que regula el empleo público.

Los artículos 85 y 87 del mencionado Decreto establecen las incompatibilidades de los empleados públicos, entre las que se destacan las siguientes:

En una misma institución no podrán desempeñare personas ligadas entre sí por:

- i. matrimonio;
- ii. parentesco de consanguinidad hasta el tercer grado inclusive;
- iii. parentesco de afinidad hasta el segundo grado; o
- iv. adopción cuando entre ellas se produzca relación jerárquica.

Si respecto de funcionarios con relación jerárquica entre sí se produjera alguno de los vínculos indicados, el subalterno deberá ser destinado a otra función en que esa relación no se produzca.

Esta incompatibilidad no regirá entre los Ministros de Estado y los funcionarios de su dependencia.

Asimismo, el artículo 86 establece que todos los empleos regulados en dicho Estatuto son incompatibles entre sí, así como con todo otro empleo o función que se preste al Estado, aun cuando los empleados o funcionarios de que se trate se encuentren regidos por normas distintas a dicho Estatuto.

Por su parte, el artículo 87 establece una serie de excepciones a las incompatibilidades del artículo 86, entre las que se destacan:

- i. con cargos docentes;
- ii. con funciones a honorarios fuera de la jornada de trabajo;
- iii. con el ejercicio de un máximo de dos cargos de miembro de consejos o juntas directivas de organismos estatales;
- iv. con la calidad de subrogante, suplente o a contrata;
- v. con los cargos que se tengan la calidad de exclusiva confianza y con aquellos cuyo nombramiento sea por plazos legalmente determinados;
- vi. con los cargos de directivos superiores de los establecimientos de educación superior del Estado.

Por su parte, el artículo 12 del mencionado Decreto establece los requisitos para ingresar a la Administración del Estado, entre los que se encuentran los siguientes:

- d) No haber cesado en un cargo público como consecuencia de haber obtenido una calificación deficiente, o por medida disciplinaria, salvo que hayan transcurrido más de cinco años desde la fecha de expiración de funciones, y
- e) No estar inhabilitado para el ejercicio de funciones o cargos públicos, ni hallarse condenado por *delito* que tenga asignada pena de crimen o simple delito. Sin perjuicio de lo anterior, tratándose del acceso a cargos de auxiliares y administrativos, no será impedimento para el ingreso encontrarse condenado por ilícito que tenga asignada pena de simple delito, siempre que no sea de aquellos contemplados en el Título V, Libro II, del Código Penal.

* * *

D) COLOMBIA

A continuación, detallamos la normativa anticorrupción de Colombia en relación a los siguientes temas propuestos para su análisis: (i) *Plea Bargain* – Figura del arrepentido; (ii) Sistema de *marker*; (iii) *Whistleblower* y regulación sobre el sistema de denuncias; (iv) Corrupción entre privados; (v) Contrataciones con el estado; y (vi) Transparencia institucional.

1. PREVENCIÓN Y TRATAMIENTO DE ACTOS DE CORRUPCIÓN

a. *Plea bargain. Figura del arrepentido*

- Personas jurídicas: No hay disposiciones legales al respecto.
- Personas físicas: En los Arts. 348 a 370 del Código de Procedimiento Penal de Colombia se establece la figura de los preacuerdos, los cuales se celebran por escrito entre la fiscalía y el imputado o acusado a fin de concluir el proceso penal. En estos casos, el imputado se declara culpable del delito imputado o de uno relacionado de pena menor a cambio de que el fiscal reduzca la pena aplicable. Si quien cometió la conducta ilícita hubiese obtenido un incremento patrimonial, no será posible arribar a un preacuerdo hasta tanto no reintegre por lo menos el 50% del valor equivalente al incremento percibido y asegure el pago de las restantes sumas.

b. *Sistema de Marker*

- Personas jurídicas: No hay disposiciones legales al respecto.
- Personas físicas: El Art. 40 de la Ley N° 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción de Colombia) establece el principio de oportunidad para los delitos de cohecho, que consiste en la renuncia, suspensión o interrupción de la acción penal. El funcionario público (autor o partícipe en los casos de cohecho) que, en primer lugar, formulase la denuncia que diera comienzo a la investigación penal (acompañada de prueba útil) y que sirva como testigo de cargo, siempre y cuando repare de manera voluntaria e integral el daño causado obtendrá como beneficio la aplicación del principio de oportunidad.

c. *Whistleblower y regulación sobre el sistema de denuncias*

No hay disposiciones legales respecto de *whistleblowing*.

d. *Corrupción entre privados*

El Art. 260 (A) del Código Penal de Colombia castiga con prisión de 4 a 8 años a quien (directamente o por interpósita persona) prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o asesores de una sociedad, una dádiva o cualquier beneficio no justificado para que lo favorezca a él o a un tercero, en perjuicio de aquella. Asimismo, se castiga con la misma pena al directivo, administrador, empleado o asesor de una sociedad que (por sí o por interpósita persona), reciba, solicite o acepte una dádiva o cualquier beneficio no justificado, en perjuicio de aquella. La conducta se agrava cuando, como consecuencia del hecho ilícito, produzca un perjuicio económico en detrimento de la sociedad.

e. *Contrataciones con el estado*

- La Constitución Política: El Art. 127 de la Constitución Política de Colombia prevé que los funcionarios públicos no podrán celebrar, por sí o por interpósita persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos.
- La Ley N° 1474: La Ley N° 1474 establece como medidas administrativas para la lucha contra la corrupción que quien haya celebrado contrato de obra pública, de concesión, suministro de medicamentos y de alimentos (o su cónyuge), pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o sus socios en sociedades distintas de las anónimas abiertas, con las entidades públicas (a nivel nacional, regional, departamental y/o empresas estatales, etc.), durante el plazo de ejecución y hasta la liquidación del mismo, no podrán celebrar contratos de interventoría con la misma entidad.

Por otra parte, el Art. 4 de la Ley N° 1474 establece la prohibición de que contraten con el estado las personas que hayan ejercido cargos a nivel directivo en entidades del Estado y las sociedades en las cuales éstos integren o estén vinculados por cualquier título, durante los 2 años luego de haber concluido el cargo público, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios.

- La Ley N° 80 del año 1993: El Art. 8 de la Ley N° 80 establece la prohibición para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales a los funcionarios públicos, quienes sean cónyuges y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación o concurso, las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una

sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación o concurso.

2. TRANSPARENCIA INSTITUCIONAL

a. *Organismos encargados de la transparencia institucional*

- La Ley N° 1477 del 2011 en su Capítulo V establece los organismos especiales para la lucha contra la corrupción y crea la Comisión Nacional para la Moralización, integrada por el Presidente de la República, el Ministro del Interior y de Justicia; el Procurador General de la Nación; el Contralor General de la República; el Auditor General de la República; el Director del Programa Presidencial de Modernización, Eficiencia, Transparencia y Lucha contra la Corrupción; el consejero presidencial para el Buen Gobierno y la Transparencia, el Defensor del Pueblo, entre otros. A través del Art. 66 de la Ley N° 1477 se crea la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción.

b. *DDJJ de los funcionarios públicos. Sujetos alcanzados, mecanismos, publicidad y organismo encargado*

- El Art. 122 de la Constitución de Colombia dispone que, antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite, el funcionario público deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas.
- El Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública N° 1083 de 2015 dispone que, previo a la posesión de un empleo público, la persona deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas e informar lo respectivo a la actividad económico-privada.
- La Ley N° 190 de 1995 establece como requisito para la posesión y desempeño del cargo la declaración bajo juramento, donde conste la identificación de bienes. La información deberá ser actualizada cada año y, en todo caso, al momento de su retiro. El funcionario público asimismo deberá denunciar su participación en sociedades o en cualquier organización o actividad privada de carácter económico con o sin ánimo de lucro, dentro o fuera del país.

c. *Financiamiento a partidos políticos. Financiamiento de las campañas políticas*

- La Ley N° 1747 dispone: (i) la prohibición para las entidades prestadoras del servicio de salud de realizar donaciones o campañas políticas; y (ii) que las personas naturales o jurídicas que hayan financiado campañas políticas a la presidencia, a las

gubernaciones, alcaldías o al congreso, con aportes superiores al 2% de las sumas máximas a invertir por los candidatos en las campañas electorales en cada circunscripción electoral, no podrán celebrar contratos con las entidades públicas respectivo nivel administrativo para el cual fue elegido el candidato. La inhabilidad se extiende todo el período para el cual el candidato fue elegido. La inhabilidad también comprende a las personas jurídicas en las cuales el representante legal, los miembros de junta directiva o cualquiera de sus socios controlantes hayan financiado (directamente o por interpósita persona) campañas políticas a la presidencia, a las gubernaciones, las alcaldías o al congreso.

d. Incompatibilidades para ejercer cargos públicos

El Art. 122 de la Constitución Política establece que no pueden ser inscriptos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, quienes hayan sido condenados, por la comisión de delitos que afecten al patrimonio del Estado.

* * *

E) EE.UU.

1. CONTRATACIONES CON EL ESTADO

A diferencia de los contratos comerciales, gobernados por el *Uniform Commercial Code* y la “*Common Law*”, la contratación con el Gobierno Federal (el “Gobierno”) es regulada por una serie de estatutos y normas, que indican desde el método o procedimiento para que una agencia solicite el contrato, hasta como el Estado debe reembolsar a un contratante.

Los tres pilares de la regulación americana a este respecto son el *Armed Services Procurement Act of 1947* (“ASPA”), *Federal Property and Administrative Services Act of 1949* (“FPASA”), y el *Competition in Contracting Act* (“CICA”). El ASPA gobierna toda adquisición de propiedad (salvo tierra), construcción y servicios por parte de agencias de defensa. El FPASA regula lo mismo, pero para adquisiciones de agencias civiles. El CICA se aplica a adquisiciones tanto civiles como de defensa, y requiere que las agencias federales busquen y obtengan “completa y abierta competencia” siempre que sea posible en el procedimiento de licitación del contrato.

El *Federal Acquisition Regulation* (“FAR”), incluido en el Título 48 del Código de Regulaciones Federales, contiene las políticas y procedimientos uniformes para adquisiciones por parte de todas las agencias federales. Implementa y trata básicamente toda política de obtenciones (procurement) por parte del Estado, y gobierna toda etapa de este proceso.

Resumen de normativa vigente

Método de Adquisición

El ASPA, FPASA y CICA establecieron dos métodos básicos para obtener “completa y abierta competencia” – (a) licitación cerrada y (b) negociación competitiva. La licitación cerrada está caracterizada por una adherencia rígida a procedimientos formales, que apuntan a proveer a todos los ofertantes una oportunidad de competir por el contrato en igualdad de condiciones. En esos procedimientos, la agencia otorgará el contrato al ofertante responsable que proponga la oferta más baja (en precio) y que responda a lo esperado. En contraste, la negociación competitiva es más flexible y permite a la agencia llevar a cabo discusiones y evaluar ofertas, otorgando el contrato teniendo en cuenta el precio y otros factores.

Cláusulas Típicas

Los contratos con el Gobierno presentan una serie de términos y condiciones estándar llamadas “cláusulas”. Muchas de éstas son, por ley, no-negociables. De hecho, la jurisprudencia ha entendido que una cláusula de orden público se entenderá como parte en el contrato incluso cuando el gobierno la hubiese omitido. Normalmente hay entre 50 y 75 cláusulas en los contratos. Entre ellas, las más prominentes son:

- “*Termination for Convenience*” (Terminación por Conveniencia): esta cláusula permite al Gobierno terminar el contrato en cualquier momento y sin causa, cuando sea en el mejor interés del Gobierno. Este derecho surge de la necesidad del Gobierno de adaptar sus necesidades –y el dinero de los contribuyentes– a cambios en situaciones y tecnologías.
- “*Changes*” (cambios): permite al Gobierno hacer cambios unilaterales en el contrato durante su vigencia, siempre y cuando los cambios caigan dentro del marco del contrato.
- “*Default*”: permite al Gobierno terminar un contrato por default cuando el contratante incumple con el contrato.

Asimismo, el Gobierno impone prácticas éticas y comerciales a sus contratantes. Los contratantes y potenciales contratantes deben asegurarse que sus empleados cumplan con estos estatutos y regulaciones éticas, o enfrentar sanciones civiles, administrativas y/ penales.

Prevención del Soborno o Dádivas Ilegales/Compliance Training

Con limitadas excepciones, los contratantes se ven restringidos de proveer bienes y servicios para el beneficio de empleados federales, sobre la base de estatutos penales y regulaciones contractuales.

Estas restricciones aplican a todo lo que tenga un valor monetario, incluyendo regalos, entretenimiento, prestamos, viajes, favores, hospitalidad, comidas, descuentos, hospedaje, etc.

Las restricciones están presentes en ciertas regulaciones de la *Office of Government Ethics* (“OGE”). Como resultado, muchas actividades que un contratante podría llevar a cabo con sus clientes comerciales están prohibidas en los casos de empleados gubernamentales, con excepciones muy limitadas (ej. Alimentos y refrescos modestos, descuentos que estuvieran disponible al público o a todos los empleados gubernamentales, cartas de felicitación o ítems con muy poco valor intrínseco). Un análisis más extensivo sobre esta materia puede encontrarse en el sitio del *Public Contracting Institute*.

Los empleados federales también pueden aceptar regalos no-dinerarios de un valor de USD 20 o menos, que no excedan USD 50 anuales por parte de una sola persona o compañía. Debido a estas reglas, los contratantes deben entrenar a sus empleados sobre como relacionarse con empleados del Gobierno. Es esencial que los empleados entiendan estas restricciones, por lo que es común que existan “*Compliance trainings*” regulares. Estos entrenamientos son evaluados por el *Department of Justice*, sobre la base de ciertos puntos publicados online.

Más allá de lo aquí mencionado, la Orden Ejecutiva N° 12.731 de 1989 implementó ciertos estándares básicos que todos los empleados federales deben seguir en todo momento.

Un folleto-guía de las normas y estándares éticos aplicables a la contratación con el Estado puede encontrarse aquí.

Falsas Declaraciones

Los contratantes deben asegurarse que ninguna declaración falsa, ficta o fraudulenta se haga a una agencia federal. Una falsa representación sobre la habilidad de una compañía de cumplir con requerimientos de contratos con el Estado pueden conducir a la compañía y su administración y empleados a responsabilidad criminal. Un contratante que hace una declaración falsa al Gobierno puede encontrarse con responsabilidad civil o penal por esa declaración. El *False Claims Act* impone sanciones en estos casos.

Conflictos de Interés

Estatutos y regulaciones federales pueden prohibirle a los contratantes discutir empleo con ciertas oficinas y funcionarios federales. En adición, ex empleados federales se ven restringidos de llevar a cabo ciertos servicios luego de dejar el Gobierno. Estas restricciones varían en duración y rango según el estatus del empleado y el trabajo que realizaba.

Los contratantes deben implementar procedimientos designados para a) prevenir discusiones impropias sobre empleo con empleados actuales del Gobierno y b) asegurarse que el personal de la compañía que hubiera trabajado en el Gobierno, no trabaje ilegalmente en temas que crearan un conflicto de interés.

Retornos

Disposiciones legales y contractuales prohíben dar y recibir retornos (“*kickbacks*”) con el propósito de obtener inapropiadamente o recompensar el trato favorable en conexión con un contrato federal. Adicionalmente, los contratantes tienen prohibido incluir un retorno en el precio del contrato. Los retornos incluyen dinero, honorarios, comisiones, créditos y todo tipo de compensación. El trato favorable incluye la obtención de eliminación de fechas límite, y obtener la aceptación de bienes que no están en conformidad.

2. FINANCIAMIENTO DE CAMPAÑAS POLÍTICAS

La regulación de financiación de campañas regula como el dinero es recaudado y gastado en conexión con campañas políticas. La *Federal Election Commission* está a cargo de administrar y ejecutar estas normas. Los Estados también tienen contralor sobre esta materia, típicamente a través de la Secretaría de Estado o una comisión electoral independiente. Las campañas pueden involucrar tanto candidatos para la oficina pública como iniciativas populares o referendos.

El sistema federal implica que la regulación de elecciones esta bifurcada entre el sistema federal y el estatal (que a su vez puede subdividirse en jurisdicciones locales).

Reseña histórica de la Regulación Federal sobre financiamiento de campañas políticas

La regulación americana en materia de financiamiento de campañas políticas puede dividirse en cuatro etapas: la era anterior a la *Federal Election Campaign Act* (“FECA”) de 1971 y sus enmiendas; la era de 1974 a 2002 bajo la FECA; la era luego de la sanción de la *Bipartisan Campaign Reform Act* (“BCRA”) de 2002; y la era posterior al fallo “*Citizens United v. Federal Election Commission*” (2010), en el cual la Corte Suprema de los Estados Unidos derrumbó ciertas provisiones cruciales de la BCRA.

Antes de la FECA, las leyes de financiamiento se dirigían a ciertos tipos de contribuyentes. Los empleados federales, corporaciones y sindicatos tenían prohibido contribuir financieramente en campañas políticas. Por ello, las corporaciones y sindicatos respondieron creando “*Political Action Committees*” (PACs) que juntaban contribuciones voluntarias de sus miembros o empleados.

La FECA impuso límites a los gastos de candidatos, contribuciones de individuos y PACs a los candidatos, partidos o comités, y a la cantidad de dinero que los candidatos podían gastar en sus propias campañas. La FECA también creó la *Federal Election Commission* (“FEC”) para ejecutar y clarificar las leyes de financiamiento político.

Muchos observadores sostuvieron que la FECA colaboró en el desarrollo de los PACs e incrementó la dependencia entre los candidatos legislativos y los PACs, en detrimento de los donantes individuales. A nivel de las elecciones presidenciales, la FECA restringió el gasto, de esta manera todos los candidatos partidarios debieron cumplir con los límites establecidos en la FECA en sus campañas primarias; y con el financiamiento público en elecciones generales, asegurándose que los candidatos no pudieran superarse mutuamente en gastos.

Durante los años 90s, empezaron a ocurrir comportamientos que socavaron las restricciones de la FECA. En primer lugar, si bien las corporaciones y sindicatos no podían hacer contribuciones directas a los candidatos, la FECA no les prohibía contribuir a partidos políticos siempre y cuando esos fondos estuvieran destinados a “actividades partidarias”. Así, los partidos políticos empezaron a solicitar “dinero suave” (“*soft money*”) a corporaciones, sindicatos e individuos adinerados. Como esos fondos no se distribuían del partido al candidato ni se usaban para abogar por la elección o derrota de un candidato, no estaban sujetos a límites legales.

En segundo lugar, organizaciones independientes (“*advocacy groups*”) evadieron los límites de FECA financiando campañas televisivas a favor de ciertos candidatos pero omitiendo palabras “mágicas” que hicieran ostensible el apoyo.

La BCRA de 2002 fue una respuesta a estos hechos. Dos componentes de la ley incluían una prohibición a contribuciones de “dinero suave” y restricciones severas al *advertising* político por parte de organizaciones independientes. Estas últimas prohibieron a las organizaciones que hubieran recibido dinero de corporaciones o sindicatos, publicitar avisos que refirieran a un cierto candidato, dentro de los 30 días de una elección primaria o 60 de una elección general. La BCRA también duplicó los límites de contribución y los indexó a la inflación. Todas las principales provisiones de esta ley fueron sostenidos por el fallo *McConnell v. Federal Election Commission* (2003).

En el fallo “*Citizens United*”, la Corte Suprema parcialmente revisó “*McConnell*”, invalidando las restricciones de la *BCRA* al advertising político, entendiéndolas como una violación inconstitucional de los derechos a la libertad de expresión de las corporaciones y sindicatos. Cuatro años después, en “*McCutcheon v. Federal Election Commission*”, la Corte parcialmente derogó los límites de la *FECA* en materia de financiamiento de individuos a diversos candidatos federales y comités partidarios.

3. RESUMEN DE NORMATIVA VIGENTE

Contribuciones

Actualmente, la financiación de los partidos políticos en los Estados Unidos está principalmente regulada por el *FECA* y sus modificaciones por el *BCRA*. Estos estatutos establecen la manera en que los candidatos deben recaudar y gastar fondos de campaña, como este dinero debe ser reportado, y quienes pueden contribuir. También regulan la propaganda política y los eventos de recaudación de fondos por candidatos y partidos.

El concepto más importante bajo el *FECA* es el de “contribución”, definido como “cualquier cosa de valor” incluyendo así efectivo, regalos, préstamos, bienes y servicios que se otorguen “con el propósito de influenciar una elección”. Una donación de dinero es la contribución más común.

También está el concepto de “expensas” que es virtualmente idéntico al de “Contribución”. El término define el dinero gastado en campañas. Los gastos por un individuo o comité distinto al comité del candidato será una contribución en especie (si fue coordinada con la campaña) o una “expensa independiente” si fue hecha sin control de la campaña. En ambos casos están sujetos a reporte ante la *FEC*, sea por la propia campaña, por el contribuyente independiente, o por ambos.

Una persona se convierte en un “candidato” cuando recauda más de USD 5,000 en contribuciones o gasta más de USD 5,000 en expensas. En ese caso, el candidato queda sujeto al *FECA* y debe designar un “comité político” bajo la *Federal Election Commission*. El comité pasa a ser responsable de recibir y dar cuenta de todas las contribuciones y reportar gastos.

Prohibiciones

El *FECA* prohíbe a ciertos individuos y grupos que hagan contribuciones o gastos. Las corporaciones y sindicatos no pueden contribuir a candidatos directamente. La prohibición para las contribuciones es muy amplia y aplica a “cualquier tipo de corporación”, incluyendo organizaciones sin fines de lucro y corporaciones profesionales. Sin embargo, estas pueden formar “fondos segregados” comúnmente conocidos como “*Political Action Committees*” (“*PACs*”) que pueden recaudar donaciones personales voluntarias y luego contribuir las a los candidatos. Deben estar registradas ante la *FEC* y realizar reportes periódicos de sus finanzas.

El *FECA* también prohíbe contribuciones de parte de contratantes con el Estado (salvo el *PAC* de un contratante societario), contribuciones a nombre de personas

distintas al verdadero contribuyente (lavado de dinero) y contribuciones en moneda corriente superiores a USD 100.

También hay dos prohibiciones federales que aplican a campañas tanto federales como estatales. Un extranjero no puede contribuir a ninguna campaña. Un extranjero es tanto un individuo con ciudadanía extranjera que no tiene residencia permanente en EEUU, o una corporación que fue constituida en el extranjero o tiene su sede principal en el extranjero.

Asimismo, bancos y corporaciones autorizadas por Ley del Congreso no pueden contribuir a ninguna campaña, sea federal, estatal o local. Esta prohibición es redundante en las elecciones federales ya que las donaciones corporativas estaban prohibidas de todos modos. Sin embargo, en los numerosos estados que prohíben donaciones de corporaciones, los bancos y compañías esponsorizadas por el Gobierno no pueden contribuir.

Límites de contribución

Aquellos que quisieran contribuir a campañas federales lo hacen con un límite de contribución. Estos límites aplican tanto a individuos como a PACs. Un individuo no puede contribuir más de USD 2.000 por elección (término que incluye a las primarias, principal, y general –legislativa–) a un candidato. Una PAC, siempre y cuando haya estado registrada ante la FEC por más de 6 meses, recibido donaciones de más de 50 contribuyentes, y contribuido a 5 candidatos, puede donar hasta USD 5.000 por elección.

Obligación de Reporte (Disclosure)

Todos los comités de candidatos, partidarios, y PACs deben realizar reportes periódicos de su actividad financiera ante el Gobierno. Todos, salvo en las campañas por el Senado, lo hacen ante la FEC. En el caso de campañas para senador, se hacen ante la Secretaría del Senado. Todos estos reportes quedan luego disponibles para la inspección pública y están disponibles en el sitio web de la *Federal Election Commission*.

Ejecución

La FEC y el Departamento de Justicia comparten fuerza ejecutoria bajo el FECA. La FEC tiene jurisdicción primaria exclusiva para ejecución civil, y el Departamento de Justicia para la penal. Casi todos los casos son manejados por la FEC y en caso de violación, se arreglan mediante acuerdos conciliatorios, negociados entre la FEC y el demandado en un procedimiento confidencial que suele incluir admisiones de culpa e imposición de penas civiles.

Regulaciones éticas

Como en el caso del financiamiento de campaña, estas regulaciones ocurren tanto a nivel estatal como federal. La cuestión de las normas éticas en el financiamiento de partidos políticos y campañas estatales suele estar regulado por Códigos de Ética u otras normas que son propias de cada estado. Por ejemplo, pueden resultar de interés las normas de Texas, Wisconsin y Kansas, que regulan cuestiones tales

como registro de PACs, reporte de contribuciones recibidas, regalos, y rendición de gastos realizados.

Regalos

Los regalos personales a funcionarios públicos están altamente regulados. En algunas instancias están completamente prohibidos, salvo regalos por parte de familiares inmediatos. La regla general para los funcionarios de la rama ejecutiva es que un regalo de un valor inferior a USD 20 puede ser recibido (pero nunca solicitado). Senadores o su staff pueden aceptar un regalo si vale USD 50 o menos o y si el monto total de tales regalos por la misma persona no excede de USD 100 en un año calendario. Cualquier presente de \$10 o menos no cuenta a los fines del límite de USD 50 o \$100.

En 2007, la Cámara de Representantes creó una regla que prohíbe a los Miembros y sus empleados aceptar regalos de *lobbyistas* o entidades que tienen o emplean lobistas.

En adición a estas reglas de conducta, las normas penales pueden aplicar a ciertos regalos. Un regalo de cualquier tipo no puede ser dado ni recibido como un *quid pro quo* por actos oficiales. Serían considerados sobornos. Asimismo, los regalos podrían ser gratuidades ilegales si se dan con una expectativa de acción favorable por parte del funcionario público en materias pendientes o futuras.

Viajes

Proveer de viajes a un funcionario público es un tipo de regalo que se regula de manera distinta. Si el viaje tiene una finalidad de campaña, esa actividad queda sujeta al FECA y será gobernada por las reglas de contribuciones y expensas (reglas especiales de la FEC aplican al uso de aeronaves corporativas). Cuando los funcionarios públicos aceptan viajes para temas no relacionados con la campaña, entonces las reglas de la Cámara de Representantes y el Senado aplican, o de la agencia o departamento gubernamental relevante. Cada regla aplicable debe ser consultada antes de ofrecer un viaje o regalo.

En general, los senadores y su staff pueden aceptar un viaje por propósitos oficiales si van a atender una reunión, dar una conferencia o conducir "*fact finding*". La Cámara de Representantes tiene reglas similares, pero otras especiales aplicables a viajes esponsorados por entidades que tienen o emplean *lobbyistas*. La Cámara también tiene reglas especiales sobre la habilidad de los *lobbyistas* para planear u organizar estos viajes y acompañar al Representante en el viaje.

Las reglas generales le permiten al individuo aceptar el costo de transporte, comida y alojamiento. Un pariente o miembro del staff puede acompañar al funcionario y la duración del viaje es limitada. El viaje no puede ser "sustancialmente recreacional". Un viaje costado por privados debe ser declarado públicamente por el funcionario del gobierno.

Conflictos de Interés y Restricciones Post-empleo

Los funcionarios públicos están sujetos a las normas de conflicto de interés. Esto es particularmente cierto para los empleados ejecutivos que toman decisiones ejecutivas. En esos casos, el funcionario puede ser recusado con conocimiento de que otro funcionario sin el conflicto aparente tomará la decisión necesaria.

En el Legislativo, el recusamiento es altamente inusual y desalentado. Los legisladores son representantes y cuando se recusan, nadie puede votar en su lugar, a nombre de su distrito electoral. Sin embargo, los legisladores deben recusarse en materias que son particularmente beneficiarias para ellos, en lo personal y financiero.

Sin embargo, luego de dejar el Gobierno, los empleados, incluyendo Senadores y Representantes están sujetos a períodos de “descanso”. Los miembros del Congreso y staff no pueden hacer *lobby* en sus antiguas oficinas por un período de un año. Los funcionarios ejecutivos tienen una restricción similar. Adicionalmente, los empleados ejecutivos tienen prohibido participar en un tema en el cual hubieran estado involucrados personal y sustancialmente durante su tiempo de empleo por el gobierno.

Ejecución

Salvo por las provisiones penales mencionadas arriba, las regulaciones éticas aplican a funcionarios del Gobierno y no a privados. Sin embargo, aquellos que tienen trato con funcionarios, especialmente los *lobbyistas*, deben estar familiarizados con las reglas para no promover incumplimientos y la publicidad adversa que tales violaciones tienden a crear.

Las reglas son aplicadas por las agencias de ética. En el Ejecutivo, la principal organización es la Office of Government Ethics (“OGE”). Además, cada departamento y agencia tiene un “*Agency Ethics Officer*” designado. Las violaciones flagrantes a las reglas de ética están sujetas a persecución penal por parte del *Department of Justice*. En el Congreso, cada Cámara tiene un comité. En la Cámara de Representantes es el *Committee on Standards of Official Conduct* y el Senado tiene el Senate Ethics Committee.

Regulación de Lobby

La regulación de *lobby* se ha expandido a todos los estados y, crecientemente, a municipalidades. Por ejemplo, Los Ángeles y Nueva York tienen sus normas y agencias propias. La ley estatal y ordenanzas locales deben ser consultadas antes de requerir legislación u acción gubernamental por parte de funcionarios estatales y locales.

A nivel federal, la principal consecuencia del *lobbying* es la aplicación del Lobbying Disclosure Act (“LDA”), que ordena el registro de organizaciones que emplean *lobbyistas*, y el reporte de sus actividades y gastos por *lobbying*.

Bajo el LDA, un individuo u organización que desea gastar un cierto monto de dinero en *lobbying* debe registrarse ante el Secretary of the Senate y ante el Clerk of the House. El monto de dólares que requiere dicha registración es (semestralmente) de

USD 24.500 en el caso de *lobbyistas* in-house o USD 6.000 con respecto a lobistas externos.

Este registro es solo requerido si hay un “lobbyista”. Un *lobbyista* es una persona que ha hecho o va a hacer dos o más “contactos de *lobby*” y quien invierte o va a invertir más del 20% de su tiempo en “actividades de *lobby*”. Un contacto de *lobby* es una comunicación oral o escrita con un funcionario ejecutivo o legislativo, a nombre de su cliente o empleador, respecto de legislación, programas gubernamentales, políticas, posiciones, contratos federales o la nominación o confirmación de alguien para oficinas gubernamentales. Hay muchos tipos de contactos que están exentos, incluyendo testimonio ante el Congreso y consultas sobre el estatus de procedimientos y acciones gubernamentales. Los funcionarios gubernamentales incluyen todo miembro y empleado del Congreso y todo empleado de la Casa Blanca así como funcionarios senior y empleados de departamentos ejecutivos y agencias gubernamentales. “Actividades de *lobby*” significa contactos y esfuerzos en apoyo de tales contactos, incluyendo investigación.

En resumen, una organización (por ejemplo, una corporación o sindicato) que tiene empleados o contrata individuos que son “*lobbyistas*” y busca invertir la suma mencionada en actividades de *lobby* debe registrarse bajo la LDA. El registro es requerido dentro de los 45 días del contacto de *lobby* o el empleo de *lobbyistas*, lo que sea primero. Los registrados bajo la LDA deben enviar reportes semestralmente, que informan los temas que han sido “*lobbyados*”, la parte del gobierno federal “*lobbyada*”, y cuanto se gastó en el *lobby*. Debe haber una suma en dólares estimando el monto gastado en *lobby* (o en el caso de firmas de *lobby*, el monto recibido por servicios de *lobby*).

La LDA es una ley reciente y aún no ha sido aplicada contra persona alguna, probablemente porque es relativamente fácil cumplir con ella y regula actividad muy pública. Sin embargo, violaciones de la LDA son punibles con penalidades civiles si fueron hechas a sabiendas, y reportes de *lobbying* falsos están sujetos a penas criminales por falso testimonio ante el Gobierno. La LDA es administrada por el Secretary of the Senate y el Clerk of the House, que no tienen autoridad para investigar o aplicar la ley, pero pueden referir al U.S. Attorney por el Distrito de Columbia.

FUENTES:

- *Federal Acquisition Regulation*
- *Office of Government Ethics*
- *Public Contracting Institute*
- *FindLaw – Federal Government Contract Overview*
- *Federal Election Commission*
- *Compendio de normativa sobre campañas federales*
- *Federal Election Campaign Act (Texto de 1971)*
- *FindLaw – Election Law, Government Ethics & Lobbying*

* * *

F) ESPAÑA

1. PREVENCIÓN Y TRATAMIENTOS DE ACTOS DE CORRUPCIÓN

a. *Plea bargain. Figura del arrepentido*

Por el artículo 31 *quater* del Ordenamiento Penal español se establece que, sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas la realización -tras tomar conocimiento de la comisión del delito, a través de sus representantes legales-, de alguna de las siguientes actividades:

- i. Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades;
- ii. Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes en los hechos;
- iii. Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito;
- iv. Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

Si bien no regulan, como sucede en nuestro país, la celebración de un acuerdo de colaboración eficaz entre el representante del Ministerio Público Fiscal y los representantes de la persona jurídica, en España consideran un atenuante la colaboración de la organización con pruebas decisivas.

En este sentido, se describe como atenuante la conducta consistente en la colaboración mediante la aportación en cualquier momento del proceso de pruebas nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos ilícitos investigados.

Hemos advertido que, con razón, se ha criticado esta última exigencia, dado que convierte la atenuante en una obligación de resultado. En cualquier caso, los resultados negativos que pudiere traer aparejados dicha disposición podrían superarse si se entiende, con que debe bastar que la información aportada por la persona jurídica, ayude de forma decisiva en el establecimiento de los hechos probados o en la determinación de su relevancia jurídica, sin que, desde luego puedan ser consideradas la piedra angular de la condena.

b. *Sistema de Marker*

Como hemos mencionado en el punto anterior, por el artículo 31 *quater* del Código Penal Español se establece que, sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas la realización -tras

tomar conocimiento de la comisión del delito, a través de sus representantes legales-, de alguna de las siguientes actividades:

a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.

Este atenuante se refiere a la confesión de la infracción antes de conocer que el procedimiento se dirige contra la persona jurídica, es decir, que la persona jurídica realice una denuncia contra sí misma.

La utilización de la palabra *confesión* alude a que la información debe referirse a la conducta de la propia persona jurídica, es decir, al reconocimiento por parte de la misma, de un defecto de organización que incentivó o permitió la realización del hecho ilícito denunciado.

Dicho inciso es muy similar al establecido por el artículo 21, inciso 4º, del Código Penal Español, por medio del cual se establece, dentro de las circunstancias que atenúan la responsabilidad penal para la persona física que, es una circunstancia atenuante “*La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades*”.

c. *Whistleblower y los canales de denuncia*

Los canales internos de denuncia y, consecuentemente, los denunciantes, desempeñan una función importante en la prevención, la detección y la notificación de irregularidades e ilícitos penales, en atención a que suelen tener un mejor acceso a información sensible que las personas ajenas o externas a la empresa u organización.

Por ello, disponer de canales formales de comunicación para que tanto los miembros de la persona jurídica como así también los *stake holders* comuniquen de buena fe y, sobre la base de indicios razonables, aquellas circunstancias que puedan suponer la materialización de un riesgo penal para la misma, así como cualquier incumplimiento o debilidad del sistema, resulta indispensable a fin de efectuar una correcta prevención de ilícitos penales o irregularidades.

Tal es así que la *Association of Certified Fraud Examiners* estima en sus reportes más recientes que es mucho más probable que se detecte un acto indebido o irregular mediante el *tip* de un empleado que por los sistemas formales de control. Se calcula que el sesenta por ciento (60%) de los delitos cometidos en una empresa se descubre a través del canal ético.

Si bien la legislación española no cuenta con una regulación específica con relación a esta temática, la Asociación Española de Normalización ha elaborado la UNE 19.601, con la finalidad de brindar a las empresas, entre otras cosas, los elementos indispensables a fin de desarrollar un canal de denuncias adecuado.

En este sentido, por aquella norma se ha establecido que la persona jurídica deberá: *i.* garantizar la confidencialidad o el anonimato de la identidad de las personas que hagan uso de dichos canales de comunicación; *ii.* permitir la realización de comunicaciones de manera anónima o confidencial; *iii.* prohibir cualquier tipo de represalia, tomando las medidas necesarias para proteger a aquellos miembros de la organización o terceros que realicen comunicaciones de

buena fe y, sobre la base de indicios razonables, a través de dichos canales de comunicación; *iv.* facilitar asesoramiento a aquellas personas que planteen dudas o inquietudes relacionadas a través de los canales de comunicación establecidos por la organización; *v.* garantizar que los miembros de la organización conocen los canales de comunicación existentes y los procedimientos que regulan su funcionamiento; *vi.* fomentar el uso de canales de comunicación entre los miembros de la organización.

Asimismo, a fin de lograr una adecuada implementación de estos mecanismos de denuncia, el programa de integridad debería imponer la obligación, a todos sus integrantes, de informar sobre hechos o conductas sospechosas relativas a riesgos penales y, como contra partida de esta obligación, debería prohibir cualquier tipo de represalia, tomando las medidas adecuadas a efectos de proteger a aquellos miembros que realicen comunicaciones de buena fe y sobre la base de indicios razonables a través de los canales de denuncia.

En este sentido, el Parlamento Europeo, en el entendimiento de que resulta estrictamente necesario fomentar una cultura ética que favorezca que los denunciantes no sufran represalias o conflictos internos, a instado a la Comisión Europea a fin de que presente una propuesta legislativa por la que se cree un programa europeo eficaz y global para la protección de los denunciantes que incluya mecanismos para las empresas, los organismos públicos y las organizaciones sin fines de lucro.⁴⁰

Asimismo, el Parlamento destaca que la protección deberá ser dirigida a quienes divulguen información estimando razonablemente que esa información es cierta en el momento en el que la revelan, incluyendo a quienes hagan revelaciones inexactas de buena fe.

d. Delito de corrupción entre privados

España recientemente ha incluido el delito de corrupción entre particulares en su Código Penal (introducido en el Código Penal Español por la reforma de la Ley Orgánica N° 5/2010).

Como bien refiere el Preámbulo del ordenamiento penal, la misma fue consecuencia de las diversas obligaciones internacionales asumidas por dicho país, en el ámbito de la armonización jurídica europea. Por cuando, en el marco de la Unión Europea fueron elaboradas la Acción Común del 22 de diciembre de 1998 adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea⁴¹ y la Decisión Marco del Consejo de Europa del 22 de julio de 2003,⁴² relativas a la lucha contra la corrupción en el sector privado y efectuadas en el entendimiento que debe concederse una especial importancia a la lucha contra la corrupción tanto en el sector público como en el privado, por estimar que en ambos

⁴⁰ Parlamento Europeo, “*Función de los denunciantes en la protección de los intereses financieros de la Unión Europea*”. Resolución del 14 de febrero de 2017.

⁴¹ Acción Común 1998/742/JAI del 22 de diciembre de 1998, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre la corrupción en el sector privado.

⁴² Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo de Europa, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado.

sectores constituye una amenaza para el Estado de Derecho, al tiempo que distorsiona la competencia respecto de la adquisición de bienes o servicios comerciales e impide un desarrollo económico sólido.

El delito se encuentra descrito por el artículo 286 bis del C.P. (sólo sus apartados 1 y 2), por el cual se establece que:

“Artículo 286 bis del CP”:

1. El directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza, para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja.

2. Con las mismas penas será castigado quien, por sí o por persona interpuesta, prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, un beneficio o ventaja no justificados, de cualquier naturaleza, para ellos o para terceros, como contraprestación para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero frente a otros en la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales.⁴³

Este artículo está ubicado en una nueva sección nacida a partir de la LO 1/2015 denominada “Delitos de corrupción en los negocios”. Además del artículo 286 bis, y sus apartados, se incluye en esta sección el 286 ter que versa sobre la corrupción en las transacciones comerciales internacionales y el 286 quater que es una agravante de las anteriores.

En estos últimos ocho años de vigencia del tipo penal de la corrupción entre particulares en el Código Penal español, no se han registrado antecedentes.

Por otro lado, a todo lo que se viene mencionado debe agregársele el fenómeno de los últimos años en relación al combate que se está llevando adelante contra la corrupción (de todo tipo, inclusive la privada) a nivel global, es decir, no se trata de conductas simples que no tienen repercusión alguna, sino que es una preocupación internacional en la actualidad que quiere erradicarse. Esto tampoco debiera ser vinculante por sí solo, pero sí digno de mencionar en cualquier análisis.

e. Contrataciones con el estado

A diferencia de lo que ha sido establecido por el artículo 24 de la Ley Nº 27.401, la normativa española no considera que la implementación de un

⁴³ Este artículo está ubicado en una nueva sección nacida a partir de la LO 1/2015 denominada “Delitos de corrupción en los negocios”. Además del artículo 286 bis, y sus apartados, se incluye en esta sección el 286 ter que versa sobre la corrupción en las transacciones comerciales internacionales y el 286 quater que es una agravante de las anteriores.

programa de integridad sea una condición indispensable para las contrataciones con el Estado.

2. TRANSPARENCIA INSTITUCIONAL

a. *Organismos encargados de la transparencia institucional*

Con fecha 9 de diciembre de 2013, en España se ha dictado la Ley N° 19/13, de transparencia, acceso a la información pública y de buen gobierno.

Las funciones establecidas por dicha ley han recaído sobre el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno. El mismo, es un organismo independiente encargado de promover la transparencia de la actividad pública, velar por el cumplimiento de las obligaciones de publicidad, de salvaguardar el ejercicio del derecho de acceso a la información pública y de garantizar la observancia de las disposiciones de buen gobierno.

El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno es un organismo público independiente, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar pública y privada.⁴⁴

El mismo se rige por la ya mencionada Ley N° 19/2013, así como por las disposiciones que la desarrollan y por su propio Estatuto, aprobado por Real Decreto N° 919/2014 de 31 de octubre.

Supletoriamente se rige por:

- la Ley N° 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público.
- por la Ley N° 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
- por la Ley N° 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria;
- por la Ley N° 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas;
- por el Real Decreto Legislativo N° 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público;
- por el Real Decreto Legislativo N° 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público;
- así como por las demás normas que resulten de aplicación.

b. *DDJJ de los funcionarios públicos*

La Ley de Conflictos de Intereses de miembros de Gobierno y de Altos Cargos de la Administración Pública, Ley N° 5/2006, en su Título II, denominado

⁴⁴ <http://www.consejodetransparencia.es>

“Conflictos de Intereses” regula, en los artículos 11 y 12,⁴⁵ la declaración de actividades y la declaración de bienes y derechos, respectivamente, a que están obligados los altos cargos de la Administración Pública.

Por su parte, la Ley Orgánica N° 5/19857 del 19 de junio, del Régimen Electoral General, en el artículo 160, establece que los Diputados y Senadores están obligados a formular una declaración de todas las actividades que puedan constituir causa de incompatibilidad y de las demás actividades que les proporcionen ingresos económicos, así como de sus bienes patrimoniales, tanto al adquirir como al perder su condición de parlamentarios, así como cuando modifiquen sus circunstancias.

c. Financiamiento a partidos políticos

En el claro entendimiento de que los partidos políticos son asociaciones que cumplen una función pública trascendental en el sistema democrático al ser

⁴⁵ Artículo 11. Declaración de actividades.

1. Los altos cargos están obligados a efectuar una declaración de las actividades que desempeñen por sí o mediante sustitución o apoderamiento y, de conformidad con lo previsto en el artículo 8, de aquellas que vayan a realizar una vez que hubiesen cesado en el desempeño de los cargos, ante el Registro de Actividades de Altos Cargos al que se refiere el artículo 14.2, en los términos que reglamentariamente se establezcan.

Igualmente están obligados a efectuar la declaración a que se refiere el apartado 1 del artículo 7 de esta Ley.

2. La declaración de actividades que desempeñan se efectuará en el improrrogable plazo de los tres meses siguientes a las fechas de toma de posesión y cese, respectivamente, en el alto cargo, así como cada vez que el interesado inicie una nueva actividad.

La declaración a que se refiere el apartado 1 del artículo 7 se efectuará en el plazo de tres meses desde la toma de posesión.

La declaración de actividades que vayan a realizar una vez que hubiesen cesado en el desempeño de los cargos se efectuará con carácter previo al inicio de la actividad.

3. La Oficina de Conflictos de Intereses examinará las declaraciones y, de apreciar defectos formales, requerirá su subsanación al interesado.

Artículo 12. Declaración de bienes y derechos.

1. Quienes tengan la condición de alto cargo están obligados a formular en el Registro de Bienes y Derechos Patrimoniales de altos cargos, en los términos que reglamentariamente se establezcan, una declaración patrimonial, comprensiva de la totalidad de sus bienes, derechos y obligaciones. Voluntariamente, su cónyuge o persona con quien conviva en análoga relación de afectividad podrá formular esta declaración, que será aportada por el alto cargo.

La declaración patrimonial comprenderá, al menos, los siguientes extremos:

a) Los bienes, derechos y obligaciones patrimoniales que posean.

b) Los valores o activos financieros negociables.

c) Las participaciones societarias.

d) El objeto social de las sociedades de cualquier clase en las que tengan intereses el alto cargo, su cónyuge, sea cual sea el régimen económico matrimonial o persona que conviva en análoga relación de afectividad e hijos dependientes y personas tuteladas.

e) Las sociedades participadas por aquellas otras que sean objeto de declaración según el apartado c) con señalamiento de sus respectivos objetos sociales.

2. La declaración a que se refiere el apartado 1 de este artículo se efectuará en el improrrogable plazo de tres meses siguientes a las fechas de toma de posesión y cese, respectivamente, en el alto cargo.

3. Los altos cargos aportarán junto con las declaraciones iniciales y las del cese, así como anualmente, una copia de la última declaración tributaria correspondiente al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y al Impuesto sobre el Patrimonio que haya tenido obligación de presentar el declarante ante la Administración tributaria. También se podrá aportar la declaración voluntaria de su cónyuge o persona con quien conviva en análoga relación de afectividad referida a estos tributos. Dichas declaraciones se depositarán en el Registro como información complementaria, rigiéndose el acceso a las mismas por su normativa específica.

4. La declaración anual correspondiente al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y, en su caso, al Impuesto sobre el Patrimonio, a que hace referencia el apartado anterior, se presentará en el improrrogable plazo de tres meses desde la conclusión de los plazos legalmente establecidos para su presentación.

5. El Registro de Bienes y Derechos Patrimoniales recibirá las declaraciones y las copias y de apreciarse defectos formales, se requerirá su subsanación al interesado.

7 Disponible en: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/lo5-1985.html (Julio, 2011).

instrumentos de representación política y de formación de la voluntad popular, el Estado español ha sancionado la Ley N° 8/2007, sobre la financiación de los partidos políticos.

Esta ley tiene por finalidad dotar de mayor transparencia y control a la financiación de los mismos, en el entendimiento de que éste es un factor esencial para garantizar la estabilidad del sistema democrático.

En este sentido, se ha establecido que a tal fin, corresponde establecer un sistema mixto que recoja, por una parte, las aportaciones de la ciudadanía y, de otra, los recursos procedentes del Estado Nacional (en proporción a su representatividad).

Los recursos económicos de los partidos políticos estarán constituidos por:

- i. Recursos procedentes de la financiación pública, como lo pueden ser las subvenciones públicas para gastos electorales (regulados por Ley N° 5/1985); las subvenciones estatales anuales para gastos de funcionamiento; las subvenciones anuales que las Comunidades Autónomas establezcan.
Dichas subvenciones se distribuirán en función del número de votos obtenidos por cada partido político en las últimas elecciones.
- ii. Recursos procedentes de la financiación privada, como lo pueden ser las cuotas y aportaciones de sus afiliados, adheridos y simpatizantes; los productos de las actividades propias del partido político; las donaciones de dinero o en especie; los fondos procedentes de préstamos o créditos que concierten; y, las herencias o legados que reciba.

Los partidos políticos no podrán aceptar o recibir donaciones de organismos, entidades o empresas públicas; de personas físicas o jurídicas que contraten con el estado; no podrán recibir donaciones anónimas, ni procedentes de una misma persona, sea física o jurídica, superiores a cien mil euros anuales, con excepción de donaciones de bienes inmuebles.

d. Incompatibilidades para ejercer cargos públicos

El personal incluido en el ámbito de aplicación de la Ley N° 53/1984, de 26 de diciembre (texto modificado 31/10/2015), de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, no podrá compatibilizar sus actividades con el desempeño, por sí o mediante sustitución, de un segundo trabajo, cargo o actividad en el sector público, salvo los supuestos previstos por esta norma.

La normativa sobre incompatibilidades es de aplicación a:

1. El personal civil y militar al servicio de la Administración del Estado y de sus Organismos Públicos (Letra modificada por Ley N° 7/2007, de 12 de abril. BOE 13.04.2007)

2. El personal al servicio de las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de los Organismos de ellas dependientes, así como de sus Asambleas Legislativas y órganos institucionales.
3. El personal al servicio de las Corporaciones Locales y de los Organismos de ellas dependientes.
4. El personal al servicio de Entes y Organismos públicos exceptuados de la aplicación de la Ley de Entidades Estatales Autónomas.
5. El personal que desempeñe funciones públicas y perciba sus retribuciones mediante arancel.
6. El personal al servicio de la Seguridad Social, de sus Entidades Gestoras y de cualquier otra Entidad u Organismo de la misma.
7. El personal al servicio de entidades, corporaciones de derecho público, fundaciones y consorcios cuyos presupuestos se doten ordinariamente en más de un 50 por 100 con subvenciones u otros ingresos procedentes de las Administraciones Públicas (Letra modificada por Ley Nº 7/2007, de 12 de abril. BOE 13.04.2007).
8. El personal que preste servicios en Empresas en que la participación del capital, directa o indirectamente, de las Administraciones Públicas sea superior al 50 por 100.
9. El personal al servicio del Banco de España y de las instituciones financieras públicas.
10. El restante personal al que resulte de aplicación el régimen estatutario de los funcionarios públicos.

En caso de que algún funcionario o empleado público quisiera solicitar autorización para ejercer una segunda actividad, deberá dirigirse a:

- i. Si se trata de solicitudes para compatibilizar una segunda actividad pública, la autorización debe solicitarse, según los casos a:
 - Al ministro de Hacienda y Función Pública (Oficina de Conflictos de Intereses), cuando la actividad pública principal está adscrita a la Administración del Estado.
 - Al órgano competente de la Comunidad Autónoma, cuando la actividad principal esté adscrita a una Administración Autonómica.
 - Al Pleno de la Corporación Local, cuando la actividad principal esté adscrita a una Corporación Local.
- ii. Si se trata de compatibilizar el ejercicio de actividades privadas, deberá solicitarse el reconocimiento de compatibilidad al órgano competente de la Administración a la que esté adscrita la actividad pública, según lo señalado en el párrafo precedente.

¿Cuál es el régimen disciplinario?

El incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades se considera falta muy grave, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 95.2.n) de la Ley N° 7/2007, de 12 de abril. Si se trata simplemente de incumplimiento de los plazos u otras disposiciones de procedimiento en materia de incompatibilidades la falta se considerará grave, siempre que no suponga mantenimiento de una situación de incompatibilidad, según lo establecido en el artículo 7.1 k) del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, aprobado por Real Decreto N° 33/1986, de 10 de enero.

Legislación en materia de Incompatibilidades

- Real Decreto N° 598/1985, de 30 de abril, sobre incompatibilidades del personal al servicio de la Administración del Estado, de la Seguridad Social y de los Entes, Organismos y Empresas dependientes.
- Ley N° 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas.
- Disposición adicional primera del Real Decreto N° 1777/1994, de 5 de agosto, de adecuación de las normas reguladoras de los procedimientos de gestión de personal a la Ley N° 30/1992, de 26 de noviembre.
- Resolución de 20 de diciembre de 2011, de la Secretaría de Estado para la Función Pública, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 16 de diciembre de 2011, por el que se aprueba el procedimiento para la reducción, a petición propia, del complemento específico de los funcionarios de la Administración General del Estado pertenecientes a los Sugrupos C1, C2 y E y se autoriza la superación, para el personal al servicio de la Administración General del Estado, del límite previsto en el artículo 7.1 de la Ley N° 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas
- Ley N° 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (artículo 18 y disposición final primera).
- Real Decreto-Ley N° 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad (disposición adicional quinta).

* * *

G) OCDE

INTRODUCCIÓN

El siguiente resumen expone las siguientes cuestiones relacionadas con Transparencia Institucional en el marco de la OCDE y según los siguientes vértices: 1) Organismos encargados de la transparencia institucional 2) DDJJ de los funcionarios públicos. Sujetos alcanzados, mecanismos, publicidad y organismo encargado 3) Financiamiento a partidos políticos. Financiamiento de las campañas políticas 4) Incompatibilidad para ejercer cargos públicos.

La OCDE tiene como objetivo *apoyar las políticas públicas destinadas a promover el crecimiento económico, el empleo y el bienestar de los países miembros manteniendo la estabilidad financiera y el desarrollo de la economía mundial. Asimismo, tiene como objetivo contribuir a una sana expansión económica en los países miembros y en los no miembros en vías de desarrollo como así también contribuir a la expansión del comercio internacional sobre una base multilateral y no discriminatoria conforme las obligaciones internacionales.*

En el marco de este resumen es importante remarcar el objetivo descripto puesto que, si bien se entiende que en forma genérica cualquier política para el fortalecimiento de las instituciones es imperioso para el desarrollo económico, las acciones que lleva a diario en sus diferentes programas están mas enfocadas en cuestiones comerciales y/o de intercambio internacional y/o transacciones comerciales. Por esta razón muchos de los vértices arriba mencionados no se van a encontrar nítidamente enfocados, diferenciados o desagregados en las diferentes Convenciones y/o Recomendaciones y/o Declaraciones que promueve la OCDE.

Tal como se mencionó, para el cumplimiento de sus objetivos, la OCDE cuenta con una serie de instrumentos entre los que se encuentran destacados:

- Convención para Combatir el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales (https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_Spanish.pdf) como así también el Programa Anticorrupción de la OCDE para América Latina y la Recomendación del Consejo de la OCDE sobre Integridad Pública (<https://www.oecd.org/gov/ethics/recomendacion-sobre-integridad-es.pdf>).

En forma complementaria existen varias recomendaciones y declaraciones que la Argentina ha suscripto y que apuntan al cumplimiento del objetivo de la OCDE. Por su importancia se destacan:

- Declaración sobre el Intercambio Automático de Información en Materia Fiscal (<http://www.oecd.org/mcm/MCM-2014-Declaration-Tax.pdf>);
- Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales (<http://www.oecd.org/investment/mne/16975360.pdf>);
- Recomendación del Consejo para Fortalecer la Lucha Contra el Cohecho De Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales (<https://www.oecd.org/gov/ethics/recomendacion-sobre-integridad-es.pdf>);

- Recomendación del Consejo sobre los principios de Gobierno Corporativo (<http://www.comex.go.cr/media/1899/principios-de-gobierno-corporativo-de-la-ocde-y-del-g20.pdf>);
- Recomendación del Consejo de Actores de Cooperación para el Desarrollo sobre la Gestión de Riesgo de Corrupción (<https://www.oecd.org/gov/ethics/recomendacion-sobre-integridad-es.pdf>), entre
- muchas más.

El siguiente resumen tiene como objetivo hacer hincapié en algunas de las mencionadas Convenciones y/o Declaraciones y/o Recomendaciones por su importancia actual y/o estratégica sin que esto implique que en otra instancia puedan ser también analizadas las demás con mayor profundidad.

OCDE: RECOMENDACIÓN DEL CONSEJO DE LA OCDE SOBRE INTEGRIDAD PÚBLICA

Esta recomendación es de gran importancia puesto que toma en cuenta todo el bagaje anterior de Convenciones y/o Recomendaciones y/o Declaraciones con el objetivo de realizar una serie de recomendaciones a los diferentes países miembros sobre la base de los siguientes ejes estratégicos:

- Otorgar a los responsables políticos una visión estratégica de la Integridad Pública.
- Mira a la Contratación Pública como una fuente de prosperidad económica y social siempre y cuando la integridad y los riesgos de corrupción estén controlados y/o mitigados.
- Recomienda la adopción de:
 - ✓ Un SISTEMA de Integridad coherente y completo con alto nivel de compromiso, responsabilidades, estrategias y normas claras.
 - ✓ Una CULTURA de Integridad Pública defendida por la sociedad, liderazgo, meritocracia, formación y apertura.
 - ✓ RENDICIÓN DE CUENTAS que incluya gestión de riesgos, sanciones, supervisión y participación de la sociedad en su conjunto.

OCDE - ARGENTINA: CONTEXTO

Actualmente la Argentina se encuentra aunando esfuerzos con el objetivo de ser aceptado por la OCDE como miembro pleno. Sin lugar a duda, esto requiere la implementación de una gran cantidad de exigencias de la OCDE que se traducen en el cumplimiento completo de sus diferentes Convenciones y/o Recomendaciones y/o Declaraciones.

En este sentido, resulta importante acompañar al presente el *Informe de Evaluación Fase 3 BIS sobre la implementación de la Convención Anti-Cohecho de la OCDE en Argentina* (Año 2017).

(http://consejo.org.ar/noticias17/files/ocde_resumenejecutivo.pdf)

Básicamente en el informe se menciona lo siguiente:

- Reconoce los esfuerzos del gobierno argentino que asumió en 2015 para el cumplimiento de la Convención (Priorización de la

problemática, mayores monitoreos, nuevas investigaciones, entre otros)

- Sin embargo, manifiesta que la Argentina continúa incumpliendo muchos artículos clave de la Convención.
- El informe indica que aún con la aprobación de la Ley de Responsabilidad Penal Empresaria (ya sancionada) seguirían existiendo graves deficiencias para evitar el delito de cohecho (Multas insuficientes/falta de régimen de “delación premiada”, entre otras).
- Altos niveles de politización, falta de neutralidad e independencia del poder Judicial como así también insuficiencia en la capacitación.
- Altos niveles de demoras en los diferentes procesos judiciales relacionados con el delito en cuestión.
- Falta de medidas para la cooperación internacional.

Asimismo, a continuación, se realiza un breve detalle de las Recomendaciones particulares para la implementación de la Convención Anti-Cohecho de la OCDE en Argentina:

http://consejo.org.ar/noticias17/files/ocde_recomendaciones.pdf

- Redefinición del Delito de Cohecho
- Jurisdicción
- Responsabilidad Penal de la Personas Jurídicas
- Sanciones y Confiscaciones
- Investigaciones y procesamientos
- Independencia Judicial y procesal
- Asistencia Jurídica mutua
- Normas relacionadas a Lavado de Dinero
- Registros contables y auditorias, políticas corporativas, controles internos y ética
- Medidas relacionadas con Impuestos
- Protección de los denunciantes

PRÓXIMOS PASOS

Sobre la base de la información brindada y tomando especialmente la Recomendación del Consejo sobre la Integridad Pública, la Convención para Combatir el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales, el Informe de Evaluación Fase 3 BIS sobre la implementación de la Convención Anti-Cohecho de la OCDE en Argentina y Recomendaciones particulares para la implementación de la Convención Anti-Cohecho de la OCDE, es útil conocer en detalle el nivel de avance en la Argentina en la implementación de las diferentes recomendaciones de la OCDE, como así también detectar el nivel de progreso en los diferentes estamentos estatales en donde podrían impactar tanto en el sector público (Poder Ejecutivo, Judicial y Legislativo) y Sector Privado.

1. PREVENCIÓN Y TRATAMIENTOS DE ACTOS DE CORRUPCIÓN⁴⁶

a. *Plea Bargain. Figura del arrepentido.*

Mediante el Decreto N° 1144 del 2 de noviembre de 2016, se promulgó la Ley N° 27.304⁴⁷, denominada comúnmente como Ley del Arrepentido, mediante la cual se extiende la figura del arrepentido en el Código Penal para casos de corrupción, delitos contra el Código Aduanero y asociación ilícita, lo cual antes existía solo para delitos de privación ilegítima de la libertad, trata de personas, secuestros extorsivos, lavado de dinero, terrorismo y narcotráfico.

En marzo de 2017, en su informe “PHASE 3bis REPORT ON IMPLEMENTING THE OECD ANTI-BRIBERY CONVENTION IN ARGENTINA”⁴⁸ la OCDE destacó la promulgación de dicha ley, mediante la cual se establece la posibilidad de una sentencia reducida a los acusados que cooperen en la investigación de otros delitos, incluido el soborno en el extranjero. Para beneficiarse de estas disposiciones, el acusado debe proporcionar información precisa y verificable sobre delitos en los cuales él/ella participó. La información debe incriminar a otra persona de igual o mayor responsabilidad por el delito. Asimismo, la ley enumera los factores a considerar al momento de decidir el monto de la sentencia reducida. La reducción de pena no procederá respecto de las penas de inhabilitación o multa.

El potencial delator debe negociar con el fiscal en un acuerdo por escrito antes del inicio de los procedimientos, el cierre de la investigación preliminar u otro acto procesal similar. Un juez luego aprueba o rechaza el acuerdo luego de una audiencia.

Asimismo, es importante destacar en línea con la figura del arrepentido, que con el dictado de las siguientes leyes, se han incluido figuras similares que vienen a reforzar los compromisos asumidos por Argentina para adoptar las recomendaciones OCDE:

Ley de responsabilidad penal empresaria:

- Acuerdo de Colaboración Eficaz⁴⁹

ARTÍCULO 16.- Acuerdo de Colaboración Eficaz. La persona jurídica y el Ministerio Público Fiscal podrán celebrar un acuerdo de colaboración eficaz, por medio del cual aquella se obligue a cooperar a través de la revelación de información o datos precisos, útiles y comprobables para el esclarecimiento de los hechos, la identificación de sus autores o partícipes o el recupero del producto o las ganancias del delito, así como al cumplimiento de las condiciones que se establezcan en virtud de lo previsto en el artículo 18 de la presente ley.

Ley de defensa de la competencia:

⁴⁶ Otro proyecto importante que se encuentra en etapa de tratamiento legislativo y contribuirá a luchar contra la corrupción es el proyecto de Ley de Extinción del Dominio provenientes de ilícitos, que actualmente se encuentra a estudio del Senado.

⁴⁷ Ley N° 27.304 <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/265000-269999/267115/norma.htm>

⁴⁸ Informe Phase 3bis Report on Argentina by the OECD Working Group on Bribery

<http://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/Argentina-Phase-3bis-Report-ENG.pdf>

⁴⁹ Ley N° 27.401 <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/295000-299999/296846/norma.htm>

- Incorporación del régimen de clemencia⁵⁰

Art. 60.- Cualquier persona humana o jurídica que haya incurrido o esté incurriendo en una conducta de las enumeradas en el artículo 2° de la presente ley (carteles abiertos), podrá revelarla y reconocerla ante el Tribunal de Defensa de la Competencia acogiéndose al beneficio de exención o reducción de las multas del inciso b) del artículo 55 de la presente ley, según pudiere corresponder. A los fines de poder acogerse al beneficio, el mismo deberá solicitarse ante el Tribunal de Defensa de la Competencia con anterioridad a la recepción de la notificación prevista en el artículo 41 de la presente ley.

Dicho régimen a su vez es reglamentado por el Decreto N° 480/2018. Dada su reciente promulgación y reglamentación deberá observarse su evolución.

b. Sistema de Markers.

En la reciente promulgación de la Ley de Defensa de la competencia se ha incorporado un régimen de clemencia, y el decreto reglamentario ha creado un registro de marcadores. Dada su reciente promulgación y reglamentación deberá observarse su evolución.

Ley de defensa de la competencia:

- Incorporación régimen de clemencia⁵¹

Art. 60.- Cualquier persona humana o jurídica que haya incurrido o esté incurriendo en una conducta de las enumeradas en el artículo 2° de la presente ley (carteles abiertos), podrá revelarla y reconocerla ante el Tribunal de Defensa de la Competencia acogiéndose al beneficio de exención o reducción de las multas del inciso b) del artículo 55 de la presente ley, según pudiere corresponder. A los fines de poder acogerse al beneficio, el mismo deberá solicitarse ante el Tribunal de Defensa de la Competencia con anterioridad a la recepción de la notificación prevista en el artículo 41 de la presente ley.

Decreto reglamentario:

ARTÍCULO 60.⁵²- Podrán solicitar el beneficio establecido en el CAPITULO VIII de la Ley N° 27.442 las personas indicadas en el artículo 60 de dicha norma que hayan incurrido o estén incurriendo en una de las conductas enumeradas en el artículo 2° de la citada Ley, o hayan intervenido y/o participado en dicha infracción, sea que la conducta se haya llevado a cabo en la REPÚBLICA ARGENTINA o en el extranjero, cuando ésta afecte total o parcialmente el territorio nacional.

Procederá el rechazo "in limine" de toda solicitud de clemencia que sea realizada con posterioridad a haber recibido el interesado la notificación prevista en el artículo 41 de la Ley N° 27.442.

⁵⁰ Ley N° 27.442 <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/310000-314999/310241/norma.htm>

⁵¹ Ley N° 27.442 <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/310000-314999/310241/norma.htm>

⁵² Decreto Reglamentario N° 480/2018 de la Ley N° 27.442

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/310000-314999/310663/norma.htm>

I. Registro de Marcadores. Creación.

Créase el REGISTRO NACIONAL DE MARCADORES en la órbita del TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA el cual tendrá carácter confidencial conforme lo previsto en el artículo 8° de la Ley N° 27.275 y su modificación, de Acceso a la Información Pública, a fin de registrar todas las solicitudes de marcadores que se realicen de acuerdo a lo dispuesto en el presente decreto y a los procedimientos que dicte el TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, indicándose el orden de prelación de cada solicitud de acuerdo a su fecha y orden de presentación.

La implementación, operación y gestión del REGISTRO NACIONAL DE MARCADORES será competencia del TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA en su carácter de Autoridad de Aplicación de la Ley N° 27.442.

c. Whistleblower y regulación sobre el sistema de denuncias.

Argentina no posee una ley que regule el sistema de actuación de los comúnmente denominados “whistleblower” o denunciantes, ni regulación sobre el sistema de denuncias de irregularidades y protección de denunciantes, sean del sector público o privado.

En el informe de la Fase 3 la OCDE observó que la Argentina no había adoptado medidas para aplicar la Recomendación del Grupo de trabajo desde la Fase 2 para proporcionar protección al denunciante ya sea en el sector público o privado. Medidas como la protección de testigos y las leyes de despido injusto no fueron suficientes para proteger a los denunciantes. Nada ha cambiado desde la Fase 3.

Argentina no ha promulgado una ley específica sobre denuncia de irregularidades, ni hay planes para hacerlo. En la visita *in situ* de la OCDE, los participantes del sector privado coincidieron en gran medida con la necesidad de establecer una ley de protección al denunciante, sea del sector público o privado. Durante esta evaluación, las autoridades argentinas reconocen la necesidad de reformar este asunto importante.

Los examinadores de la OCDE muestran serias preocupaciones ya que la ausencia de protección de denunciantes priva a las autoridades de una poderosa herramienta para detectar casos de corrupción. El grupo de trabajo recomendó que Argentina rectifique esta deficiencia desde la Fase 2 en 2008.

Los examinadores principales por lo tanto han reiterado la Recomendación 13 (b) de la Fase 3⁵³ y recomienda a Argentina como una cuestión de prioridad, de que haya medidas apropiadas para proteger de la discriminación o acción disciplinaria a empleados del sector público y privado que informan de buena fe y sobre motivos razonables a las autoridades competentes acerca de las sospechas de actos de soborno de funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales.

d. Corrupción entre privados

⁵³ <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Argentina-Phase-3-Report-ENG.pdf>

Como principio, y a diferencia de otros países que poseen normativa específica, Argentina no posee un texto normativo que regule la corrupción entre particulares, sino solo cuando están involucrados funcionarios y empleados del gobierno.

Una excepción a ello puede encontrarse en el artículo 312 del Código Penal que con la Reforma del 2011 incorporó el delito de soborno para empleados o funcionarios de instituciones financieras: *“Serán reprimidos con prisión de uno (1) a seis (6) años e inhabilitación de hasta seis (6) años, los empleados y funcionarios de instituciones financieras y de aquellas que operen en el mercado de valores que directa o indirectamente, y con independencia de los cargos e intereses fijados por la institución, reciban indebidamente dinero o algún otro beneficio económico, como condición para celebrar operaciones crediticias, financieras o bursátiles.”*

Asimismo, en el proyecto de reforma del Código Penal, se está considerando incluir el delito de soborno entre particulares.

La OCDE adoptó en 2010 la Guía de Buenas Prácticas sobre Controles, Ética y Cumplimiento⁵⁴ y en 2011 revisó la Líneas Directrices para las Empresas Multinacionales.⁵⁵

La Guía de 2010 estimulaba a las compañías a establecer y hacer efectivos controles internos y programas de ética y de cumplimiento de normas para prevenir y detectar el soborno en transacciones comerciales internacionales, de acuerdo a las circunstancias individuales de cada empresa (tamaño, tipo de estructura legal y geográfica, sector industrial de operación, principios legales y jurisdiccionales bajo los cuales opera). Recomienda a las organizaciones de negocios y asociaciones de profesionales brindar el apoyo necesario.

Por su parte las Directrices son recomendaciones dirigidas por los gobiernos a las empresas multinacionales y enuncian principios y normas voluntarias para una conducta empresarial responsable compatible con las legislaciones aplicables.

En informes previos, la OCDE ha señalado que tanto las grandes compañías, como las pequeñas y medianas empresas (PyMES), demuestran en general un bajo nivel de sensibilidad y preocupación frente al delito de soborno transnacional y sobre la Convención OCDE. Ellas representan una parte considerable de las economías y una amplia proporción de la actividad exportadora de los países donde se encuentran radicadas. Dada la proyección que dichas empresas tienen en la economía global, son consideradas vulnerables en términos de su exposición potencial a aparecer involucradas en la comisión de delitos de soborno transnacional, sea mediante la oferta, promesa o entrega de soborno o bien haciéndolo efectivo en respuesta al requerimiento o solicitud de que han sido objeto.⁵⁶

A la fecha, Argentina ha realizado avances que se fueron perfeccionando a lo largo de los últimos años tales como la aprobación de la ley del arrepentido, la ley de

⁵⁴ Texto en español http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_Spanish.pdf

⁵⁵ <http://www.oecd.org/investment/mne/oecdguidelinesformultinationalenterprises.htm>;

<http://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf>

⁵⁶ www.inversionycomercio.org.ar/docs/OCDE_folleto_Soborno.doc

responsabilidad penal empresaria, la nueva ley de defensa de la competencia, la adopción de medidas para ampliar la aplicación de las Normas Internacionales de Información Financiera y las acciones destinadas a involucrar al sector privado y la promoción de programas de cumplimiento por parte de las empresas, figuras que todas ellas contribuyen a disminuir la corrupción.

En respuesta a la información presentada por Argentina en 2017, el Grupo de Trabajo de la OCDE aconsejó continuar con el camino de la publicación de toda información relacionada con la corrupción tanto dentro y fuera del país, logrando así un mayor desistimiento a todos aquellos potenciales infractores. Estiman que la recopilación de información que se está llevando a cabo debería continuar con su incrementación buscando de este modo reducir la falta de conocimiento de los casos relacionados con la corrupción entre privados.⁵⁷

A su vez, una recomendación formulada por el Grupo de Trabajo de la OCDE destacó que la Argentina debe continuar su camino hacia la transparencia mediante el acatamiento de las siguientes premisas:

- Reducir significativamente el retraso en investigaciones y procesamientos de delitos económicos complejos.
- Investigar proactivamente y enjuiciar todos los casos de cohecho internacional, según corresponda.
- Reducir el elevado número de vacantes judiciales y el uso de jueces subrogantes.
- Garantizar que todos los jueces de instrucción y los fiscales dispongan de los recursos necesarios.

e. Contrataciones con el Estado.

Seguidamente trataremos dos aspectos sobre los cuales la Argentina debería mejorar para adecuarse a tratados y recomendaciones que involucran a la contratación pública en función de las exigencias de la OCDE, en lo atinente a:

1. Reportes de implementación de la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE en Argentina (marzo 2017) (La “Convención”).
2. Recomendación del Consejo Sobre Contratación Pública de la OCDE (2015), (La “Recomendación”).

i. Sobre la Convención

Se reconocen progresos en cuanto el RÉGIMEN DE CONTRATACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN NACIONAL aprobado por Decreto N° 1030/16, en su art. 68 (“PAUTAS PARA LA INELEGIBILIDAD”) establece que deberá desestimarse la oferta, cuando se configure, entre otros, los supuestos de: “h) Cuando se trate de personas jurídicas condenadas, con sentencia firme recaída en el extranjero, por

⁵⁷ <http://www.oecd.org/daf/ca/Argentina-SOE-Review.pdf>

prácticas de soborno o cohecho transnacional en los términos de la Convención de la ORGANIZACIÓN DE COOPERACIÓN Y DE DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE) para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, serán inelegibles por un lapso igual al doble de la condena”; e “i) Las personas humanas o jurídicas incluidas en las listas de inhabilitados del Banco Mundial y/o del Banco Interamericano de Desarrollo, a raíz de conductas o prácticas de corrupción contempladas en la Convención de la ORGANIZACIÓN DE COOPERACIÓN Y DE DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE) para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales serán inelegibles mientras subsista dicha condición”.

Sin embargo, se requiere que ello:

- a) Se amplíen los motivos de inhabilitación para cubrir todos los delitos comprendidos en el Artículo 1 de la Convención
- b) Se dicte la norma pertinente para esto mismo se aplique a los contratos de obra pública (fuera del Alcance del Régimen aprobado por el Decreto N° 1030/16);
- c) Se garantizar la eficacia del mecanismo de exclusión, incluso mediante el control rutinario de las listas de inhabilitación de los bancos multilaterales de desarrollo;
- d) Junto con la reforma de la responsabilidad de las personas jurídicas por soborno, extender la descalificación a las personas jurídicas que participan en sobornos extranjeros cuando corresponda.

II. Sobre la Recomendación

En el año 2015 la OCDE emitió la mencionada recomendación (la “Recomendación”), abordando el ciclo de contrataciones en su totalidad, en función del conocimiento, la perspectiva y la voluntad política comunes de los países miembros de dicha organización, para transformar la contratación pública en un instrumento estratégico para la buena administración.

La Recomendación está dirigida a los países miembros y no miembros que adhieran a este instrumento.

Seguidamente veremos los principales aspectos de la Recomendación sobre los cuales, a nuestro juicio, Argentina debería adaptar normativas, regular y/o incrementar esfuerzos en la aplicación de las normas.

1. Poner en práctica, en el conjunto del sector público, instrumentos de aseguramiento de la integridad y adaptarlos oportunamente a los riesgos concretos del ciclo de contratación.
2. Desarrollar programas de formación en materia de integridad dirigidos al personal de contratación pública,
3. Establecer requisitos, consistentes en controles internos, medidas de aseguramiento del cumplimiento y programas anticorrupción, dirigidos a los proveedores, incluido el oportuno seguimiento.
4. Establecer requisitos, consistentes en controles internos, medidas de aseguramiento del cumplimiento y programas anticorrupción, dirigidos a los proveedores, incluido el oportuno seguimiento.
5. Disponer de marcos institucionales, legales y reglamentarios que sean razonables y sólidos.

6. Utilizar para las licitaciones una documentación clara e integrada, normalizada en lo posible y adecuada a las necesidades que se pretende cubrir.
7. Recurrir a licitaciones abiertas a la participación, limitando el uso de las posibles excepciones y de las contrataciones con un único proveedor.
8. Entablar periódicamente diálogos transparentes con los proveedores y con las asociaciones empresariales para exponerles los objetivos en materia de contratación pública y garantizar un adecuado conocimiento de los mercados.
9. Brindar oportunidades para la participación directa de las partes interesadas externas.
10. Simplificar el sistema de contratación pública y su marco institucional.
11. Implantar procedimientos técnicos adecuados que satisfagan eficientemente las necesidades de los destinatarios.
12. Hacer uso de las novedades más recientes en materia de tecnología digital que aporten soluciones integradas de contratación electrónica para todo el ciclo de la contratación pública.
13. Procurarse herramientas avanzadas de contratación electrónica que sean modulares, flexibles, expansibles y seguras.
14. Asegurarse de que los profesionales de la contratación pública tienen un alto nivel de integridad, capacitación teórica y aptitud para la puesta en práctica, para lo que les proporcionan herramientas específicas y periódicamente actualizadas.
15. Ofrecer a los profesionales de la contratación pública un sistema de carrera atractivo, competitivo y basado en el mérito.
16. Fomentar la adopción de enfoques colaborativos con entidades como universidades, *think tanks* o centros políticos a fin de mejorar las capacidades y competencia del personal de contratación pública.
17. Evaluar de un modo periódico y sistemático los resultados del procedimiento de contratación pública.
18. Desarrollar indicadores para cuantificar el rendimiento, la eficacia y el ahorro de costos en el sistema de contratación pública.
19. Elaborar herramientas de evaluación de riesgos que permitan identificar y abordar amenazas al óptimo funcionamiento del sistema de contratación pública.
20. Dar a conocer las estrategias de gestión de riesgos.
21. Gestionar las quejas de un modo equitativo, ágil y transparente.
22. Asegurarse de que los controles internos (incluidos los controles financieros, la auditoría interna y los controles de la gestión), así como los controles y auditorías externos, están coordinados e integrados entre sí y disponen de suficientes recursos.
23. Armonizar, en lo posible, los principios por los que se rige la contratación pública en las distintas tipologías de prestaciones de servicios públicos, incluidas las de obras públicas, las alianzas entre el sector público y el privado y las concesiones.

* * *

H) PERÚ

1. PREVENCIÓN Y TRATAMIENTOS DE ACTOS DE CORRUPCIÓN

a. *Plea Bargain. Figura del arrepentido*

- Código Penal: Sólo para actos de terrorismo, se hace referencia a la figura del arrepentimiento de personas sujetas o no a investigación policial o judicial o que estén cumpliendo pena, hecho que genera, según sea el caso, la reducción, exención o remisión de la pena.

b. *Sistema de Marker*

No previsto.

c. *Whistleblower y regulación sobre el sistema de denuncias*

- Decreto Legislativo N° 1327 - Establece medidas de protección para el denunciante de actos de corrupción y sanciona las denuncias realizadas de mala fe.

- Se garantiza la absoluta reserva de la información relativa a la identidad del enunciante cuando éste lo requiera, a la materia de denuncia, y a las actuaciones derivadas de la misma; así como medidas de protección laboral necesarias y adecuadas, entre otros.
- Se establecen requisitos de contenido que debe tener la denuncia y el procedimiento de para realizarla;
- Se establecen obligaciones de las personas protegidas orientadas a garantizar la salvaguarda del procedimiento administrativo iniciado como consecuencia de la denuncia presentada;
- Se establecen sanciones para las denuncias de mala fe; y
- Medidas de carácter de incentivo administrativo:
Las personas naturales o jurídicas que, con ocasión del trámite de un procedimiento administrativo ante una entidad pública, detecten un acto de corrupción y lo denuncien ante la autoridad competente, son beneficiados con la devolución de los costos administrativos que le generó dicho trámite. Se establecen condiciones y limitaciones para que ello ocurra.

d. *Corrupción entre privados*

Ampliación del tipo penal de la ley para que también alcance a los delitos de corrupción entre privados.

- Proyecto de Ley N° 1773/2017-MP del Ministerio Público por el cual pretende incluirse al Código Penal el siguiente artículo:
- Artículo 214-A. Delitos de corrupción privada

“1. El directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa privada o de una sociedad que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja indebida de cualquier naturaleza, para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales, será castigado con pena privativa de libertad no menor de tres años ni mayor de seis años, e inhabilitación por el plazo de tres años a seis años conforme al artículo 36 inciso 4 del Código Penal.

2. Con las mismas penas será castigado quien, directa o indirectamente, prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa privada o de una sociedad, un beneficio o ventaja no justificados, de cualquier naturaleza, para ellos o para terceros, como contraprestación para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero frente a otros en la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales.

3. Lo dispuesto en este artículo será aplicable, en sus respectivos casos, a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como a los deportistas, árbitros o respecto de aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminedar o alterar de manera fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva profesionales”.

- Ley N° 30.424, regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de “cohecho activo transnacional” previsto por el Art.397 A – Del Código Penal, que es:

“El que, bajo cualquier modalidad, ofrezca, otorgue o prometa directa o indirectamente a un funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público donativo, promesa, ventaja o beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, para que dicho servidor o funcionario público realice u omita actos propios de su cargo o empleo, en violación de sus obligaciones o sin faltar a su obligación para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas o comerciales internacionales”.

Sanciona cuando este delito haya sido cometido en su nombre o por cuenta de ellas y en su beneficio, directo o indirecto, por:

- a. Sus administradores de hecho o derecho, representantes legales, contractuales y órganos colegiados, siempre que actúen en el ejercicio de las funciones propias de su cargo.
- b. Las personas naturales que prestan cualquier tipo de servicio a la persona jurídica, con independencia de su naturaleza, del régimen jurídico en que se encuentren o de si media relación contractual y que, estando sometidas a la

autoridad y control de los gestores y órganos mencionados en el literal anterior, actúan por orden o autorización de estos últimos.

- c. Las personas naturales señaladas en el literal precedente cuando, en atención a la situación concreta del caso, no se ejerza sobre ellas el debido control y vigilancia por parte de los administradores de hecho o derecho, representantes legales, contractuales u órganos colegiados de la persona jurídica.

Y sanciona con:

- a. Multa hasta el séxtuplo del beneficio obtenido o que se espera obtener con la comisión del delito, sin perjuicio de lo dispuesto en el literal a del primer párrafo del artículo 7.
- b. Inhabilitación, en cualquiera de las siguientes modalidades: 1. Suspensión de las actividades sociales por un plazo no mayor de dos años; 2. Prohibición de llevar a cabo en el futuro actividades de la misma clase o naturaleza de aquellas en cuya realización se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. La prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. La prohibición temporal no será mayor de cinco años; y 3. Suspensión para contratar con el Estado por un plazo no mayor de cinco años.
- c. Cancelación de licencias, concesiones, derechos y otras autorizaciones administrativas o municipales.
- d. Clausura de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal es no mayor de cinco años.
- e. Disolución.

Eximente de responsabilidad:

Artículo 17. Eximente por implementación de modelo de prevención

17.1. La persona jurídica está exenta de responsabilidad administrativa por la comisión del delito de cohecho activo transnacional, si adopta e implementa en su organización, con anterioridad a la comisión del delito, un modelo de prevención adecuado a su naturaleza, riesgos, necesidades y características, consistente en medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir el delito de cohecho activo transnacional o para reducir significativamente el riesgo de su comisión.

Se explica qué elementos debe tener como mínimo el modelo de prevención.

- Código Penal:

Artículo 388° - Peculado de uso

El funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio, usa o permite que otro use vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la administración pública o que se hallan bajo su guarda, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Esta disposición es aplicable al contratista de una obra pública o a sus empleados cuando los efectos indicados pertenecen al Estado o a cualquier dependencia pública.

No están comprendidos en este artículo los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo.

e. *Contrataciones con el Estado*

- Ley 30.225 es la Ley de Contrataciones del Estado.

- Fija que están impedidos de ser participantes, postores y/o contratistas:
 - a) Hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo, el Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Congresistas de la República, los Ministros y Viceministros de Estado, los Vocales de la Corte Suprema de Justicia de la República, los titulares y los miembros del órgano colegiado de los Organismos Constitucionales Autónomos.
 - b) En el ámbito regional, hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo, los Presidentes, Vicepresidentes y los Consejeros de los Gobiernos Regionales.
 - c) En el ámbito de su jurisdicción, hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo, los Jueces de las Cortes Superiores de Justicia, los Alcaldes y Regidores.
 - d) En la Entidad a la que pertenecen, los titulares de instituciones o de organismos públicos del Poder Ejecutivo, los directores, gerentes y trabajadores de las empresas del Estado, los funcionarios públicos, empleados de confianza y servidores públicos, según la ley especial de la materia.
 - e) En el correspondiente proceso de contratación, las personas naturales o jurídicas que tengan intervención directa en la determinación de las características técnicas y valor referencial o valor estimado según corresponda, elaboración de Bases, selección y evaluación de ofertas de un proceso de selección y en la autorización de pagos de los contratos derivados de dicho proceso, salvo en el caso de los contratos de supervisión.
 - f) En el ámbito y tiempo establecidos para las personas señaladas en los literales precedentes, el cónyuge, conviviente o los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.
 - g) En el ámbito y tiempo establecidos para las personas señaladas en los literales precedentes, las personas jurídicas en las que aquellas tengan o hayan tenido una participación superior al cinco por ciento (5%) del capital o patrimonio social, dentro de los doce (12) meses anteriores a la convocatoria.
 - h) En el ámbito y tiempo establecidos para las personas señaladas en los literales precedentes, las personas jurídicas sin fines de lucro en las que aquellas participen o hayan participado como asociados o miembros de

sus consejos directivos, dentro de los doce (12) meses anteriores a la convocatoria.

- i) En el ámbito y tiempo establecidos para las personas señaladas en los literales precedentes, las personas jurídicas cuyos integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales sean las personas señaladas en los literales precedentes. Idéntica prohibición se extiende a las personas naturales que tengan como apoderados o representantes a las personas señaladas en los literales precedentes.
 - j) Las personas naturales o jurídicas que se encuentren sancionadas administrativamente con inhabilitación temporal o permanente en el ejercicio de sus derechos para participar en procesos de selección y para contratar con Entidades, de acuerdo a lo dispuesto por la presente norma y su reglamento.
 - k) Las personas jurídicas cuyos socios, accionistas, participacionistas, titulares, integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales formen o hayan formado parte, en los últimos doce (12) meses de impuesta la sanción, de personas jurídicas que se encuentren sancionadas administrativamente con inhabilitación temporal o permanente para participar en procesos de selección y para contratar con el Estado; o que habiendo actuado como personas naturales hayan sido sancionadas por la misma infracción; conforme a los criterios señalados en la presente Ley y su reglamento. Para el caso de socios, accionistas, participacionistas o titulares, este impedimento se aplicará siempre y cuando la participación sea superior al cinco por ciento (5%) del capital o patrimonio social y por el tiempo que la sanción se encuentre vigente.
- Directiva 01-2010-PCM/SGP y su modificatoria Resolución Ministerial 252- 2013-PCM se crea el Portal de transparencia.

Cada entidad tiene que implementar un Portal de Transparencia con información estandarizada, actualizada, lenguaje claro, de fácil acceso. El Portal de Transparencia debe estar en el Portal de Internet institucional del organismo. En el Portal de Transparencia debe figurar, entre otras cosas- (i) Plan Estratégico Sectorial Multianual; (ii) Plan Estratégico Institucional; (iii) Plan Operativo Institucional; (iv) Información Presupuestal; (v) Proyectos de inversión pública; (vi) Información de personal; (vii) Información de contrataciones que contengan, entre otras cosas: a) Procesos de Selección; b) Penalidades aplicadas; c) Órdenes de Servicio; d) Gastos de viáticos y pasajes; e) Gastos de telefonía; f) Uso de Vehículos; g) Gastos de publicidad; h) Miembros del Comité de Contrataciones; i) Monto de contrato original, de adicionales, liquidación final de obra, informes de supervisión de contratos, laudos o procesos arbitrales y actas de conciliación en caso de existir; (viii) Actividades oficiales del organismo; (ix) Declaraciones juradas de funcionarios; (x) Las recomendaciones de los informes de auditoría orientadas al mejoramiento de la gestión de las entidades públicas.

El Portal de Transparencia debe contar con información histórica desde el año 2009. [Conf. Directiva N° 01-2010-PCM/SGP].

En el Portal de Transparencia se debe dejar también constancia de las visitas recibidas por los funcionarios, indicando –entre otras cosas- horario de ingreso, datos del visitante con la institución a la que pertenece y representa, motivo de la visita, nombre del empleado y funcionario que recibe y oficina a la que pertenece y hora de salida [Res. Ministerial N° 203-2012-PCM].

- - Constitución de Perú Art. 92.

La Constitución de Perú dispone que la función de congresista es incompatible con la condición de gerente, apoderado, representante, mandatario, abogado, accionista mayoritario o miembro del Directorio de empresas que tienen con el Estado contratos de obras, de suministro o de aprovisionamiento, o que administran rentas públicas o prestan servicios públicos.

También se dispone que el Congresista no puede ejercer cargos similares a los indicados en el párrafo precedente en empresas, que durante el mandato del congresista, obtengan concesiones del Estado, así como en empresas del sistema crediticio financiero supervisadas por la Superintendencia de banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.

2. TRANSPARENCIA INSTITUCIONAL

a. *Organismos encargados de la transparencia institucional*

- Decreto Legislativo N° 276 - Ley de bases de la Carrera Administrativa y de remuneraciones del Sector Público. Tiene por objeto permitir la incorporación de personal idóneo, garantizar su permanencia, asegurar su desarrollo y promover su realización personal en el desempeño del servicio público. Se expresa en una estructura que permite la ubicación de los servidores públicos según calificaciones y méritos. Creación de la "Carrera Administrativa", regulando ingreso, ascenso, derechos y obligaciones, régimen disciplinario y terminación. Asimismo, crea el "Sistema Único de Remuneraciones" que determina el haber básico, las bonificaciones y los beneficios.
- Ley N° 28.716 - Ley de control interno de las entidades del Estado, que tiene por objeto establecer las normas para regular la elaboración, aprobación, implantación funcionamiento, perfeccionamiento y evaluación del control interno en las entidades del Estado, con el propósito de cautelar y fortalecer los sistemas administrativos y operativos con acciones y actividades de control previo, simultáneo y posterior, contra los actos y prácticas indebidas o de corrupción, propendiendo al debido y transparente logro de los fines, objetivos y metas institucionales.

El funcionamiento del control interno es continuo, dinámico y alcanza a la totalidad de la organización y actividades institucionales, desarrollándose en forma previa, simultánea o posterior de acuerdo con lo establecido en el

artículo 7 de la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República. Refiere a la Contraloría General de la República, los Órganos de Control Institucional y las Sociedades de Auditoría, de conformidad con la normativa técnica del Sistema Nacional de Control e indica cómo trabaja cada una de ellas.

- Decreto Supremo N° 119 aprueba el Plan Nacional de Lucha Contra la Corrupción 2012-2016. Ver Resumen Anexo.
- Directiva N° 002-2012-PCM/SGP y Resolución Ministerial N° 195-2012-PCM La Presidencia del Consejo de Ministros, a través de la Secretaría de Gestión Pública, otorgará el “Reconocimiento a las Prácticas de Buen Gobierno en las Entidades del Poder Ejecutivo” a las entidades y funcionarios que hayan desarrollado acciones destinadas a la promoción de la ética.
- Lineamientos para la Selección y Reconocimiento del Empleado Público que Destaque en el Cumplimiento del Código de Ética de la Función Pública” aprobado N° 120-2010-PCM.

Respecto a los funcionarios seleccionados el reconocimiento implica un diploma a ser entregado en una ceremonia pública especial a realizarse todos los 29 de mayo de cada año, una mención especial en el Portal del Estado Peruano y en la página web del organismo en el que trabaje y la publicación del reconocimiento efectuado por el Estado Peruano mediante una resolución.

- Decreto Supremo N° 46-2013-PCM
- Se reconocerá a las entidades del Poder Ejecutivo que obtengan en un período determinado el mayor nivel de cumplimiento de las normas existentes en materia de ética y prevención de la corrupción.

Decreto Supremo N° 012-2017-JUS

Se crea un Registro Nacional de Sanciones contra Servidores Civiles (el “Registro”). El Registro tiene por finalidad dar a conocer las sanciones administrativas disciplinarias y funcionales que se apliquen a los funcionarios. Si bien la información vinculada a investigaciones referidas al ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración es considerada información confidencial, dicha información pierde tal carácter cuando se dicta la resolución que pone fin al procedimiento o cuando transcurren más de 6 meses desde que se inició el procedimiento administrativo sancionador, sin que se haya dictado la resolución que pone fin al mismo. [Conf. Ley N° 27927].

Es un registro electrónico en el que se inscriben las sanciones administrativas disciplinarias impuestas contra funcionarios y ex funcionarios. Estas sanciones incluyen la suspensión, inhabilitación, destitución, situación de disponibilidad, multa, pase a retiro. En este Registro, también se inscriben las sanciones penales que inhabilitan para el ejercicio de la función pública.

El Registro está a cargo de la Autoridad Nacional de Servicio Civil. Todas las entidades públicas, con facultades sancionadoras, están obligadas a actualizar la información del Registro, con un plazo no mayor a dos (2) días hábiles contados desde la ocurrencia. Las sanciones que no se encuentren vigentes continuarán registradas, pero podrán ser visualizadas únicamente por la Autoridad Nacional de Servicio Civil. Sólo mediante orden judicial, se puede solicitar información sobre sanciones que no se encuentren vigentes.

Las sanciones de destitución o despido que se encuentren firmes, acarrearán la inhabilitación para el ejercicio de la función pública y para prestar servicios por 5 años, no pudiendo reingresar a prestar servicios al Estado o a empresa del Estado bajo cualquier forma o modalidad, por dicho plazo.

– Ley N° 28.024:

Además de inscribirse en el Registro Público de Gestión de Intereses, cada 6 meses, los gestores acreditados deben presentar un informe con carácter de declaración jurada que contenga un breve resumen del objeto, medios empleados y funcionarios públicos contactados para el ejercicio de los actos de gestión.

Los funcionarios de la administración pública tienen prohibido aceptar directa o indirectamente cualquier liberalidad de parte de los gestores de intereses o de los terceros en cuya representación actúen. La prohibición incluye obsequios, donaciones, servicios gratuitos, ofertas de cargos o empleos. Las prohibiciones alcanzan al cónyuge del funcionario público, así como a sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo grado de afinidad.

Con independencia de lo dispuesto en los artículos 393, 394, 397 y 401 del Código Penal y demás disposiciones aplicables a la lucha contra la corrupción, los funcionarios de la administración pública que incumplan o contravengan las obligaciones y deberes contenidos en la ley de gestión de intereses, serán pasibles de las acciones y sanciones que recomienden los órganos del Sistema Nacional de Control.

– Decreto Supremo N° 043-2003-PCM:

La Presidencia del Consejo de Ministros, con una anticipación no menor a 3 meses de la fecha establecida para las elecciones generales publicará una reseña de lo realizado durante su administración y expondrá sus proyecciones sobre la situación económica, financiera y social de los próximos 5 años. El informe deberá incluir, además, el análisis de los compromisos de inversión ya asumidos para los próximos años, así como las obligaciones financieras, incluyendo las contingentes y otras incluidas o no en el presupuesto.

b. *DDJJ de los funcionarios públicos. Sujetos alcanzados, mecanismos, publicidad y organismo encargado*

- Ley N° 30.161: Ley que regula la presentación de declaración jurada de ingresos, bienes y rentas de los funcionarios y servidores públicos del Estado.

Sujetos obligados:

Los funcionarios públicos, los empleados de confianza y los servidores públicos que perciban ingresos mensuales provenientes del Estado, independientemente de su régimen laboral o contractual.

Mecanismo, organismo encargado y publicidad

La información que se va a declarar se consigna en el formato único que para tal efecto apruebe la Presidencia del Consejo de Ministros, a propuesta de la Contraloría General de la República, estando esta última facultada para emitir disposiciones para su elaboración y registro por medios magnéticos u otros que considere pertinentes.

La declaración jurada la presentan los obligados a la Contraloría General de la República, a través de la dirección general de administración de la entidad a la que pertenecen o a través de la dependencia que haga sus veces, al inicio, durante el ejercicio y al término de la gestión o el cargo que ejercen, en las oportunidades y plazos que se establezcan en el reglamento.

El acto de presentación de la declaración jurada comprende su envío y archivo a través del Sistema de Declaraciones Juradas de la Contraloría General de la República, de acuerdo a las disposiciones que emita.

El director general de administración, o el director de la dependencia que haga sus veces en la entidad, es el responsable de publicar en el portal institucional de la entidad correspondiente las declaraciones juradas presentadas por los obligados, de acuerdo con la sección pública del formato único que para dicho efecto se apruebe. Asimismo, la Contraloría General de la República publica en su página web la sección pública del formato de declaración jurada presentada por el obligado, según corresponda. Además, las declaraciones juradas presentadas por funcionarios públicos y empleados de confianza, conforme a la clasificación establecida en el artículo 4 de la Ley N° 28175, se publican en el diario oficial El Peruano, de acuerdo con la sección pública que contiene el formato único de declaración jurada.

- Constitución de Perú Arts. 40 y 41 y Resolución Ministerial N° 252-2013-PCM:

En el Portal de Transparencia mencionado debe constar una declaración jurada de Ingresos, Bienes y Rentas de los funcionarios. Esta información debe ser actualizada cuando el funcionario asume el cargo, cuando cumpla un año desde la asunción y al cese del mismo.

En el Portal de Transparencia debe constar en forma desagregada las remuneraciones, bonificaciones, gratificaciones o aguinaldos, beneficios u otros conceptos que puedan percibir los altos funcionarios o personal de la entidad. Pudiendo colocarse las notas explicativas necesarias para una mejor comprensión de la información por parte de la ciudadanía.

- Ley N° 28.024:

Los funcionarios que hubieren sido contactados por un gestor de intereses tienen la obligación de remitir al Registro Público de Gestión de Intereses una síntesis de la información y documentación que les haya sido proporcionada en el marco de gestión de intereses.

c. Financiamiento a partidos políticos. Financiamiento de las campañas políticas.

El legislador peruano ha optado por un sistema mixto en el que se desarrolle dos tipos de fuente de financiamiento, el financiamiento público y el financiamiento privado.

Financiamiento público:

El Reglamento de Financiamiento y Supervisión de Fondos Partidarios define al financiamiento público directo como la transferencia de fondos del tesoro público a los partidos y destinados a la formación, capacitación, investigación y para solventar sus gastos de funcionamiento ordinario (artículo 4 2 de Resolución Jefatura N°. 060-05-J/ONPE).

En el caso de Perú sólo los partidos políticos que obtienen representación en el Congreso de la República reciben financiamiento público directo, por lo que se excluye de este esquema a los movimientos y organizaciones políticas de alcance local o regional, lo cual tiene como objeto incentivar la conformación de partidos políticos de alcance nacional.

El Estado destinará el equivalente al 0,1% de la Unidad Impositiva Tributaria por cada voto emitido para elegir representante al Congreso. Los fondos se otorgan con cargo al Presupuesto General de la República y son recepcionados por los partidos para usarse en actividades de formación, capacitación e investigación durante el quinquenio posterior a la elección, igualmente pueden usar estos fondos para el funcionamiento ordinario.

La transferencia de los fondos a los partidos debe hacerse a una razón de un quinto por año, teniendo como patrón que un 40% en forma igualitaria a todos los partidos con representación en el Congreso y un 60% en forma proporcional a los votos obtenidos por cada partido político en la elección de representantes al Congreso artículo 292 de Ley N° 28094).

Financiamiento privado:

La Ley de Partidos Políticos menciona como recursos que pueden considerarse dentro del financiamiento privado las cuotas o aportes en dinero de los afiliados, productos de las actividades propias del partido y rendimientos de su patrimonio, pero establece un tope de 30 UIT si no se puede identificar a los aportantes al año), ingresos procedentes de otras aportaciones, créditos, legados en dinero o especies que provengan de una misma persona teniendo como tope 60 UIT al año (artículo 30° de la Ley N° 28094).

Todas las aportaciones deben declararse y registrarse en los libros contables, además, los aportes en efectivo superiores al 5% de la UIT deben constar en un comprobante de aportes en efectivo, preimpreso, con numeración correlativa, conteniendo el nombre de la persona y su documento de identidad, razón social y Registro Único de Contribuyente en caso de persona jurídica (artículo 34° de la Resolución Jefatura N° 060-05/J-ONPE).

La propia ley establece un conjunto de fuentes prohibidas como contribuciones de entidades de Derecho Público o empresas de propiedad del Estado o con participación del Estado, donaciones de confesiones religiosas, donaciones de partidos políticos y agencias de gobiernos extranjeros, salvo en los casos para formación, capacitación e investigación (artículo 31 °de Ley N° 28094).

Los propios candidatos no pueden recibir directamente ninguna donación, salvo que tenga el conocimiento del partido, a la vez que se asumirá que los aportes no declarados por los partidos se consideran procedentes de fuente prohibida.

- Ley N° 27.815, Ley N° 28.496 y Decreto Supremo N° 040-2014-PCM:

Los empleados, funcionarios y servidores públicos tienen prohibido realizar actividades de proselitismo político a través de la utilización de sus funciones o por medio de la utilización de infraestructura, bienes o recursos públicos ya sea a favor o en contra de partidos y organizaciones políticas o candidatos.

d. *Incompatibilidades para ejercer cargos públicos.*

- Decreto Legislativo N° 276 - Art. 23 refiere a prohibiciones a los servidores públicos a:
 - a) Realizar actividades distintas a su cargo durante el horario normal de trabajo, salvo labor docente universitaria;
 - b) Percibir retribución de terceros para realizar u omitir actos del servicio;
 - c) Realizar actividad política partidaria durante el cumplimiento de las labores;
 - d) Emitir opinión a través de los medios de comunicación social sobre asuntos del Estado, salvo autorización expresa de la autoridad competente;
 - e) Celebrar por sí o por terceras personas o intervenir, directa o indirectamente, en los contratos con su Entidad en los que tengan intereses el propio servidor, su cónyuge o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; y
 - f) Realizar actos de hostigamiento sexual, conforme a la ley sobre la materia.
- Decreto Legislativo N° 276 y Ley de Bases de la Carrera Administrativa, Anexo I de la Directiva N° 002-20012-PCM/SGP, Ley N° 30057 y Decreto Supremo N° 040-2014- PCM.

El funcionario público no puede percibir simultáneamente remuneración por el cargo y pensión por servicios prestados al Estado. La única excepción es cuando dichos ingresos sean percibidos por el ejercicio de función educativa o participación en 1 de los directorios de entidades o empresas estatales o Tribunales

Administrativos. Queda prohibida la percepción de ingresos por dedicación de tiempo completo en más de una entidad pública a la vez.

- Constitución del Perú:

Artículo 126 - Todo acuerdo del Consejo de Ministros requiere el voto aprobatorio de la mayoría de sus miembros, y consta en acta. Los ministros no pueden ejercer otra función pública, excepto la legislativa. Los ministros no pueden ser gestores de intereses propios o de terceros ni ejercer actividad lucrativa, ni intervenir en la dirección o gestión de empresas ni asociaciones privadas.

Artículo 91 - No pueden ser elegidos miembros del Parlamento, si no han renunciado al cargo 6 meses antes de la elección: (i) Los ministros y viceministros del Estado; (ii) Los miembros del Tribunal Constitucional, del Consejo Nacional de la Magistratura, del Poder Judicial, del Ministerio Público, del Jurado Nacional de Elecciones, ni el Defensor del Pueblo; (iii) El Presidente del Banco Central, el Superintendente de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de pensiones y el Superintendente Nacional de Administración Tributaria; y (iv) Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en actividad.

- Decreto Supremo N° 021-2000-PCM modificado por Decreto Supremo N° 017-2002- PCM:

Los funcionarios, directivos y servidores públicos y/o personal de confianza de las entidades y reparticiones públicas conformantes del Sector Público Nacional así como las empresas del Estado que gozan de facultad de nombramiento y contratación de personal o tengan injerencia directa o indirecta en el proceso de selección de personal tienen prohibido contratar o inducir a otro a hacerlo en su entidad respecto a sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, por razón de matrimonio, unión de hecho o convivencia. Las acciones que contravengan lo dispuesto son nulas de pleno derecho. (Conf. Ley N° 26.771) Esta limitación alcanza a todos los órganos y organismos del Estado incluyendo entidades representativas de los Poderes Ejecutivo, Legislativa y Judicial, Ministerio Público, Oficina Nacional de Procesos Electorales, Consejo de la Magistratura, Defensoría del Pueblo, organismos creados por ley, aunque sean colegiados. La prohibición incluye cargos ad-honorem. Los órganos de auditoría interna de cada entidad tienen que verificar que en los procesos de selección y valuación se cumpla con la ley.

- Decreto Supremo N° 034-2005-PCM
Son nulos de pleno derecho los actos administrativos que disponen el ingreso a la administración pública, así como los contratos, cuando ambos se realicen contraviniendo la ley. (Conf. Ley N° 30057) Además se sanciona con destitución o despido al funcionario involucrado. Hay solidaridad entre el funcionario que tuvo incidencia en el nombramiento y con la persona indebidamente nombrada y contratada respecto a la devolución de lo percibido, como consecuencia de la nulidad que se decreta. Se aplica inhabilitación para prestar servicios en cualquier entidad a los involucrados, hasta 2 años después de declarada la nulidad del acto administrativo.

- Decreto Legislativo N° 1295 del 29/12/16
Se crea y regula el Cuerpo de Gerentes Públicos (CGGPP) que apunta a convocar a profesionales altamente capacitados para altos puestos y gerencias de mando medio, así como a desarrollar en ellos capacidades de dirección y gerencia en reemplazo del personal de confianza que normalmente cubre los puestos más altos de decisión ejecutiva del Estado. Para poder postularse, se requiere de un concurso público y el funcionario debe (i) Contar con título universitario; (ii) No estar inhabilitado para ejercer cargos públicos por decisión administrativa firme o sentencia judicial; (iii) Contar con un mínimo de experiencia profesional de acuerdo a lo que exija el reglamento; (ix) No contar con sentencia condenatoria, consentida y/o ejecutoriada por una serie de delitos penales, inscriptos en el Registro Nacional de Sanciones. Se aclara que podrán postularse personas que se encuentren al servicio de la administración pública.

- Ley N° 30.057:
Los Directivos Públicos son designados por un período de 3 años renovables, hasta en 2 oportunidades. Están sujetos a un período de prueba no menor a 3 meses ni mayor a 6 meses. Los Directivos Públicos deben lograr las metas establecidas para el período de designación y rendir cuenta de ello en una evaluación anual. Si el Directivo Público no logra cumplir con las metas establecidas para la evaluación, la entidad da por concluida la designación, sin derecho a indemnización o compensación.

Es causal de terminación de la relación con la administración (Servicio Civil) la pérdida o renuncia a la nacionalidad peruana, en los casos en que la naturaleza del puesto la exija como requisito.

No pueden ser funcionarios públicos aquellos que: (i) Se encuentren inhabilitados para ejercer la función pública o para contratar con el Estado de acuerdo a resolución administrativa o judicial definitiva; y (ii) Sean condenados por delito doloso.

En la legislación peruana, se prevé la figura del “Servidor de Confianza”, quien forma parte del entorno directo de los funcionarios públicos o directivos públicos y cuya permanencia en el servicio, está determinada y supeditada a la confianza de la persona que lo designó, pudiendo resolverse el contrato sin indemnización.

El Servidor de Confianza ingresa a la administración sin concurso de méritos, sino en base al poder discrecional del funcionario que lo designó y su designación debe ser publicada en la página web de la entidad que lo designe.

Ahora bien, el número de los Servidores de Confianza en ningún caso puede ser mayor al 5% del total de los puestos previstos en la entidad pública, con un mínimo de 2 y un máximo de 50. De verificarse una violación a la cantidad de Servidores de Confianza contratados, se debe dar por terminado el contrato y designación de los servidores excedentes, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a los encargados de los

recursos humanos de la entidad pública por haberse excedido en el límite de contratación.

Con la designación de un servidor civil en un cargo sindical, se produce la suspensión de la relación con la administración, aunque el servidor continúa percibiendo su remuneración de la administración.

- Ley N° 28.024

Los funcionarios públicos se encuentran prohibidos de realizar actos de gestión por intereses distintos a los institucionales o estatales.

No podrán ejercer la actividad de gestión de intereses –entre otros: (i) Los funcionarios de la administración pública durante el ejercicio de sus funciones y hasta 12 meses después de haberlas concluido., en las materias que hubieran tenido competencia funcional directa y sus cónyuges y parientes de cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad; y (ii) Las personas naturales y los representantes de personas jurídicas de derecho privado que participan en forma honoraria en los órganos colegiados de la administración pública.

– Decreto Supremo N° 040-2014-PCM

En caso de existir sentencia de primera instancia por delito de terrorismo, narcotráfico, corrupción o violación de la libertad sexual, la administración puede disponer sin más la suspensión del funcionario. En caso de que la sentencia de primera instancia sea dejada sin efecto, el funcionario puede reincorporarse.

En la reglamentación a la ley que rige el empleo público (“Servicio Civil”) del Perú, se prevé la posibilidad de los servidores de sindicalizarse, pero se aclara –como principio general- que las entidades públicas están obligadas a otorgar permisos o licencias sindicales para actos de concurrencia obligatoria hasta un límite de 30 días calendario por año por dirigente, sin que este límite de 30 días se aplique en caso de existir un convenio colectivo o una costumbre más favorable. Ahora bien, ese permiso o licencia para asistir a actos de asistencia obligatoria sólo alcanza a las autoridades de la organización sindical (Secretario General, Secretario adjunto, Secretario de Defensa y Secretario de Organización).

Si bien la ley que rige el empleo público en Perú, permite el ejercicio de la docencia por parte de los funcionarios, (Servidores Civiles) ese permiso no puede superar el máximo de 6 horas a la semana, aclarando que las horas utilizadas en permisos de docencia son compensadas por el servidor de común acuerdo con la entidad.

Aquellos funcionarios que accedan a información privilegiada o relevante o cuya opinión es determinante en la toma de decisiones respecto a empresas o instituciones privadas, sobre las cuales ejerza “competencia funcional directa” o que en el ejercicio de su función haya beneficiado directa o indirectamente, no podrán mientras presten servicio en el sector público: (i)

Prestar servicios en estas bajo cualquier modalidad; (ii) Aceptar representaciones remuneradas; (iii) Formar parte del Directorio; (iv) Adquirir directa o indirectamente acciones o participaciones de éstas, de sus subsidiarias o de las que pudieran tener vinculación económica; (v) Celebrar contratos civiles y mercantiles; (vi) Intervenir como abogado, apoderados, asesores, patrocinantes, peritos o árbitros en los procesos que tengan pendientes con la misma entidad del Estado en la cual prestan sus servicios mientras ejercen el cargo. Estos impedimentos se extienden hasta un año posterior al cese de la culminación de los servicios prestados por el servidor público.

* * *

I) PORTUGAL

A continuación se describe el marco normativo de Portugal en relación a dos ejes en particular: (i) la prevención y tratamiento de actos de corrupción; y (ii) la transparencia institucional. Sobre cada uno de estos puntos, se enunciarán en términos generales el derecho vigente en el país, teniendo en cuenta la normativa interna y aquellas reglas que emanan de la suscripción y adhesión a tratados internacionales y/o acuerdos regionales.

En relación a ello, Portugal ha suscripto a nivel internacional (ONU) y a nivel regional (Unión Europea), los siguientes instrumentos: Convención de las Naciones Unidas contra la lucha de la Corrupción. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Convenio de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Europeo (OCDE). Convenio Penal sobre la Corrupción. Protocolo adicional al Convenio Penal sobre la Corrupción.

En cuanto a la normativa interna relevante para el objeto de estudio, cabe resaltar: Resolución del Consejo de Ministros N° 53/2016 sobre Código de Conducta para los funcionarios públicos. Resolución N° 62/2014 sobre Recomendación de procedimiento para la promoción de la transparencia en la contratación pública. Ley N° 19/2013 sobre Ley de Financiamiento de los Partidos políticos y de las campañas electorales. Ley N° 19/2012 sobre Régimen jurídico de la Competencia. Ley N° 19/2008 sobre Medidas de Combate contra la Corrupción. Ley N° 20/2008 sobre Régimen de responsabilidad penal en el comercio internacional y en el sector privado por delitos de corrupción. Ley N° 89/2007 sobre Régimen jurídico de Registro Central. Ley N° 83/200 sobre medidas para el combatir el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo. Ley N° 50/2007 sobre Régimen de responsabilidad penal por comportamientos corruptos en la actividad deportiva. Ley N° 93/1999 sobre Protección de testigos y denunciantes. Ley N° 36/94 sobre lucha contra la corrupción y la criminalidad económica y financiera.

1. PREVENCIÓN Y TRATAMIENTO DE ACTOS DE CORRUPCIÓN

a. Plea Bargain. Figura del arrepentido

El instituto de *plea bargain/arrepentido* no está previsto específicamente en el derecho portugués. Sin embargo, existe la posibilidad que el imputado –a través de su abogado- pueda obtener un acuerdo con el fiscal para que se le imponga una sanción menor a la esperable, a cambio que se evite la realización del juicio.

Se la llama “proceso sumarísimo” (*processo sumaríssimo*) y está regulada en el Código Procesal Penal Portugués en los artículos 392-398.⁵⁸ En nuestra legislación es asimilable a lo que se llama juicio abreviado.

No obstante, este instituto está limitado a delitos que tienen una sanción de prisión prevista menor a 5 años, lo cual puede excluir algunos delitos de corrupción como el soborno pasivo que tiene una pena privativa de la libertad de 8 años.

b. *Sistema de Marker/Indulgencia*

El artículo 344, inciso 2 del Código Procesal Penal Portugal, establece que el acusado que haya confesado haber cometido el delito, recibirá a cambio una reducción del 50% de las costas judiciales aplicables. Esto resulta aplicable tanto a personas físicas como jurídicas, en tanto en el ordenamiento jurídico portugués las personas jurídicas son pasibles de responsabilidad penal (Art. 11, Código Penal Portugués).

Asimismo, si un imputado muestra arrepentimiento sincero al juez, reparando cualquier daño y perjuicio causado, el período máximo de prisión puede reducirse, por ejemplo, en un tercio, y el plazo mínimo en un quinto. Sin embargo, la reducción de pena solo se puede obtener en delitos que llevan una sentencia de hasta cinco años. Como resultado, solo se aplica al perjuicio indebido y cohecho activo, ya que el cohecho pasivo conlleva una sentencia de ocho años.

c. *Whistleblower y regulación sobre el sistema de denuncias*

La única norma que ofrece algún tipo de protección es la Ley Nº 19/2008. En su artículo 4, la ley prevé que los empleados que denuncien delitos no podrán ser “perjudicados”.

Asimismo, esa norma establece que los trabajadores tienen derecho al anonimato, al traslado y al beneficio del programa de protección de testigos. No obstante, no explica cómo serán compensados por las represalias que pudieran sufrir, o como se protegerá su identidad. La norma limita las sanciones disciplinarias a los trabajadores, hasta un año después de la denuncia, pero los mecanismos para asegurar que ello no suceda, no son claros.

En lo que respecta a la línea de denuncias, cabe resaltar que el Departamento Central de Investigación y Actuación Penal de Portugal (*Departamento Central de Investigação e Ação Penal/DCIAP*),⁵⁹ tiene a disposición una plataforma online que recibe denuncias anónimas en relación a casos de

⁵⁸ Texto completo de los artículos disponible en portugués en: <<https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/114449626/201807031936/73511025/diploma/indice?q=codigo+penal>>. [Fecha de consulta: 03/07/18].

⁵⁹ Sitio oficial del DCIAP disponible en: <<http://dciap.ministeriopublico.pt/>> [Fecha de consulta: 02/07/18].

corrupción. El sitio online es: <http://es.ministeriopublico.pt/perguntas-frequentes/corruptcion> y en se aclara lo siguiente:

“La comunicación de los hechos puede hacerse de forma anónima.

Sin embargo, es importante que usted sepa que, en lo referente a algunos tipos de delitos (delitos semipúblicos o privados), la denuncia anónima no sustituye a la denuncia formal de los hechos que ha de presentarse ante el Ministerio Público o ante un órgano de policía criminal.

En esos casos, es necesario que el denunciante/querellante se identifique y firme la denuncia o la realice por intermedio de mandatario judicial o mandatario con poder especial al efecto.

De no ser así, el Ministerio Público no podrá incoar las correspondientes diligencias penales.

Si usted tiene conocimiento de hechos relacionados con la corrupción o fraude, aunque nunca los comunicó a las autoridades, o si ha sido llamado a declarar sobre ellos, [pulse aquí para presentar una denuncia](#)”.

d. *Corrupción entre privados*

El artículo 8 y 9 de la Ley N° 20/2008 (reformada por última vez en 2015 por Ley N° 30/2015) establece un régimen de responsabilidad penal en el comercio internacional y en el sector privado por delitos de corrupción, y define los delitos de cohecho activo y pasivo de los trabajadores en el sector privado.

De este modo, la ley prevé la criminalización de la corrupción activa en el sector privado, definida como la concesión o promesa de una ventaja patrimonial o no, a un trabajador del sector privado, al incentivarlo a practicar cualquier acto u omisión que constituya una violación de sus deberes. Asimismo, penaliza la corrupción pasiva, definida como quien da o promete una ventaja patrimonial o no, que no le sea debida, para obtener o conservar un negocio, un contrato u otra ventaja indebida.

e. *Contrataciones con el Estado.*

La Asamblea General de la República aprobó con fecha 5 de junio de 2014 la Resolución N° 62/2014,⁶⁰ en la que se establecen “recomendaciones” para fomentar la transparencia en la contratación pública y evitar la corrupción en el sector público (*Resolução da Assembleia da República N° 62/2014. Conjunto de procedimentos para a promoção da transparência na contratação pública com recurso a parcerias público privadas*). Entre estas recomendaciones, por ejemplo, se establece que el gobierno y las entidades públicas deben tornar público y de fácil acceso a todos los ciudadanos, los negocios, contratos, estudios, proyectos a los efectos de contribuir a la transparencia institucional y como control ulterior para evitar la corrupción en los contratos con el estado.

⁶⁰ Texto completo disponible en portugués en: < <https://dre.pt/application/file/a/25345797> > [Fecha de consulta: 02/07/18].

Por otro lado, el Decreto Ley N° 111-B/2017⁶¹ aprobó el nuevo Código de Contratos Públicos de Portugal, facilitando las condiciones de contratación pública e introduciendo medidas que ayudan a la transparencia de los actos del Estado. Entre las medidas de "transparencia y buena gestión pública" introducidas, se destacan: (i) la obligatoriedad de una consulta preliminar, de modo que, la entidad adjudicadora realice consultas informales al mercado para preparar el procedimiento antes de un procedimiento de contratación, con el fin de fortalecer la transparencia y evitar un perjuicio desleal para la competencia; (ii) la consagración de un nuevo procedimiento de consulta previa, con consulta a tres proveedores, limitando la adjudicación directa; y (iii) la necesidad de una motivación especial de los contratos de valor superior cinco millones de euros, sobre la base de una evaluación costo-beneficio.

Asimismo, se destaca la creación de "gestor del contrato" (Artículo 290 -A), con la función de acompañar en forma permanente en la etapa de ejecución. Esta figura es una herramienta importante de promoción de un desempeño de calidad de todos los que colaboran en el ejercicio de tareas de relevancia pública.

2. TRANSPARENCIA INSTITUCIONAL

a. *Organismos encargados de la transparencia institucional.*

A partir del año 2008, Portugal tiene un Consejo de Prevención de la Corrupción (*Conselho de Prevenção da Corrupção/ "CPC"*), que es una entidad administrativa independiente que funciona bajo el ámbito del Tribunal de Cuentas - organismo autónomo y autárquico que por excelencia controla y audita los ingresos y egresos del Estado-.

El CPC está compuesto por: el Presidente del Tribunal de Cuentas, el Secretario General-Director General del Tribunal de Cuentas, el Inspector General de Finanzas, el Secretario General del Ministerio de Economía, un magistrado del Ministerio Público que lo designa el Consejo Superior del Ministerio Público, un abogado nombrado por el Consejo General de la Orden de Abogados y una personalidad destacada en la materia.

El CPC tiene como fin desarrollar una actividad a nivel nacional en el ámbito de la prevención de la corrupción e infracciones conexas (artículo 1 de la Ley N° 54/2008). El CPC no es un órgano de investigación criminal, asunto que compete a otros órganos e instituciones del Estado, en especial, al Ministerio Público.

La actividad del CPC está exclusivamente dirigida a prevenir la corrupción, debiendo entre otras funciones:

- i) Recoger y organizar información relativa a la prevención de la corrupción activa o pasiva; de criminalidad económica y financiera, de blanqueo de capitales, de tráfico de influencia, de apropiación ilegítima de bienes públicos, de mala administración, de malversación de fondos, de

⁶¹ Texto completo disponible en portugués en: <<https://dre.pt/application/file/a/108085917>> [Fecha de consulta: 03/07/18].

participación económica en negocios, de abuso de poder o violación de deber de secreto, así como de adquisición de inmuebles o valores mobiliarios como consecuencia de la obtención o utilización ilícitas de información privilegiada en el ejercicio de funciones en la Administración Pública o en el sector público empresarial;

- ii) Supervisar la aplicación de los instrumentos jurídicos y las medidas administrativas adoptadas por la Administración Pública y el sector público empresarial para prevenir la corrupción y evaluar su eficacia;
- iii) Opinar, a solicitud de la Asamblea de la República, del Gobierno o de los órganos del gobierno propio de las regiones autónomas, sobre la elaboración o aprobación de instrumentos normativos, internos o internacionales de prevención o represión de los hechos referidos en la letra a).

Por otro lado, el CPC también colabora, a pedido de entidades públicas, en la adopción de medidas internas que fomenten la transparencia y sirvan para prevenir la corrupción. Por ejemplo, mediante la elaboración de normas de conductas que faciliten a los órganos y agentes, la comunicación a las autoridades competentes de tales hechos o situaciones conocidas en el desempeño de sus funciones, y establezcan la obligación de participar en actividades exteriores, inversiones, activos o beneficios sustanciales o que puedan producir conflictos de interés en el ejercicio de sus funciones.

En lo que respecta al ámbito judicial, cabe destacar que los encargados de la investigación y el enjuiciamiento de los delitos son los fiscales del Ministerio Público. No obstante, la investigación penal puede delegarse en la Policía Judicial (*Polícia Judiciária*) que ejercen sus funciones bajo la dirección y supervisión del fiscal del Ministerio Público asignado a la investigación penal en particular.

De conformidad con el Estatuto del Ministerio Público, incumbe al Departamento Central de Investigación y Actuación Penal dirigir la indagación y enjuiciar los delitos de corrupción siempre que la actividad delictiva tenga lugar en comarcas pertenecientes a distintos distritos judiciales. También tendrá intervención el DCIAP cuando el Fiscal General considere que hace falta centralizar la dirección de la investigación a la luz de la gravedad del delito, su complejidad o la presencia de la actividad delictiva en todo el territorio nacional o extraterritorialmente.

A su vez, dentro de la Policía Judicial, funciona una Unidad Nacional contra la Corrupción (*Unidade Nacional de Combate à Corrupção /UNCC*)⁶² que será la responsable de investigar delitos de corrupción y otros delitos económicos y financieros.

b. DDJJ de los funcionarios públicos. Sujetos alcanzados, mecanismos, publicidad y organismo encargado.

⁶² Sitio web oficial: <https://www.policiajudiciaria.pt/uncc/> [Fecha de consulta: 02/07/18].

De las bases consultadas, no surge la obligatoriedad de publicar las DDJJ de los funcionarios públicos.

En relación a ello, cabe hacer mención que el Grupo de Estados contra la Corrupción del Consejo de Europa (GRECO, por sus siglas en inglés) se ha expedido sobre el incumplimiento de Portugal sobre dicho aspecto, en el marco de la Cuarta Ronda de Evaluación de las recomendaciones en materia de transparencia.⁶³

En dicha evaluación se menciona que en septiembre de 2016 Portugal había adoptado un código de conducta para los miembros del gobierno por medio de la Resolución del Consejo de Ministros N° 53/2016 (*Resolução do Conselho de Ministros N° 53/2016*)⁶⁴. Este código cuenta sólo de 12 artículos que hablan de principios generales, deberes y responsabilidades, conflictos de intereses, casos de obsequios y beneficios similares, pero allí no se establece la obligación de presentar declaraciones juradas sobre patrimonio.

c. Financiamiento a partidos políticos. Financiamiento de las campañas políticas

La Ley N° 19/2003⁶⁵ regula el financiamiento de los partidos políticos y de las campañas políticas en Portugal.

Allí se establece que los partidos políticos no pueden recibir donaciones anónimas ni recibir donaciones o préstamos de naturaleza pecuniaria o en especie, de personas jurídicas nacionales o extranjeras, pero podrán contraer préstamos con entidades de crédito y sociedades financieras. Asimismo, les está vedado: a) adquirir bienes o servicios a precios inferiores a los del mercado; b) recibir pago de bienes o servicios prestados por precios manifiestamente superiores a su valor de mercado; c) recibir o aceptar cualquier contribución o donación indirecta que se traduzca en el pago por terceros de gastos que a ellos aprovechen.

Por otro lado, el artículo 16 de la ley prevé que las actividades de las campañas electorales podrán ser financiadas únicamente por: a) subvención estatal; b) contribución de partidos políticos que presenten o apoyen candidaturas a las elecciones para la Asamblea de la República, para el Parlamento Europeo, para las Asambleas Legislativas Regionales y para los entes locales, así como para Presidente de la República; c) donaciones de personas físicas que apoyan las candidaturas a la elección para Presidente de la República y partidarios de los grupos de ciudadanos electores de los órganos de los entes locales; d) producto de actividades de recaudación de fondos para la campaña electoral.

Los dirigentes de los partidos políticos, las personas físicas y los administradores de personas jurídicas que personalmente participen en la

⁶³ Una versión del informe de cumplimiento publicado con GRECO, de fecha 6 de marzo de 2018 se encuentra disponible en inglés en: < <https://rm.coe.int/fourth-evaluation-round-corruption-prevention-in-respect-of-members-of/1680790833>> [Fecha de consulta: 02/07/18]

⁶⁴ Texto disponible en portugués en: <<https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/75381298/details/normal?q=53%2F2016>>. [Fecha de consulta: 02/07/2018]

⁶⁵ Texto completo disponible en portugués <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/115127182/201807020629/exportPdf/normal/1/cacheLevelPage?_LegislacaoConsolidada_WAR_drefrontofficeportlet_rp=diploma>. [Fecha de consulta: 02/07/18].

asignación y obtención de financiamiento prohibido serán sancionados con una pena de prisión de 1 a 3 años.

d. Incompatibilidades para ejercer cargos públicos

Se encuentra vigente un “Régimen Jurídico de Incompatibilidades e Impedimentos de los Titulares de Cargos Políticos y Altos Cargos Públicos” (*Regime jurídico de incompatibilidades e impedimentos dos titulares de cargos políticos e altos cargos públicos*) por Ley N° 64/93 (última modificación en 2011),⁶⁶ que es aplicable a los miembros de los gobiernos regionales, el defensor del pueblo, el gobernador y secretarios de Macau, intendentes y consejeros municipales y miembros del Parlamento Europeo.

De acuerdo a los artículos 10 y 11 de dicha ley, los funcionarios sujetos a este régimen tienen la obligación de presentar una declaración jurada en el término de 60 días desde que tomaron posesión del cargo ante la Corte Constitucional y el Fiscal General, respectivamente, sobre la ausencia de incompatibilidades para ejercer el cargo.

En lo que respecta a los miembros de la Asamblea General, el régimen de incompatibilidades fue establecido por Ley N° 7/93 (última reforma en 2009).⁶⁷ Las incompatibilidades con sus funciones están previstas en el artículo 20, mientras que en el artículo 22 se establece la obligación de cada miembro de la Asamblea General de presentar una declaración jurada sobre la ausencia de esas incompatibilidades para ejercer el cargo.

Asimismo, este régimen de la Ley N° 7/93 regula en el artículo 27 los casos de conflicto de interés. En efecto, cuando se presente un proyecto de ley o se intervengan en alguna actividad parlamentaria en Comité o en el Plenario; allí los miembros de la Asamblea General deben declarar previamente la existencia de cualquier interés privado que exista al respecto.

En adición a lo anterior, el artículo 19 y siguientes de la Ley N° 35/2014,⁶⁸ de fecha 20 de julio de 2014, regula el conflicto de intereses para funcionarios públicos. En general, el funcionario público no puede mantener intereses comerciales en áreas que son similares, o están en conflicto con aquellas que están bajo su responsabilidad mientras se desempeña como funcionario público. Además, los funcionarios públicos pueden ser penalmente responsables de: (i) cualquier participación económica ilegal; (ii) dañar el interés de su despacho; o (iii) recibir una ventaja patrimonial debido a investidura.

⁶⁶ Texto Ordenado disponible en inglés en: <<http://www.parlamento.pt/sites/EN/Parliament/Documents/LegalRegimeGoverningIncompatibilities.pdf>>. [Fecha de consulta: 02/07/18].

⁶⁷ Texto Ordenado disponible en inglés en: <<http://www.parlamento.pt/sites/EN/Parliament/Documents/StatuteofMembers.pdf>> [Fecha de consulta: 02/07/18].

⁶⁸ Texto completo disponible en portugués en: https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/107981190/201807031930/exportPdf/normal/1/cacheLevelPage?_LegislacaoConsolidada_WAR_drefrontofficeportlet_rp=indice. [Fecha de consulta: 03/07/18].

Por último, existe un conjunto de decretos y leyes destinadas a establecer condiciones, requisitos e incompatibilidades para distintos cargos dentro del ámbito de la administración pública que se enumeran a continuación.⁶⁹

1) Decreto-Lei N° 1979 - 411 Designação dos mandatários das listas pelos círculos eleitorais de fora do território nacional; 2) Decreto-Lei N° 1980 - 267 Lei Eleitoral para a Assembleia Legislativa da Região Autónoma dos Açores; 3) Decreto-Lei N° 1995 - 76 Organização do processo eleitoral no estrangeiro; 4) Law N° 1978 - 71 on the National Election Commission; 5) Law N° 1990 - 43 governing the Exercise of the Right of Petition; 6) Law N° 1998 - 24 Statute governing the Right of Opposition; 7) Law N° 2003 - 2 on Political Parties; 8) Lei N° 1976 - 319 Lei Eleitoral do Presidente (Versão oficial - com as alterações introduzidas pelas Leis Orgânicas n°s 4 e 5/2005, de 8 de Setembro) 9) Lei N° 1979 - 14 Lei Eleitoral para a Assembleia da República. Lei N° 1979 - 14 Lei Eleitoral para a Assembleia da República (Versão anotada e comentada - Edição 2005); 10) Lei N° 1980 - 39 Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma dos Açores; 11) Lei N° 1987 - 14 Lei Eleitoral dos deputados ao Parlamento Europeu; 12) Lei N° 1988 - 77 Organização e Funcionamento dos Serviços da AR - LOFAR; 13) Lei N° 1990 - 43 Exercício do Direito de Petição; 14) Lei N° 1993 - 5 Regime Jurídico dos Inquéritos Parlamentares; 15) Lei N° 2001 - 1 Lei Eleitoral para os Órgãos das Autarquias Locais; 16) Lei 2005 - 2 Organização e Funcionamento da Entidade das Contas e Financiamentos Políticos; 17) Lei N° 2005 - 46 Limites à renovação sucessiva de mandatos dos presidentes dos órgãos executivos das autarquias locais; 18) Lei N° 2005 - 47 Regime de gestão limitada dos órgãos das autarquias locais e seus titulares; 19) Lei N° 2006 - 3 Lei da Paridade; 20) Lei N° 2006 - 40 Lei das Precedências do Protocolo do Estado Português.

* * *

⁶⁹ Fuente: <<https://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/eur/lxwepor.htm>>. [Fecha de consulta: 02/07/18].

J) REINO UNIDO

1. PREVENCIÓN Y TRATAMIENTOS DE ACTOS DE CORRUPCIÓN:

a. *Figura del arrepentido. Plea Bargain*

La figura del arrepentido se encuentra contemplada en el Sistema legal del Reino Unido. En este sentido, existen diversos lineamientos⁷⁰ (en inglés denominados “*guidelines by the sentencing council*”) que establecen los requisitos y procedimientos a seguir a efectos de que el acusado pueda acogerse en la figura del arrepentido o “*plea bargain*”, como así también establece las reducciones de pena que pueden llegar a aplicarse conforme las circunstancias especiales de cada caso.

Estos lineamientos ayudan a los jueces y magistrados a decidir y aplicar la condena que resulte más adecuada conforme el tipo de delito y las circunstancias de cada caso. Conforme el *Cononers and Justice Act 2009*, al momento de juzgar un delito cometido en o después del 6 de abril de 2010, los jueces deben seguir los lineamientos relevantes existentes en relación al caso, salvo que esto resulte contrario a los intereses de la justicia. Por otro lado, cuando se juzgue un delito cometido con anterioridad al 6 de abril de 2010, los jueces deberán tener en cuenta si existieran lineamientos relevantes en la materia.

Una reducción en la sentencia aplicable es adecuada porque un acuerdo permite evitar la necesidad de un juicio, acorta procesos entre la aplicación de cargos y la sentencia, reduce costos judiciales y administrativos de fondos públicos, y evita que los sujetos intervinientes tengan que pasar por el proceso de un juicio. La reducción en la pena encuentra su fundamento principalmente en la necesidad de lograr una administración de justicia que sea eficiente.

Existen lineamientos para la mayoría de los delitos contemplados en la regulación aplicable. Sin embargo, para aquellos delitos o circunstancias respecto de los cuales no existieran lineamientos aplicables, los jueces deberán remitirse a las cámaras de apelaciones o tribunales superiores para que éstos analicen de qué forma se ha decidido en casos anteriores de similares características. En caso de querer acogerse al beneficio, el imputado podrá decidir hacerlo en cualquier momento del proceso (hasta antes de la condena) ante la Corte de la Corona (*Crown Court*). Sin embargo, cuando antes se acoja el mismo, mayor será el beneficio que podrá obtener y la reducción de la condena que resultará aplicable.

Entre los lineamientos que resultan más relevantes a los efectos del presente, se encuentran los siguientes:

- *Breach Offences* (aplicable a todos aquellos acusados mayores de 18 años que son condenados en o desde el 01 de octubre de 2018, sin importar la fecha en la que se haya cometido el delito). Dentro de cada tipo de delito, se

⁷⁰<https://www.sentencingcouncil.org.uk/publications/?type=publications&s=&cat=definitive-guideline&topic=&year=>

han establecido categorías conforme el nivel de riesgo que éstos representan. Cada ofensa se subdivide en categorías, y conforme el tipo de categoría en el que se encuadre la figura de acusado, le corresponderá una pena.

- Reduction in sentence for a guilty plea (aplicable a todos aquellos acusados mayores de 18 años y a organizaciones cuando la fecha de la primera audiencia hubiera ocurrido en o desde el 01 de junio de 2017): conforme este lineamiento, cuanto antes el acusado admita su culpa, mayores serán los beneficios y ventajas que éste podrá obtener. En este sentido, los lineamientos distinguen entre las reducciones de pena que podrían aplicar en caso de que el acusado se acoja a la figura del arrepentido en la primera instancia del procedimiento, o en una etapa posterior del procedimiento. Los beneficios aplican sin importar la magnitud de la evidencia o de la prueba presentada por el acusado, por lo que ésta no es considerada al momento de determinar la reducción de la pena que puede resultar aplicable. La máxima reducción de la pena será de un tercio y tendrá lugar cuando el acusado se acoja al beneficio durante la primera etapa del procedimiento. Con posterioridad, el máximo de reducción aplicable será de un cuarto. Esto podrá reducirse hasta un décimo si el acusado decidiera acogerse al beneficio en el primer día del juicio, y continuar disminuyendo hasta incluso llegar a cero, si se acogiera al beneficio durante el juicio.

- Reduction in sentence for a guilty plea (aplicable a todos los casos sentenciados en o desde el 23 de junio de 2007): para estos casos, el nivel de reducción de la pena será equivalente a una proporción del total de la sentencia impuesta, siendo dicha proporción calculada en referencia con las circunstancias del acuerdo que se haya hecho con el acusado, teniendo especial importancia la etapa del procedimiento en la cual se acoge al beneficio. La mayor reducción tendrá lugar cuando el acusado se acoja al beneficio en la “primera oportunidad procesal”. Este beneficio podrá ser de un tercio, un cuarto o un décimo dependiendo del caso.

Asimismo, aclaramos que existen otros lineamientos y directivas emitidos por *Sentencing Counseling* respecto de otros temas, como, por ejemplo, lineamientos respecto de la comisión del delito de asesinato, de delitos cometidos por menores, accidentes de tránsito, etc., pero, por exceder el objeto del presente no los hemos incluido en el presente. Asimismo, hemos optado por aquellos lineamientos que hubiesen sido emitidos hace un período de tiempo relativamente corto, y que por lo tanto, pudieran tener un mayor impacto e influencia al momento de querer aplicar alguno de dichos conceptos en Argentina.

b. Whistleblower y regulación sobre el sistema de denuncias

La *Public Interest Disclosure Act* (en adelante, el “PIDA”), busca proteger a aquellos trabajadores que realicen divulgaciones o denuncias de interés público. Las denuncias abarcadas por el PIDA son consideradas como “denuncias protegidas” y son aquellas que tienden a demostrar: (i) que un delito se ha cometido, se está cometiendo o es probable de que se cometa; (ii) que una persona incumplió, está

incumpliendo o es posible que incumpla una obligación legal a la que está sometido.

Las divulgaciones serán protegidas cuando éstas hubieran sido realizadas a las personas correspondientes. En este sentido, podrán ser dirigidas: (i) al empleador del denunciante (siguiendo los procedimientos que éste hubiera establecido para realizar este tipo de denuncias; (ii) a entidades rectoras u organismos estatales en donde los denunciantes pueden hacer llegar sus denuncias (por ejemplo, la oficina de comunicaciones, la secretaría de cuentas, la oficina de auditor general, etc. dependiendo del organismo que actué o tenga relación con dicho asunto); u (iii) a otros sujetos, tales como por ejemplo los medios de prensa y comunicación, siempre y cuando resulte razonable que el denunciante emplee dicho medio.

La *PIDA* otorga diferentes tipos de protección a aquellos empleados que hicieran una divulgación bajo dichos términos, como por ejemplo: (i) si un empleado es despedido por haber realizado una divulgación conforme la *PIDA*, será tratado como despido injustificado; o (ii) el haber hecho una divulgación bajo la *PIDA* no da derecho al empleado a tratar al empleado en forma discriminatoria o a tomar ninguna medida en su contra, por lo que, llegado el caso, el empleado tiene acciones y facultades de presentar una queja ante su empleador si el trato desigual o las medidas tomadas en su contra surgieron a partir de dicha divulgación.

No constituyen divulgaciones amparadas por la ley las quejas personales (por ejemplo, denunciando bullying, acoso, discriminación), excepto que el caso en cuestión sea de interés general. En este caso, éstas deberán ser reportadas conforme los mecanismos internos que establezca para cada caso el empleador.

c. Corrupción entre privados

La *UK Bribery Act* comprende dos principales acciones: la oferta, promesa o entrega de un soborno (corrupción activa) y el solicitar, aceptar o recibir un soborno (corrupción 5 pasiva). Asimismo, a diferencia de la mayoría de las regulaciones existentes en materia de corrupción en el mundo, no solo contempla y sanciona la corrupción en el sector público, sino también en el sector privado.

En este sentido, la *UK Bribery Act* define al concepto de corrupción en un sentido amplio, y partiendo de un estándar objetivo. En este sentido, se comete el delito de corrupción cuando se hace entrega, ofrece, recibe, o solicita el soborno, con el objetivo de obtener una ventaja o beneficio a partir de una conducta o la abstención de actuar de una determinada forma. Por consiguiente, no cubre únicamente los sobornos entregados o recibidos por funcionarios públicos, sino a cualquier persona.

Adicionalmente, y conforme viene ocurriendo en el resto del mundo, las propias compañías también suelen prohibir y sancionar en sus políticas internas la corrupción entre privados que tenga lugar en el interior de la compañía, como, por ejemplo, el soborno recibido de un proveedor para que éste sea seleccionado, la malversación de caudales y fondos de la compañía, pagos indebidos para mantener u ocupar un determinado puesto, etc.

En este sentido, el empleado que denunciara o hiciera divulgaciones de información sobre un caso de corrupción siguiendo con las políticas de *compliance* o anticorrupción de su empleador, estaría protegido por la *PIDA*, sin importar si el acto denunciado involucra únicamente a funcionarios públicos, o si se tratara de un caso de corrupción entre privados. En este mismo sentido, los programas de *compliance* de las empresas contemplan y sancionan la corrupción entre privados con el mismo alcance que si se tratara de un caso de corrupción que involucre a funcionarios públicos. Sin embargo, no existe una norma diferente o separada que sancione este tipo de corrupción, dado que es la misma norma – *UK Bribery Act*– la que sanciona y regula a cualquier tipo de práctica corrupta.

d. Contrataciones con el Estado

Al igual que lo que sucede en la gran mayoría de las jurisdicciones, las contrataciones con el Estado se encuentran reguladas en un sinnúmero de normas, regulaciones, directivas, recomendaciones, etc. y no existe un único cuerpo normativo que agrupe o defina en forma clara y precisa las normas que aplican en cada caso. En este sentido, se observa que en el Reino Unido existen diferentes normas y lineamientos respecto de los procedimientos, requisitos y pasos a seguir en las contrataciones con el Estado o que involucren la realización de obras públicas. Sin embargo, a todos los efectos del presente, nos limitaremos a analizar aquellas que tuvieran más relación con el objeto bajo análisis, como así también que por sus características pudieran tener un mayor impacto o influencia en la normativa argentina existente en la materia.

Conforme lo expuesto, señalamos que desde abril 2016 han entrado en vigencia tres directivas emitidas sobre las contrataciones del sector público (en conjunto, las “Directivas”), siendo estas:

- (i) Directiva N° 2014/24/EU sobre contrataciones públicas (*Directive on public procurement*);
- (ii) Directiva N° 2014/25/EU sobre contrataciones relativas a los servicios de agua, energía, transporte y servicios postales (*Directive on procurement by entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors*);
- (iii) Directiva N° 2014/23/EU sobre la adjudicación de contratos de concesión (*Directive on the award of concession contracts*). Esta directiva es implementada, entre otros mecanismos, a través de las regulaciones aplicables a los contratos de concesión (*Concession Contracts Regulations 2016 (CCR16)*).

Las Directivas simplifican los procedimientos de contratación con el sector público, al mismo tiempo que flexibilizan sus requisitos y procedimientos. Entre los principales cambios introducidos por las Directivas se encuentran:

- Mayor eficacia y simplificación: Las Directivas introducen novedades respecto de la digitalización de las contrataciones con el sector público, lo que permitiría aumentar la eficacia del sistema de contrataciones con el sector público, simplificando los trámites y el procedimiento a seguir en dichos casos. Asimismo, al

simplificar los requisitos y procedimientos a seguir en materia de licitaciones, se permite a pequeñas y medianas empresas la participación en dichos procesos. Se introducen herramientas tecnológicas que permiten dar mayor visibilidad a los procesos, como por ejemplo, que las contrataciones, requisitos, y proyectos se publiquen online, y que gran parte de las comunicaciones respecto de los procesos se realice a través de dichos medios.

- Modernización de servicios públicos y división de carga administrativa: La simplificación de los procedimientos para contratar con el sector público permitiría una mayor participación de sujetos, al mismo tiempo que contribuiría a abrir el mercado de la UE permitiendo obtener mejores ofertas y precios. Asimismo, permitiría hacer elecciones en base a las mejores ofertas en relación precio-calidad/servicio ofrecido.

- Prevención de prácticas corruptas: Las Directivas introducen un nuevo marco regulatorio aplicable a procesos licitatorios y contrataciones, con políticas más claras y transparentes, buscando brindar igual trato a todos los sujetos intervinientes en las diferentes etapas del proceso, y realizar una valoración objetiva de las ofertas recibidas. Por ejemplo, al dar mayor exposición a los procesos en curso, y/o a futuros proyectos en los que se podría participar, se busca evitar que sólo unos pocos tengan acceso a cierta información y puedan participar de los procesos, buscando que el seleccionado para realizar el proyecto sea aquel que presente la mejor oferta y resulte más eficiente, y no únicamente aquel que haya tomado conocimiento del proyecto. Además, al realizar publicaciones sobre el avance de la selección y la contratación en forma online, se permite a todos aquellos interesados a que participen y puedan controlar la transparencia de la selección y del proyecto.

- Mayor circulación de bienes y servicios: Las Directivas facilitarían las transacciones transnacionales y la libre circulación de bienes y servicios. Más transparencia y procesos simplificados permitirían desburocratizar gran parte de estos procedimientos y promoverían las contrataciones.

Las Directivas introducen diferentes procedimientos de contratación, los que pueden ser abiertos, cerrados, restringidos, competitivos, o directos. Cada uno de estos procesos contiene sus propias regulaciones, limitaciones y lineamientos, los que se supone son considerados al momento de determinar el tipo de contratación que se elegirá para cada caso.

Los nuevos procedimientos buscan ser transparentes y crear una libre competencia en el mercado europeo. En este sentido, por ejemplo, las Directivas establecen la obligación de que cuando los montos de contratación superen los €100.000 aprox., un aviso sobre el mismo se publique en el boletín oficial de la UE (*Supplement S-Official Journal of the EU OJEU*), al que se puede acceder directamente en forma online para que todos los interesados puedan obtener información al respecto, y que la participación en este tipo de contratos no se reduzca únicamente a un selecto grupo.

Asimismo, para aquellos contratos que no se encuentran contemplados en las directivas indicadas anteriormente, existen criterios interpretativos publicados por la Comisión de la UE, los que aplican a:

- Contratos cuyos montos no superen los umbrales dispuestos en las Directivas;
- Contratos de un monto mayor de EU 207.000 que queden fuera de los lineamientos de las Directivas.

En este sentido, según las características del contrato, los criterios interpretativos han establecido la forma y el proceso que deberá seguirse en cada caso. Los criterios interpretativos analizan e interpretan jurisprudencia de la Corte de Justicia de la UE y sugieren mejores prácticas para cumplir con los requisitos de mercado internos, incluyendo los requisitos mínimos de transparencia y no discriminación.

2. TRANSPARENCIA INSTITUCIONAL

a. *Organismos encargados de la transparencia institucional.*⁷¹

En el Reino Unido, la transparencia institucional y la corrupción tanto en el ámbito público como privado, no sólo se encuentra en cabeza de organismos gubernamentales, sino también a cargo de particulares, tanto personas jurídicas (a través de “*self-reports*” como físicas (a través del llamado “*whistleblowing*”), así como de organizaciones internacionales especializadas en políticas de lucha contra la corrupción y la transparencia institucional.

Los principales organismos públicos gubernamentales encargados de combatir la corrupción y así lograr transparencia institucional son los siguientes:

i. *Foreign and Commonwealth Office (FCO)*

La Foreign and Commonwealth Office (“*FCO*”) promueve los intereses del Reino Unido en el extranjero, dando apoyo a los ciudadanos, así como a los negocios alrededor del mundo.

La *FCO* es responsable de la protección de la seguridad nacional del Reino Unido, batallando contra el terrorismo, la proliferación de armas, y evitando la generación de conflictos. Se encarga asimismo de asegurar el crecimiento del Reino Unido a través del incremento de las exportaciones y la inversión, abriendo mercados y promoviendo un crecimiento global que sea sustentable. Asimismo, da apoyo a los ciudadanos británicos alrededor del mundo a través de sus oficinas consulares alrededor del mundo.

En materia de detección de corrupción, la *FCO* ha diseñado un programa disponible para todo el personal británico trabajando en el extranjero a través del cual se los capacita e instruye en sus obligaciones como funcionarios públicos, en base a las disposiciones de la *Bribery Act*. La *FCO* detecta actos de corrupción o sobornos que hayan sido cometidos por ciudadanos o sociedades británicas en o fuera del Reino Unido y las reporta a la *Serious Fraud Office (SFO)*, a través de las embajadas y oficinas consulares. Esta información es luego gravada, analizada y desarrollada

⁷¹ <http://www.oecd.org/unitedkingdom/unitedkingdom-oecdanti-briberyconvention.htm>

por la *SFO*, en los casos en que se considere apropiado, utilizando asimismo otras fuentes de información.

ii. *Serious Fraud Office* (“*SFO*”)

La *SFO* es una oficina especializada en la persecución de los delitos más complejos de fraude, soborno y corrupción en general, la cual a partir de 2004 ha adquirido un rol importante en la detección, investigación y persecución de hechos de corrupción. Forma parte del sistema criminal de justicia de Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte, pero no de Escocia.

La *SFO* posee equipos internos, que se caracterizan por ser multidisciplinarios, reuniendo tanto investigadores como persecutores (“*prosecutors*”). Los mismos se encuentran encabezados por una persona que tiene el control del caso -objeto de investigación-, y que se encuentra a cargo de vigilar e instruir a los demás miembros del equipo. Éste incluye abogados, investigadores y expertos contables. Esta estructura es conocida como el modelo “*Roskill*” y ha convertido a la *SFO* en el organismo más eficiente del Reino Unido en la lucha contra hechos de soborno, fraude y corrupción internacional.

A efectos de tomar un caso, la *SFO* utiliza un “*Statement of Principle*”, que incluye la consideración de:

- Si el presunto hecho delictivo viola los intereses comerciales y financieros en general del Reino Unido y de los de la Ciudad de Londres en particular;
- Si la actual o potencial pérdida financiera es considerablemente alta;
- Si el daño económico actual o potencia es significativo;
- Si hay un elemento de interés público comprometido; y
- Si hay elementos novedosos de fraude.

iii. *Crown Prosecution Service* (“*CPS*”)

En caso de que la *SFO* decida no investigar o perseguir un caso, éste es tomado por la *Crown Prosecution Service* (“*CPS*”).

La *CPS* tiene una unidad especial que se dedica a la prevención y detección del fraude, y que recibe ayuda de un equipo internacional asentado en el extranjero que asiste en políticas de cooperación internacional cuando ésta es requerida. La *CPS* se sustenta principalmente en la *National Crime Agency* y en la Unidad Internacional de Corrupción (*International Corruption Unit* (*ICU*)) para llevar a cabo sus investigaciones.

iv. *National Crime Agency* (“*NCA*”)

Fue establecida en octubre de 2014 y vigila el cumplimiento de las disposiciones a la *Bribery Act* y demás normativa anticorrupción. La Agencia trabaja contra el crimen organizado, de forma conjunta con la *SFO*, así como también con otras unidades regionales y fuerzas policiales locales.

Su rol principal es (i) investigar el lavado de dinero en el Reino Unido resultante de actos internacionales de corrupción, de gran envergadura; (ii) perseguir y recuperar los resultados de los casos de corrupción internacional; (iii) apoyar a otras unidades

internacionales que se encargan de hacer cumplir la normativa anticorrupción; e (iv) investigar casos de soborno que involucran a personas jurídicas incorporadas en el Reino Unido y que tienen un elemento internacional, así como otros casos de soborno internacional que tengan un vínculo con el Reino Unido.

La *NCA* participa activamente como miembro de dos organismos internacionales que, si bien no califican como organismos gubernamentales del Reino Unido, sí vale la pena destacar:

- *International Anti-Corruption Coordination Centre (IACCC)*

La *IACC* reúne a los mejores expertos del mundo, pertenecientes a distintos organismos o dependencias gubernamentales de otros países, y que se especializan en el control y prevención de la corrupción a gran escala. Según el *IACCC* son considerados como actos de corrupción de gran escala los siguientes (i) sobornos a funcionarios públicos; (ii) malversación de fondos públicos; (iii) abuso de autoridad; y (iv) el lavado de las ganancias resultantes del crimen.

Los objetivos de la *IACCC* son (i) informar sobre las organizaciones e iniciativas que pueden asistir en la lucha contra la corrupción; (ii) reunir información a efectos de poder brincar un panorama uniforme sobre la corrupción a gran escala; (iii) coordinar una acción conjunta global para combatir la corrupción; y (iv) colaborar para alcanzar un enfoque o abordaje eficiente, común y uniforme.

- *International Foreign Bribery Taskforce (IFBT)*

La *IFBT* se encuentra también compuesta por los mejores investigadores de actos de corrupción, que pertenecen a Inglaterra, Australia, Canadá y USA. Este organismo busca fortalecer el control del cumplimiento de las leyes de soborno internacional, mediante el intercambio, por parte de expertos policiales, de conocimientos, herramientas, metodologías y casos prácticos sobre investigaciones de actos de corrupción.

v. *Ministry of Defense Police (MDP)*

La *MDP* es una fuerza civil policial, regulada por la *Ministry of Defence Police Act 1987*. La unidad brinda soporte en casos de corrupción que involucran a empleados del Ministerio de Defensa (por sus siglas en inglés *MOD*), o contratos en los cuales el Ministerio de Defensa sea una parte.

b. *Declaraciones juradas de los funcionarios públicos. Sujetos alcanzados, mecanismos, publicidad y organismo encargado*

En el Reino Unido los funcionarios públicos, tanto los miembros del poder ejecutivo como del Parlamento se encuentran obligados a declarar sus ingresos y bienes tanto personales como los de su familia, así como cualquier interés, económico o no, que pueda razonablemente generar en otros la intención de influenciar en él o ella. Dichas declaraciones son publicadas, tanto de forma impresa como de manera electrónica.

A efectos de mencionar un ejemplo, el Parlamento *-House of Commons -* ha emitido un Código de Conducta en el cual se obliga a todos sus miembros a declarar y registrar, en un registro creado por el mismo cuerpo, cualquier conflicto de interés que pudieren tener y que se considere “registrable” según las categorías establecidas por la Cámara. En base a los conflictos registrados por cada miembro del Parlamento, se definen las obligaciones que cada miembro tendrá en relación a la declaración de su patrimonio e ingresos. Entre los conflictos registrables se encuentran, entre otros: (i) mantener cargos directivos, remunerativos en compañías públicas o privadas; (ii) mantener un empleo, profesión u oficio que sea remunerado, o en el cual el miembro del Parlamento tiene un interés económico; (iii) en relación a los puntos (i) y (ii), tener clientes a los cuales se brindan servicios; (iv) *sponsorships*; (v) recibimiento, ya sea por parte del miembro del Parlamento o de su familia, de regalos, beneficios u hospitalidad; (vi) la realización de visitas al extranjero, cuando el costo de las mismas supere el 1% de la remuneración del miembro del parlamento, o no haya sido costeadada enteramente por él mismo, o a través de fondos públicos; y (vii) tener la propiedad de cualquier tierra o propiedad que tenga un valor substancial y de la cual resulte una ganancia para el miembro del Parlamento.

Las mismas categorías se encuentran previstas en el Código de Conducta de la *House of Lords* del Parlamento, y los intereses deben ser registrados en el Registro que lleva dicha cámara.

Por su parte, la obligación de los ministros de presentar declaraciones juradas y de declarar y solucionar conflictos de intereses en los que se encuentren comprometidos, se encuentra regulada en el *Ministerial Code 2010* y su actualización en 2018.

c. *Financiamiento a partidos políticos. Financiamiento de las campañas políticas*

El financiamiento y la contabilidad de los partidos políticos se encuentra regulada, en la *Political Parties, Elections and Referendums Act 2000* (la “*Political Parties Act 2000*”), la cual fue luego enmendada y modificada parcialmente por la *Political Parties and Elections Act 2009* (la “*Political Parties Act 2009*”).

Según las notas explicativas preparadas por el Ministerio de Justicia, la *Political Parties Act 2009* fue sancionada siguiendo con el criterio adoptado en el año 2008 por la Secretaría de Estado por la Justicia del Reino Unido, y publicado por la misma en un documento conocido por su denominación en inglés como “*Party Finance and Expenditure in the United Kingdom*”. El objetivo del documento, y el cual fue plasmado en la *Political Parties Act 2009* fue fortalecer los controles en el financiamiento y gastos de los partidos políticos y candidatos. En especial, los propósitos de la ley fueron:

- Fortalecer la autoridad de la Comisión Electoral del Reino Unido, otorgándole una gran cantidad de poderes de investigación, de consultoría y sancionatorios.
- Transparentar las donaciones a partidos políticos y otros organismos sujetos a control según la *Political Parties Act 2000*;
- Crear gradualmente un registro electoral en el cual deberían inscribirse todos los candidatos electorales, siendo la registración voluntaria entre 2010 y 2015, y obligatoria a partir de esa fecha.

d. *Contabilidad de los partidos políticos*

La contabilidad de los partidos políticos se encuentra altamente regulada y debe cumplir con los requerimientos establecidos en la *Political Parties Act 2000*. Principalmente, la persona que sea designada como tesorera del partido político de que se trate debe asegurarse de que los asientos contables del partido se mantengan acordes con la realidad y que puedan reflejar todas las transacciones en las que el partido tomó parte, y los movimientos que realizó.

Los asientos deben reflejar con exactitud la situación financiera del partido y cumplir con los requerimientos, especificaciones y formalidades que establece la ley. En particular, los estados contables deben contener (i) las entradas y salidas de dinero, y el concepto de dichos movimientos; y (ii) el detalle de todos los activos, obligaciones, responsabilidades y deudas que tiene el partido.

Los estados contables y demás documentación que los sustente deben mantenerse durante un plazo de seis años contados a partir del año en el que se generaron o fueron registrados.

Asimismo, la ley prevé que en los casos en que los estados contables del partido reflejen un monto superior al especificado por ley, aquéllos deberán ser auditados obligatoriamente. Las auditorías también pueden ser ordenadas por la Comisión Electoral aún en el caso de que no superen el monto definido por ley, si la Comisión lo aconseja.

e. *Donaciones*

La *Political Parties Act 2000*, regula con minuciosidad el régimen de donaciones aplicable a los partidos políticos, estableciendo (i) qué se considera como “donación” a los efectos de la ley; (ii) cuándo la aceptación de la donación es permitida y cuándo es prohibida y, por ende cuándo debe ser rechazada; y (iii) la obligación de presentar informes de las donaciones hechas o recibidas.

(i) *Definición de “Donaciones”*

Según la *Political Parties Act 2000*, se consideran donaciones, salvo excepciones:

- Todo regalo de dinero o cualquier otra cosa.
- Sponsorship.
- Toda suscripción o pago de cuota para afiliarse al partido o constituirse en miembro de éste.
- El pago de expensas u otros gastos del partido, siempre y cuando no hayan sido hechas por el partido mismo o por otra persona en su representación. A los efectos de la ley, se consideran expensas o gastos, aquéllos destinados a la celebración de conferencias o reuniones, la realización de publicidades o la realización de estudios o investigaciones.
- Cualquier préstamo de dinero, siempre y cuando el préstamo no cumpla con condiciones de mercado o comerciales.
- La provisión, salvo que sea en términos comerciales, de cualquier servicio o cosa en beneficio del partido (incluyendo los servicios de cualquier persona).

(ii) *Restricciones a la aceptación de donaciones*

La *Political Parties Act 2000* establece los casos en los que un partido político debe negarse a recibir una determinada donación, así como las actividades a realizar en dichos casos. Estos casos son: (i) cuando el donante no califica como un permissible donor (“Donante Permitido”); o (ii) cuando el partido político no puede, sea por la razón que fuere, identificar al donante.

En primer lugar (punto (i)), la ley considera como donantes permitidos, entre otros, a las siguientes personas:

- Todo individuo registrado en un registro electoral. Este registro puede ser (i) el registro para elecciones parlamentarias o de gobernantes locales, o (ii) el listado de ciudadanos de la Unión Europea.
- Personas jurídicas que se encuentren registradas bajo la *Companies Act 1985*, o la *Companies (Northern Ireland) Order 1986*; o que se encuentren constituidas en el Reino Unido u otro estado miembro.
- Sociedades de responsabilidad limitadas;
- Mutuales de previsión social, etc.

En caso de que un partido político no pueda determinar con inmediatez si una donación califica como realizada por un Donante Permitido, el partido debe hacer los mejores esfuerzos para poder determinarlo dentro de un plazo de 30 días contados a partir de la recepción de la donación. En caso de que se determine que la donación fue realizada por un donante no permitido, el partido político deberá rechazar la donación y devolver al donante, la donación (monto de dinero, o cosa), o efectuar un pago por el monto equivalente de ésta (por ejemplo, en caso de que la donación se haya realizado a través de un servicio).

Por otro lado (punto (ii)), en caso de que el partido no pueda determinar con inmediatez la identidad del donante, aquél tendrá un plazo de 30 días para realizar sus mejores esfuerzos a efectos de poder identificar al mismo. Vencido dicho plazo, el partido deberá rechazar la donación. En este caso, la ley establece las siguientes alternativas:

- Si la donación fue realizada por una persona distinta del donante, y la identidad de éste es aparente, la devolución deberá realizarse a favor de esa persona.
- Si se demuestra que el donante tiene alguna conexión o utilizó para la donación una institución financiera, la devolución debe realizarse a dicha institución;
- En cualquier otro caso que no sean los establecidos en los puntos a y b, la devolución debe realizarse a favor de la Comisión Electoral.

El incumplimiento de lo dispuesto precedentemente, es decir, la aceptación de una donación que debería ser rechazada, es causal suficiente para que un juez, por pedido de la Comisión Electoral, confisque el dinero objeto de la donación, o el valor equivalente de la misma. La regla de apreciación de la prueba será la aplicable a los procedimientos civiles.

(iii) *Informes por parte de los partidos políticos y los donantes*

Los partidos políticos se encuentran obligados anualmente y de forma trimestral, a presentar ante la Comisión Electoral, informes en los cuales se reporten las donaciones recibidas, cumpliendo siempre con las especificaciones de la ley. Durante los períodos de elecciones, los informes deben ser semanales siempre que se supere determinada cantidad de donaciones. En caso de que los partidos no hayan recibido ninguna donación, deben así especificarlo en los informes semanales.

Asimismo, los donantes también se encuentran obligados a presentar ante la Comisión informes anuales, siempre y cuando hayan hecho, en el período de un año calendario, donaciones que en conjunto superen 5.000 GBP. En dichos informes, el donante deberá especificar las donaciones y sus montos, el partido político al cual han sido destinadas y los datos personales del donante. Asimismo, el informe debe estar acompañado por una declaración jurada del donante en la cual éste declare que no ha efectuado otras donaciones que las declaradas, a otro partido político que el declarado, por otros montos, o por otro año que el declarado.

Estos informes son presentados ante la Comisión Electoral quien registra todas las donaciones declaradas.

f. *Incompatibilidades para ejercer cargos públicos. Ética en la función pública*

En el Reino Unido, el organismo encargado de velar por la ética en el ejercicio de la función pública es el *Committee on Standards in Public Life (CSPL)* (en adelante, el "Comité"). El Comité es una unidad pública, independiente, no departamental que aconseja al Primer Ministro sobre los estándares éticos en el ejercicio de toda función pública en el Reino Unido⁷².

Son responsables de (i) aconsejar al Primer Ministro en cuestiones éticas en relación al ejercicio de la función pública; (ii) llevar a cabo investigaciones sobre estándares de conducta; (iii) hacer recomendaciones sobre cambios a disposiciones actuales; y (iv) fomentar la observación de los 7 Principios.⁷³

Los 7 Principios para la Vida Pública se encuentran establecidos en el *Ministerial Code 2010* (y actualizado en enero de 2018), y aplican a toda persona que ejerza un cargo o función pública. Esto incluye a personas que han sido elegidas por medio del voto, personas que han sido designadas, tanto a nivel local como nacional; y todas las personas que se desempeñan en (i) el servicio civil; (ii) los gobiernos locales; (iii) la policía; (iv) el poder judicial; (v) entidades públicas no departamentales; y (vi) en los servicios de salud, educación y servicios sociales y de cuidado.

Los Principios son:⁷⁴

⁷² <https://www.gov.uk/government/organisations/the-committee-on-standards-in-public-life>

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ <https://www.gov.uk/government/publications/the-7-principles-of-public-life/the-7-principles-of-public-life--2#selflessness>

- Desinterés: Toda persona que ejerza un cargo público debe actuar únicamente en favor del interés público.
- Integridad: Toda persona que ejerza un cargo público debe evitar incurrir en situaciones que impliquen contraer cualquier obligación ante personas u organizaciones/organismos que puedan llegar a ejercer influencia sobre él y su cargo. Debe actuar siempre en beneficio del interés público y nunca tomar decisiones que busquen obtener un beneficio económico o de cualquier otro tipo, ya sea para él mismo, su familia o sus amistades. Deben declarar y resolver todos sus intereses y relaciones.
- Objetividad: Toda persona que ejerza un cargo público debe actuar y tomar decisiones de forma imparcial, justa y justificada, usando siempre la mejor evidencia y evitando cualquier tipo de discriminación.
- Responsabilidad: Toda persona que ejerza un cargo público es responsable y debe rendir cuentas ante la sociedad por sus decisiones y acciones, y debe someterse al escrutinio público para asegurar esto.
- Transparencia: Toda persona que ejerza un cargo público debe actuar de forma transparente y sin ocultar información al pueblo, salvo que haya motivos razonables y honestos para hacerlo.
- Honestidad: Toda persona que ejerza un cargo público debe actuar y ser honesta.
- Liderazgo: Toda persona que ejerza un cargo público debe cumplir con los principios recién expuestos y hacer que sus empleados lo cumplan, combatiendo todas las conductas que sean contrarias a los estándares de conducta.

Respecto a las incompatibilidades para ejercer cargos públicos, no se han encontrado disponibles normas que establezcan de un modo general incompatibilidades para todo cargo público, tal como sí existen en Argentina con la Ley de Ética Pública. Sin perjuicio de ello, sí existen disposiciones particulares para cada poder y nivel de gobierno. Podemos citar las siguientes normas:

- *House of Commons Disqualification Act 1975*
- *Disqualification of Ministers Act 1584*
- *Northern Ireland Assembly Disqualification Act 1975*
- *The National Assembly for Wales (Disqualification) Order 2015*
- *The European Parliament (House of Lords) Disqualification Regulation*
- *The European Parliament (Disqualification) (UK y Gibraltar) Order 2004.*

g. *Aceptación de regalos*

La aceptación de regalos por parte de funcionarios públicos, y cuándo estos son permitidos y cuándo no, es una cuestión que requiere de un análisis de cada caso en particular.

Como regla general, la *UK Bribery Act* reconoce que la realización de regalos a funcionarios públicos por parte de individuos o personas jurídicas juega un papel importante en el “*doing bussiness*” de las empresas y, por ello establece determinados lineamientos a efectos de determinar cuándo el regalo, es en realidad un soborno.

Estos lineamientos que ayudan a determinar si un regalo es un soborno, son:

- Intención de influir en la conducta del otro: Cuando en la realización del regalo u hospitalidad, se desprende la intención, por parte de quien lo realiza, de inducir a la otra persona para que actúe de una manera distinta a la que debería obrar de acuerdo a su función, o cuando el regalo se visualiza como un premio por haber ejercido incorrectamente la función pública. Así, los regalos u hospitalidad deben realizarse de buena fe, y serán considerados ilegítimos cuando la intención atrás del ofrecimiento es beneficiar al individuo que lo hace.
- Proporcionalidad: un regalo u hospitalidad están más lejos de ser considerados como un soborno si los mismos se adecúan a la naturaleza, escala y complejidad del negocio de una empresa.
- Aspecto temporal: el momento temporal en que el regalo u hospitalidad se realiza es fundamental para determinar si el regalo es un soborno. Por ejemplo, si el presente se otorga días antes de la adjudicación de una licitación, por parte de un oferente, es muy probable que esto sea considerado como un soborno, y no como un regalo desinteresado.
- Aspectos culturales y consideración de la persona a la cual se ofrece un regalo: El aspecto cultural es muy importante a la hora de determinar si un regalo es un soborno. Por ejemplo, en ciertos países, la no aceptación de regalos por parte de empresas públicas podría interpretarse como una ofensa y poner en riesgo las relaciones de negocios. Asimismo, es importante tener en cuenta quién es la persona a la cual se dirige el regalo. Por ejemplo, si es un funcionario público de alto rango, o un empleado público de menor jerarquía.
- Reciprocidad: A modo ejemplificativo, el *Ministerial Code 2010* (actualizado en 2018), establece que los ministros no deben aceptar regalos, servicios o cualquier hospitalidad por cualquier persona que busque influir en ellos y en su conducta como funcionario público. El mismo código de conducta establece que la aceptación o rechazo de los regalos, está sujeta al sentido común de los funcionarios y, en caso de que éstos tengan dudas o se encuentren en dificultad de decidir, pueden consultar a la Secretaría del Parlamento.

h. Cohecho. Aceptación de dádivas

En caso de que se determine que el beneficio o ventaja ofrecida no califica como regalo, será considerado un soborno y se encontrará alcanzado por las disposiciones de la *UK Bribery Act*. Esta norma prohíbe y sanciona tanto el soborno en el sector público como en el sector privado, como así también el soborno activo y el pasivo.

El soborno activo sanciona a todo aquel que ofrezca, prometa o de una ventaja financiera o de otro carácter, a otra persona, siempre y cuando dicha ventaja esté destinada a: (i) inducir a una persona a ejercer de forma inapropiada o indebida una determinada o función; o (ii) recompensar a una persona por el ejercicio indebido de una función o actividad. Asimismo, puede haber soborno activo cuando la persona ofrezca, prometa o de una ventaja financiera o de otro carácter,

sabiendo o creyendo que la aceptación de dicha ventaja por sí misma implica un ejercicio impropio de una función o actividad.

Por el contrario, el soborno pasivo sanciona a aquella persona que solicita, acuerda o recibe una ventaja financiera o de otro carácter, a cambio de ejercer de forma impropia una actividad o función. Asimismo, el soborno pasivo se configurará si el propio requerimiento, acuerdo o aceptación de la ventaja implica un ejercicio indebido de una función o actividad.

i. Fraude y malversación de fondos públicos

El Fraude es el acto intencional de engañar a otro a efectos de conseguir una ventaja ilegal injusta, ya sea de carácter económico, político o de cualquier otro tipo.

La malversación de fondos (ya sean públicos o privados) se da cuando una persona, que ejerce un cargo público o no en una institución, organización o sociedad se apropia de forma deshonesto e ilegal de los fondos y activos que se le confiaron en razón de su cargo, para beneficio personal. En el Reino Unido, no hay una legislación específica que regule la malversación de fondos. Sin embargo, dicho hecho puede ser abarcado por los delitos de robo, hurto, fraude y lavado de dinero. Estos delitos se encuentran contemplados en distintas leyes y normas de common law, tales como la *Theft Act 1968*, *Fraud Act 2006*, *Common law offence of cheating the public revenue*, *common law offence of conspiracy to defraud*, *Serious Crime Act 2007*, etc.

j. Responsabilidad de Abogados y Contadores

Los Abogados y contadores, al igual que los funcionarios públicos u otros particulares pueden ser responsables de delitos de corrupción, ya sea por ser autores o partícipes de los mismos. Además, serán responsables a nivel profesional ante los colegios que los agrupan.