

DOCUMENTO EXPLICATIVO DEL PROYECTO DE LEY MODELO SOBRE DECLARACIÓN DE INTERESES, INGRESOS, ACTIVOS Y PASIVOS DE QUIENES DESEMPEÑAN FUNCIONES PÚBLICAS

1. ACLARACIONES PRELIMINARES

Los sistemas que prevén la declaración de intereses, ingresos, activos y pasivos [en adelante SDIAP] de quienes desempeñan funciones públicas constituyen una herramienta indispensable para la construcción de una cultura de integridad y transparencia. En particular, los SDIAP son un instrumento indispensable tanto para la prevención de conflictos de intereses como para la detección e investigación de ciertos delitos asociados a la corrupción pública, especialmente el enriquecimiento ilícito de funcionario público.

La LEY MODELO sobre declaración de intereses, ingresos, activos y pasivos de quienes desempeñan Funciones Públicas [en adelante LEY MODELO] ha sido elaborada teniendo en cuenta la legislación de los países miembros del MESICIC y las recomendaciones efectuadas por el Mecanismo sobre la materia¹, la Guía Legislativa sobre los elementos básicos sobre la declaración de intereses, ingresos, activos y pasivos, los estándares internacionales previstos en tratados y recomendaciones adoptadas con posterioridad a la Convención Interamericana contra la Corrupción [en adelante, CICC], las mejores prácticas recomendadas por el Comité de Expertos aprobadas en la Primera y Segunda Rondas de Análisis, y la literatura especializada.

Antes de explicar su contenido, conviene formular algunas aclaraciones.

Es útil comenzar por aclarar que los SDIAP no son insertados en el vacío. Al contrario, constituyen sólo un engranaje más de una compleja trama normativa orientada a incrementar la transparencia y reducir las oportunidades de corrupción. La operatividad de este complejo normativo depende, a su vez, del contexto institucional y cultural del país que lo implemente.

En tal sentido, las reglas y prácticas de cooperación interinstitucional y de cooperación público-privada; las reglas y prácticas sobre acceso a la información pública y sus restricciones –de hecho o de derecho–; las capacidades de investigación de las autoridades encargadas de la aplicación de la ley penal; el conocimiento y la tolerancia cultural de prácticas dirigidas a ocultar la titularidad de bienes –desde el uso de testaferros hasta el uso de sociedades vehículo registradas en centros financieros offshore–; la efectividad del sistema de justicia para procesar los casos de corrupción; la independencia de los medios de comunicación y las capacidades de monitoreo realizado por la sociedad civil organizada, son, entre otros, factores que influirán notablemente en impacto que el SDIAP pueda tener en la construcción de una cultura de integridad y transparencia, en la prevención de conflictos de intereses y en la detección e investigación de ciertos delitos asociados a la corrupción pública. Y aunque para la elaboración de la LEY MODELO se han tenido en cuenta los estándares vigentes de los países miembros en relación con estos factores, ella es, por definición, ajena a las particularidades de cada país.

En segundo lugar, además de tales factores externos, debemos advertir que los recursos financieros disponibles para la implementación total o parcial del SDIAP condicionarán fuertemente su efectividad. El estado de avance en esta materia varía mucho entre los países

1. *“Informe Hemisférico de la Primera Ronda de Análisis del Comité de Expertos del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción”*. SG/MESICIC/doc.170/06 rev. 1. 31 de marzo de 2006; *“Informe Hemisférico de la Segunda Ronda de Análisis del Comité de Expertos del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción”*. OEA/Ser.L. SG/MESICIC/doc.227/08 rev. 1

miembros del MESICIC. En algunos de ellos, el SDIAP se ha limitado a exigir la presentación de una declaración que es archivada sin análisis alguno; en otros, en cambio, existen sistemas de captura de datos automatizados, con capacidad para analizar preliminarmente la evolución patrimonial anual de un número considerable de servidores públicos, y derivar los resultados de tales análisis a las autoridades competentes en un plazo muy breve.

Más allá del grado de desarrollo del sistema es importante advertir que una implementación planificada de acuerdo a los recursos disponibles siempre será percibida como un esfuerzo más legítimo que la adopción de un sistema complejo cuya implementación no puede ser completada por falta de recursos suficientes.

Tal planificación debe considerar la composición del empleo público en cada país como el primer factor crítico a tener en cuenta en relación con la asignación de recursos disponibles para los procedimientos de revisión y verificación. Aún en un sistema automatizado –en el cual la asignación de criterios de selección y filtros permite graduar el universo de sujetos a verificar-, tal consideración es necesaria. La LEY MODELO ha incluido todas las *categorías* de sujetos obligados que, en abstracto, pueden ser consideradas riesgosas, sea por el tipo de decisiones que la ciudadanía ha delegado en los servidores que ocupan tales categorías o porque tal categoría supone la administración de recursos públicos (art. 3). Sin embargo, ha dejado librado a los estudios sobre la composición del empleo público en cada país la decisión acerca del nivel jerárquico que, en cada categoría, debe ser incluido o del tipo de servicio público que se está cumpliendo, en función de las distintas modalidades contractuales y fuentes de financiamiento que cada Estado posee.

El segundo factor crítico a tener en cuenta es el relativo a los medios por los cuales la o las autoridades competentes encargadas de los procedimientos de verificación y revisión acceden tanto a la información pública –registros de bienes inmuebles, muebles, personas jurídicas, operaciones en el mercado de valores, etc.- como a la información reservada –generalmente información bancaria y tributaria-. Con independencia de la posibilidad de acceso -que la LEY MODELO prevé en sus arts. 22 y 23 - la advertencia se refiere al tiempo y recursos que la obtención de tal información requiere. La inversión de recursos en estas áreas es fundamental para que los procesos de verificación y revisión puedan cumplir sus funciones preventivas y sancionatorias.

La tercera aclaración preliminar se refiere a una decisión metodológica adoptada en relación con los plazos. Aquellos indicados entre corchetes en el texto de la LEY MODELO indican que deben ser correlacionados con otros –prescripción, duración de mandatos, plazos procesales para la presentación de recursos, etc.- que varían en los Estados miembros de MESICIC

Finalmente, es necesario aclarar que algunas de las cláusulas incorporadas a la LEY MODELO podrían –y de hecho en muchos Estados miembros del MESICIC son- incluidas en normas reglamentarias de menor jerarquía que la ley. Su inclusión en la LEY MODELO no debe leerse como una aspiración a que los Estados miembros del MESICIC jerarquicen tales reglas sino que, dada su importancia para la operatividad del SDIAP, son incluidas en este instrumento.

2. SÍNTESIS EXPLICATIVA DE CADA CAPÍTULO

CAPÍTULO I: FINALIDAD

Los SDIAP han sido originalmente orientados o bien hacia la prevención de conflictos de interés, o bien hacia la detección y producción de evidencias útiles en la persecución penal por delitos asociados a la corrupción, especialmente el enriquecimiento ilícito de funcionarios

públicos. Cada modelo persigue diferentes objetivos y consecuentemente, su implementación requiere diferentes opciones regulatorias.

En el primer caso, -SDIAP orientado a prevenir la ocurrencia de potenciales conflictos de interés- la regulación enfatizará determinados aspectos a ser declarados sobre otros —e.g. primará la información relativa a la fuente u origen de los bienes por sobre la información relativa al valor-; incentivará una fluida comunicación entre sujetos obligados y autoridades competentes - fortaleciendo el rol de estas últimas en guiar a los sujetos obligados en la adopción de un abanico de posibles soluciones frente a potenciales conflictos-; proveerá la flexibilidad que requiere adoptar decisiones en el breve lapso que se produce entre nominación y nombramiento. Ello requerirá a su vez de funcionarios entrenados en el conocimiento de las definiciones legales de conflictos de interés y en los procedimientos vigentes para brindar soluciones adecuadas a cada caso —e.g. excusación para el caso concreto; divulgación de la declaración de intereses, ingresos, activos y pasivos; enajenación de los bienes financieros que causen el conflicto de interés; creación de un fideicomiso ciego, transferencia del cargo, etcétera.

En el segundo caso, -SDIAP orientado a determinar violaciones administrativas o penales ya ocurridas- la regulación enfatizará la declaración del valor de compra de los bienes; las facultades de verificación de la autoridad competente para prevenir y determinar variaciones patrimoniales significativas e injustificados u otras violaciones -acceso a los registros de información pública sobre titularidad de bienes; entrenamiento específico en la utilización de métodos de cuantificación patrimonial, etcétera-.

Teniendo en cuenta que las recomendaciones del MESICIC² enfatizan la necesidad de que el sistema permita cumplir ambos objetivos, la LEY MODELO ha sido elaborada teniendo en cuenta la consecución de ambos objetivos (art.1). Ello se advierte tanto en los requerimientos mínimos del contenido de la declaración (art. 5) como en los procedimientos de revisión de conflictos de interés (Capítulo V) y de verificación (Capítulo IV). Sin embargo, es importante advertir que la LEY MODELO no contiene un régimen específico para remediar los conflictos de interés pues ello excede el marco de la CICC, art. III, 4). La LEY MODELO se limita a requerir la información necesaria (art. 5) y a establecer un procedimiento de revisión para detectarlos. Adicionalmente, dentro del modelo orientado a la determinación de variaciones significativas e injustificadas en el patrimonio de los sujetos obligados, en los últimos años se observa una interacción creciente entre los SDIAP y los sistemas de prevención y sanción del lavado de dinero originado en hechos de corrupción y los sistemas de decomiso del producto de tales delitos orientados a la recuperación de activos (e.g. CNUCC, 52).

En efecto, los SDIAP han comenzado a ser utilizados, con éxito, como insumos relevantes tanto para que los sujetos obligados por los sistemas de prevención de lavado de dinero puedan adoptar decisiones relativas al nivel de riesgo de determinadas transacciones -especialmente aquellas en las cuales intervienen Personas Políticamente Expuestas (CNUCC, 52.1)- como para que las Unidades de Información o Inteligencia Financiera (CNUCC, 58) mejoren su capacidad para analizar las transacciones sospechosas reportadas por los sujetos obligados.

En el mismo sentido, las declaraciones de intereses, ingresos, activos y pasivos también han comenzado a ser utilizadas como elementos de convicción para fundamentar la obtención de medidas de incautación y decomiso de bienes tanto en el nivel doméstico como en el exterior, en el marco de procedimientos de asistencia jurídica recíproca dirigidos al decomiso y posterior recuperación del producto de delitos de corrupción.

2. Comité de Expertos del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción. *“Informe Hemisférico de la Primera Ronda de Análisis del Comité de Expertos del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción”*. SG/MESICIC/doc.170/06 Rev. 1. 31 de marzo de 2006, págs. 19-20.

Por ello, la LEY MODELO también incorpora reglas orientadas a aumentar la interacción entre ambos regímenes jurídicos y a disminuir los obstáculos que pudieran existir entre ambos.

Finalmente, aunque no siempre es destacado, es indudable que los SDIAP constituyen un medio efectivo para que los propios sujetos obligados tengan presente su deber de rendir cuentas y su responsabilidad en la construcción o el mantenimiento de la probidad administrativa y la transparencia de los actos de gobierno³. En este sentido, la obligación de declarar periódicamente la situación de los intereses, ingresos, activos y pasivos contribuye a que los servidores públicos mantengan su contabilidad ordenada y, de ese modo, sirvan de ejemplo al resto de la ciudadanía. Por ello, la LEY MODELO considera la adopción de medidas dirigidas a obtener el máximo cumplimiento de la obligación de declarar un fin en sí mismo. Ello incluye la adopción de medidas dirigidas a facilitar el cumplimiento de la obligación –en la elección de las fechas, la disposición de medios, la disponibilidad de mesas de ayuda para los sujetos obligados- como a la imposición de sanciones por el incumplimiento total o parcial de la obligación de presentación en tiempo y forma.

CAPÍTULO II: OBLIGADOS, OBLIGACIONES, CONTENIDO, OCASIÓN Y FORMA

Existe un amplio consenso entre las legislaciones de los países miembros del MESICIC en relación con las categorías de funcionarios que deben ser obligados a presentar su DIIAP. Más del 80% de los países miembros obliga a los sujetos obligados que la LEY MODELO especifica en los incisos a) a c), h) a n) y q) t) u) de su art. 3. (Cfr. Anexo III).

Como fuera aclarado, la LEY MODELO deja librado al criterio de cada país la determinación del rango o nivel jerárquico de sujetos que serán obligados en cada categoría, entendiéndose, en todos los casos, que los sujetos obligados de mayor jerarquía serán los primeros en ser incluidos en cada categoría y que cada una se irá ampliando en la medida en que los recursos destinados al procedimiento de verificación lo permitan. En todos los casos, los sujetos que desempeñen tareas de dirección, coordinación y/u organización deberán ser incluidos.

En consonancia con las legislaciones adoptadas por más del 40% de los países de la región, la declaración de intereses, ingresos, activos y pasivos incluye la del grupo familiar del sujeto obligado, definido como el compuesto por cónyuges, concubinos, convivientes, hijos menores y personas sujetas a tutela o curatela de los sujetos obligados. La inclusión del grupo familiar íntimo del sujeto constituye un disuasivo efectivo para que las personas que la ley presume resultan de su máxima confianza no sean utilizadas para la ocultación de bienes que el sujeto controla. Los familiares directos de los sujetos obligados son considerados, por todas las legislaciones que han incorporado el concepto, personas políticamente expuestas a los efectos de la evaluación del riesgo que realizan los sujetos obligados a prevenir el lavado de dinero.

La LEY MODELO ha eliminado de las categorías de sujetos obligados a los contratistas del Estado –incluidos en la elaborada por el Dr. Julio Roberto Piza Rodríguez-. La eliminación obedece a que la situación patrimonial de los contratistas del Estado es usualmente gobernada por los regímenes de contrataciones públicas, y no por los SDIAP.

3. Como comentara el Juez estadounidense Stephen G. Breyer: "...por más que odie completar la declaración de bienes, es un recordatorio regular de mis responsabilidades éticas y mi obligación de rendir cuentas al público". Cfr. Discurso pronunciado en el Global Forum against Corruption, I, Washington, DC, Noviembre de 1999, reproducido en Burdescu, R. et al, "*Income and Asset Declarations: Tools and Trade-offs*". Stolen Asset Recovery (StAR) Initiative. Noviembre de 2009, pág. 29 [Trad. propia].

Ocasión para la presentación de las declaraciones

La gran mayoría de los Estados miembros del MESICIC –más del 90%- obliga a los funcionarios a presentar una DIIAP antes o dentro de un plazo breve luego de haber tomado posesión del cargo. Los mismos países obligan a la presentación al finalizar el desempeño de funciones públicas. La LEY MODELO exige la presentación en ambas ocasiones (art. 4).

Cerca del 65% de los países miembros del MESICIC -18 de un total de 28- imponen a sus funcionarios la presentación periódica de la DIIAP mientras mantengan sus cargos. De ellos, 15 países requieren que la presentación periódica se realice anualmente, en la fecha determinada por la autoridad competente, criterio que ha sido adoptado por la LEY MODELO (art. 4.b) por ser la periodicidad que permite equilibrar el objetivo de controlar la evolución patrimonial de los sujetos obligados con una carga razonable de trabajo para las autoridades competentes.

Una minoría de países miembros, a la sazón, sólo 2 de ellos, exigen la presentación de la DIIAP con posterioridad al desempeño de funciones públicas, obligación limitada a quienes desempeñan funciones con mayor responsabilidad institucional y a un periodo limitado de tiempo. Es indudable que el control patrimonial posterior a la desvinculación de la función pública sin dudas refuerza las finalidades del SDIAP, especialmente en relación con la posibilidad de legitimar ganancias ilícitas ocultas luego de haber dejado la función pública. Sin embargo, en atención al estado de desarrollo de los SDIAP de la región y las modalidades alternativas para investigar estos casos específicos de legitimación de ganancias ilícitas, la LEY MODELO ha optado por abstenerse de incluir una obligación similar. Ello, sin perjuicio de alentar a aquellos Estados con SDIAP más desarrollados a que, teniendo en cuenta las limitaciones impuestas por las expectativas de privacidad de quienes ya no ejercen funciones públicas y la sobrecarga de trabajo que implicaría para las autoridades competentes la verificación de una presentación adicional -especialmente durante un cambio de administración- requieran a determinados sujetos obligados la presentación de su DIIAP con posterioridad a haber dejado de ejercer funciones públicas.

Contenido de la declaración

El contenido de la DIIAP refleja las dos finalidades principales que persigue la LEY MODELO. La detección de conflictos de intereses requiere tanto información relativa a los vínculos profesionales y laborales como al origen o fuente de los bienes que integran el patrimonio; en cambio, la determinación de variaciones significativas e injustificadas patrimoniales requiere información relativa al valor de los bienes que integran el patrimonio. La LEY MODELO orienta el contenido de la declaración hacia ambos aspectos.

En relación con el valor de los bienes, la LEY MODELO ha optado por requerir, en todos los casos, el valor efectivamente pagado por el bien en cuestión, y la fecha de la transacción. La experiencia ha mostrado que, especialmente en países que experimentaron períodos inflacionarios o de inestabilidad macroeconómica, los precios de mercado o el valor fiscal no resultan parámetros útiles para controlar la evolución patrimonial de los sujetos declarantes.

La DIIAP requiere la individualización detallada tanto de los bienes propios del sujeto obligado, como de los de su grupo familiar.

La declaración de ocupaciones laborales del grupo familiar (art. 5.c) obedece a la prevención de posibles conflictos de interés. Si bien no es una práctica difundida entre los países del MESICIC, su inclusión permite prevenir contra la práctica de utilizar familiares como nominales en emprendimientos comerciales en los que el funcionario tuviera intereses. Con la misma finalidad ha sido incluida la declaración de los regalos y viajes patrocinados con motivo o en ocasión del cargo (art. 5.o).

Modalidad de la presentación

En relación con las modalidades de presentación, la LEY MODELO se inclina decisivamente por la modalidad automatizada (art.7). Varias razones abonan esta decisión.

La experiencia y la literatura especializada sugieren que las dificultades de administrar eficientemente un sistema que opera exclusivamente bajo una modalidad de presentación en soportes impresos constituyen la causa principal de ineffectividad de los sistemas de la región, sea que cuenten con formularios previamente elaborados o que los sujetos obligados no cuenten más que con la letra de la ley como guía para elaborar su DIIAP.

La fuerza de un SDIAP radica esencialmente en la capacidad de analizar la información que las DIIAP proveen. La presentación de la DIIAP es el insumo inicial del SDIAP. Pero si la información no es sometida a un análisis, la DIIAP es, por si misma, inútil.

La falta de análisis no es, sin embargo, inocua. El efecto preventivo que la presentación de las DIIAP tiene sobre los sujetos obligados se diluye si los propios obligados perciben que la información que brindan no es adecuadamente procesada. Con ello, el SDIAP pierde toda legitimidad e inclusive puede generar efectos diametralmente opuestos a los perseguidos por el sistema, por ejemplo, cuando el uso de una DIIAP en un proceso es cuestionado porque las modalidades de análisis, archivo, seguridad, o conservación no garantizan la autenticidad de la DIIAP.

Los sistemas que operan exclusivamente bajo una modalidad de presentación en soportes impresos generan, además, importantes costos que, en el mediano plazo, superan a los que requiere un sistema automatizado. En efecto, el sistema basado en soporte impreso requiere, para cualquier análisis comparativo, la carga manual de los datos consignados, lo que aumenta considerablemente el margen de error de los análisis y los costos de confirmación de aquellos datos que, si fueron consignados manualmente, requieren aclaración. Los datos consignados manualmente conllevan el problema adicional de determinar si la información ilegible o errónea es producto de un obrar negligente o doloso. Estos tres grupos de problemas directamente desaparecen en los sistemas automatizados porque no permiten el envío de formularios incompletos o ilegibles.

Los sistemas que operan exclusivamente bajo una modalidad de presentación en soportes impresos también aumentan progresivamente los costos de almacenamiento de las DIIAP. Además del espacio, se requieren sistemas especiales de archivo que permitan la localización de la información en tiempo oportuno. Los sistemas automatizados resuelven los problemas de almacenamiento de información con costos extremadamente bajos.

Mientras los sistemas basados en soportes impresos corren el riesgo de deslegitimizar el sistema por los mencionados problemas de administración, los sistemas automatizados permiten, a través de la obtención de información en tiempo real, brindar información que aumenta la confianza en el sistema y, por ello, en los actos de gobierno.

En primer lugar, los sistemas automatizados permiten superar los obstáculos asociados con el cumplimiento de las reglas sobre acceso y publicidad de las declaraciones. En efecto, los formularios pueden ser especialmente diseñados para ser publicados en el momento en el cual el sujeto obligado lo envía.

Además de ello, los sistemas automatizados permiten generar la información necesaria para determinar el nivel de cumplimiento de la obligación de presentar la DIIAP. Esta información permite, a su vez, adoptar decisiones de política pública. Por ejemplo, frente a la escasez de recursos para una campaña de concientización, el sistema permitirá priorizar aquellos organismos

en los cuales se haya reportado menor nivel de cumplimiento. Si el sistema reporta errores de interpretación en el llenado del formulario –e.g, es elevado el número de obligados que reporta valores fiscales o de mercado en lugar de valores de compra- será un indicador de determinadas necesidades de capacitación.

La misma información es la que permite poner en marcha, sin demoras, los procedimientos de intimación a los sujetos incumplidores con miras a la adopción de las sanciones previstas. (Capítulo VIII)

Finalmente, los sistemas automatizados aumentan exponencialmente la eficiencia en la verificación de variaciones significativas del patrimonio a través de la comparación de sucesivas DIIAP de un mismo sujeto obligado, incluyendo cruces de información con otros sistemas automatizados compatibles.

A estas razones se suma el hecho de que ya la LEY MODELO elaborada por el Dr. Julio Roberto Piza Rodríguez exigía en su art. 8 que *“La recopilación y análisis de la información solicitada se desarrollará en lo posible, a través de sistemas computarizados y en su defecto, por cualquier mecanismo sustitutivo de acuerdo con la estructura tecnológica de cada país”*. La precaución en la redacción obedecía, principalmente, a la carencia de recursos tecnológicos de alcance masivo y a los costos asociados a la informatización. Las razones apuntadas más arriba no sólo muestran que, actualmente, la relación costo/beneficio ha variado sustancialmente, sino que la falta de automatización pone seriamente en riesgo la legitimidad del SDIAP.

El reciente aumento de Estados miembros del MESICIC que han optado por este sistema, sea que la automatización haya sido implementada⁴, que se encuentra en estado de implementación⁵ o que haya sido requerida legalmente⁶, es un importante indicador que abona las razones apuntadas.

CAPÍTULO III: AUTORIDADES COMPETENTES

En atención a su estructura constitucional, los miembros del MESICIC han adoptado dos modelos diferenciados en relación con las autoridades competentes para administrar los SDIAP.

En general, aquellos países que cuentan con un órgano independiente con facultades constitucionalmente establecidas para controlar a los sujetos obligados de todos los poderes del Estado⁷, han designado a ese órgano como autoridad competente para el análisis y verificación de las DIIAP.

En cambio, los países cuyos sistemas de control interno es organizado a través del control cruzado entre poderes –usualmente entre ejecutivo y el legislativo⁸- han designado una autoridad competente dentro de cada poder del Estado para el análisis y verificación de las DIIAP.

Por otra parte, los miembros del MESICIC también varían en relación con las autoridades encargadas de recibir las DIIAP. En algunos países, las DIIAP son presentadas directamente ante las autoridades que también ejercen actividades de verificación. En otros, la recepción de las DIIAP ha sido descentralizada en las dependencias de cada organismo público con competencias de administración de recursos humanos o personal.

4. Argentina, Bolivia, México y Venezuela.

5. Colombia, Honduras y Uruguay, según informes enviados por los respectivos países al MESICIC

6. República Dominicana, según Decreto No. 287-06

7. Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, Granada, Guyana, Honduras, Paraguay, República Dominicana, Venezuela

8. Argentina, Canadá, Estados Unidos, México

En atención a la imposibilidad de contener en una única fórmula estas variaciones, la LEY MODELO ha optado por utilizar el término “autoridades competentes” en todos los casos, de modo de no condicionar a los Estados que la utilicen en la distribución de competencias que mejor se ajuste a su estructura institucional. Sin perjuicio de ello, la LEY MODELO exige que la autoridad competente goce de independencia funcional (art. 12). Ello garantiza un nivel de imparcialidad mínimo que debe ser completado con reglas específicas sobre el sistema de selección de los funcionarios que la integren, que variará si se trata de un único organismo centralizado o si cada poder del Estado designa sus autoridades competentes.

Obligaciones de las autoridades competentes

Con independencia de su ubicación institucional y su nivel de descentralización, la LEY MODELO asigna a las autoridades competentes potestades reglamentarias propias de una autoridad de aplicación, facultades asociadas a las funciones de verificación (art. 13 inc g) y facultades de administración del sistema. Usualmente, estos tres niveles de atribución funcional serán ejercidos por diferentes autoridades en cada país.

Las obligaciones de las autoridades competentes contenidas en el artículo 13 de la LEY MODELO han sido ordenadas siguiendo las etapas lógicas que deben seguirse para un adecuado funcionamiento del sistema. Los incisos a) a f) están orientados a controlar y, en su caso, aumentar, el nivel de cumplimiento de la obligación de presentación. Los restantes, están asociados a los procedimientos de verificación y revisión que se detallan en los Capítulos IV y V respectivamente.

Teniendo ello en cuenta, las obligaciones de las autoridades competentes comienzan por la determinación del universo de sujetos obligados por la ley, es decir, la cantidad exacta de sujetos obligados a presentar la DIIAP en cada ocasión de presentación (art. 13, inc. a). El nivel de complejidad de esta tarea depende, en gran medida, del nivel de formalización de los sistemas de contratación públicos vigentes y del nivel de descentralización de las autoridades competentes para desempeñar esta tarea.

Dicho universo debe mantenerse actualizado de manera permanente (art. 13, inc. a). El cumplimiento de esta obligación requiere diseñar un sistema que permita recibir información sobre nuevas contrataciones, finalización de contratos, transferencias de una función pública a otra, creación de nuevos cargos y derogación de cargos dentro de categorías de sujetos obligados. Las autoridades competentes deben recibir la información al mismo tiempo que se produce la modificación relevante para la actualización del universo de sujetos obligados.

Las autoridades competentes deben estar entrenadas y disponer de mecanismos de ayuda para que los sujetos obligados puedan disipar sus dudas durante el proceso de llenado de la declaración (art. 13, inc.). La adopción de un nuevo formulario de DIIAP, o inclusive cualquier modificación sobre un formulario existente provoca generalmente un importante caudal de consultas de los sujetos obligados. En algunos países, durante los días previos al vencimiento de una presentación, las autoridades competentes no alcanzan a responder las consultas recibidas aun cuando se dedican con exclusividad a esta tarea.

Como fuera mencionado, la LEY MODELO se inclina por migrar el SDIIAP a un sistema automatizado (art.7). Sin embargo, es previsible que tal sistema sea implementado gradualmente. Para estos casos, en atención a que las DIAP deben ser documentos con valor probatorio en procedimientos administrativos y penales, la LEY MODELO reviste el acto de recepción de estas DIIAP de las formalidades exigidas por la ley de cada país para que los documentos surtan los efectos legales previstos (art. 11).

Vencido el plazo de presentación, las autoridades competentes deben comparar el universo de sujetos obligados con el de aquellos que han efectivamente cumplido con la obligación en tiempo oportuno. Tal determinación debe ser realizada en un plazo que, se sugiere, no debería superar los 15 días (art. 13.inc d). Los países que cuenten con un sistema automatizado pueden dar cumplimiento a esta obligación de manera inmediata. La posibilidad de cumplir con este plazo en aquellos países que no cuenten con un sistema automatizado variará de acuerdo al grado de descentralización de las autoridades competentes para recepcionar las DIIAP.

Una vez determinado el universo de sujetos incumplidores, la autoridad competente deberá intimarlo al cumplimiento. La intimación es un medio útil de aumentar el nivel de cumplimiento si conlleva una sanción proporcionada a la conducta que reprocha. La LEY MODELO estima suficiente reproche considerar la intimación como un apercibimiento, amonestación o falta leve sin otra consecuencia que la inclusión en el legajo personal del sujeto obligado (art.29).

A partir del inc. g) del art. 13, las obligaciones de las autoridades competentes se orientan a dotarlas de las facultades necesarias para verificar el contenido de las DIIAP, tanto con el objetivo de identificar y prevenir potenciales conflictos de interés como de identificar variaciones patrimoniales significativas e injustificadas. Estos procedimientos varían sustancialmente y, por ello, requieren personal específicamente entrenado para el cumplimiento de una u otra tarea. Si bien es cierto que los SDIAP informatizados permiten la automatización de algunas verificaciones iniciales, no lo es menos que cualquier método de verificación exige la toma de decisiones frente al caso concreto, que deberán ser adoptadas por personal especialmente capacitado.

Las autoridades competentes para revisar potenciales conflictos de intereses deben ser versadas, especialmente, en las soluciones adecuadas frente a un eventual conflicto de interés y en los procedimientos vigentes para brindar soluciones adecuadas a cada caso –e.g. excusación para el caso concreto; divulgación de la declaración de ingresos, activos y pasivos ; enajenación de los bienes financieros que causen el conflicto de interés; creación de un fideicomiso ciego, la transferencia del cargo, etcétera. En cambio, las autoridades encargadas de la verificación orientada a la determinación de variaciones patrimoniales significativas e injustificadas deben ser entrenadas en métodos de valuación específicos y en mecanismos de obtención de información relevante para la investigación. Nótese que la diferenciación no requiere incrementar la cantidad de personal. Poco importa si se trata de una única persona avocada a cada función en un mismo departamento o de dos grupos numerosos que laboren en dos agencias diferentes. Lo importante es que las personas físicas que las desarrollen reciban la capacitación necesaria para el cumplimiento de su tarea, que variará si se trata de la prevención de conflictos de intereses o de la detección de instancias de incrementos patrimoniales que despierten sospechas sobre su licitud.

En cuanto a las facultades relacionadas con la función de verificación, la LEY MODELO parte de la base que los SDIAP automatizados permiten comparar DIIAPs de un mismo sujeto obligado presentadas en diferentes ocasiones. Tal análisis permite determinar la evolución patrimonial declarada. Sin embargo, ese método poco aporta en relación con la veracidad de la información incluida. Para ello, las autoridades competentes deben, tener acceso a la información producida por otros organismos estatales, incluyendo los registros públicos de bienes inmuebles, vehículos, aeronaves, personas jurídicas, información pública producida por los supervisores de los mercados cambiarios, de valores y de seguros.

Las autoridades competentes deben también tener la posibilidad de determinar, con carácter previo a una investigación judicial, la veracidad de información bancaria e impositiva. Dependiendo de la ubicación institucional de las agencias en las cuales se desempeñen tales autoridades y de las reglas sobre confidencialidad de la información vigente en cada país, el acceso a tal información puede estar restringido, fundadamente, a la existencia de un proceso

judicial ya iniciado, muchas veces de carácter penal. Para aquellos casos en los cuales tal información no resulte accesible, por ejemplo, sin orden judicial, la LEY MODELO faculta a las autoridades competentes a suscribir acuerdos de cooperación inter-institucional con los supervisores financieros, las unidades de información análisis o inteligencia financiera y las agencias impositivas que incluyan la posibilidad de que, sin comprometer la reserva que sobre ellos pesa en relación con la información que custodian, confirmen o nieguen la información contenida en la DIIAP (art. 13.inc i).

Los acuerdos interinstitucionales también son útiles para aumentar la colaboración con otras autoridades y con el sector privado. Por ello, la LEY MODELO faculta a la autoridad competente a celebrar tales acuerdos con miras a optimizar el acceso, tanto a la información pública (art. 15.h) –a través de mecanismos que permitan compartir bases de datos, nombramientos de oficiales de enlace, designación de puntos de contacto- como a la información reservada, en los términos señalados en el párrafo anterior.

La verificación sistemática de todas las DIIAP es un lujo que ningún sistema puede afrontar. Por ello, en todo sistema deben operar criterios de selección de las DIIAP que serán sujetas a verificación cada año. Los criterios pueden estar basados en categorías de riesgo horizontales – e.g., antigüedad en el cargo; funcionarios con poderes de disposición de dinero público superior a determinado monto-; sectoriales –e.g., funcionarios de la Secretaría de Obras Públicas y la Aduana- o basados en objetivos señalados en políticas de transparencia previamente establecidos. Sin perjuicio del criterio más adecuado para el cumplimiento de las políticas de transparencia y reducción de la corrupción del país de que se trate, es indudable que la selección debe fundamentarse en criterios objetivos e imparciales. Cualquier indicación de que las verificaciones son realizadas persiguiendo objetivos políticos, partidarios o personales minará crucialmente la legitimidad del SDIAP.

En muchos países, la modalidad más frecuente de determinar la existencia de bienes no declarados bajo el control de un sujeto obligado es la denuncia de la sociedad civil -ciudadanos particulares, periodismo de investigación, organizaciones sin fines de lucro, sociedades comerciales- o la información publicada por los medios de comunicación. La LEY MODELO otorga competencia tanto para recibir denuncias de particulares (art. 15) como para iniciar procedimientos de verificación a partir de una información pública (art. 15).

CAPÍTULO IV: PROCEDIMIENTO DE VERIFICACIÓN

En relación con el procedimiento de verificación, la LEY MODELO otorga a las autoridades competentes amplias facultades para acceder a la información necesaria para el cumplimiento de tal función. Entre ellas se destacan, en primer lugar, el acceso inmediato a la información pública (art.22) y mecanismos específicos de acceso a información sujeta a algún tipo de reserva legal que, sin vulnerar tal reserva, permitan avanzar con la función de verificación, por ejemplo, obteniendo una confirmación de las autoridades que custodian la información reservada sobre la veracidad de la información declarada por el sujeto obligado.

En segundo lugar, con miras a reducir la práctica de utilizar personas de confianza o a personas jurídicas para ocultar la titularidad de bienes (testaferros), la LEY MODELO expresamente autoriza a la autoridad competente a verificar el origen de bienes no declarados que pudieran estar bajo el control de hecho del funcionario (art. 19).

La LEY MODELO también permite que, cuando el proceso de verificación da cuenta o bien de incrementos patrimoniales que no son consistentes con los ingresos legítimos del funcionario declarante o su grupo familiar, o frente a la sospecha de bienes pertenecientes o bajo el control

del declarante que no hubieran sido consignados en la DIAP, la autoridad competente cite al funcionario declarante a brindar explicaciones (art. 18).

La regla no prevé consecuencias derivadas de la negativa del funcionario declarante a brindar explicaciones, por las eventuales implicancias constitucionales que pudiera tener en relación con la prohibición de obligar a una persona a declarar contra sí mismo. Sin embargo, en atención a que el silencio no despeja las dudas que condujeron a la citación, la LEY MODELO prevé que, si las circunstancias del caso lo ameritaran, la autoridad competente formule la correspondiente denuncia penal o inicie los procedimientos administrativos pertinentes, según corresponda.

CAPÍTULO V: PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN

Como fuera aclarado anteriormente, la LEY MODELO no establece un régimen de prevención de conflictos de intereses propiamente dicho, sino que se limita a requerir la información necesaria para detectarlos (art. 5) y establece los lineamientos generales de un procedimiento de revisión (arts. 20 y 21) a los fines de diferenciarlo del procedimiento de verificación de variaciones patrimoniales significativas e injustificadas. Los procedimientos de revisión de eventuales conflictos de intereses están orientados, en lo posible, a hacerlos cesar a través de remedios jurídicos contemplados usualmente en los regímenes sobre inhabilidades, incompatibilidades o conflictos de intereses propiamente dichos. El rol de la autoridad competente en estos casos se orienta a buscar una solución para evitar un conflicto futuro o hacer cesar una situación conflictiva detectada. Las soluciones a tales conflictos –que la LEY MODELO no aborda– son variadas en el derecho comparado e incluyen, entre otras, la excusación para casos concretos, divulgación de la declaración de la situación de conflicto, la enajenación de los bienes financieros que provoquen el conflicto de interés; la creación de un fideicomiso ciego para la administración de determinado patrimonio o la transferencia del cargo.

CAPÍTULO VI: REGISTRO PÚBLICO DE DECLARACIONES DE INTERESES, INGRESOS, ACTIVOS Y PASIVOS

A pesar de que el MESICIC ha sido consistente en recomendar a sus miembros la adopción de mecanismos de publicidad⁹, sólo 12¹⁰ de los 28 miembros ha adoptado algún mecanismo de publicidad y, en la mayoría de ellos, con restricciones.

La convivencia en un estado democrático de derecho requiere que los servidores públicos estén en condiciones de rendir cuentas de sus actos de modo que los electores puedan adoptar decisiones informadas, incluyendo consideraciones sobre su evolución patrimonial mientras desempeñan funciones públicas e inclusive por un período posterior a tal desempeño. La publicidad de las declaraciones de intereses, ingresos, activos y pasivos de determinados sujetos obligados es un mecanismo que contribuye significativamente a la consecución de tal objetivo.

El acceso a determinada información patrimonial consolidada, su evolución y las fuentes que originan sus modificaciones periódicas constituye un mecanismo de rendición de cuentas permanente sobre cuyos beneficios no parece necesario profundizar.

-
9. Recomendaciones efectuadas a Bahamas, Belice, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Guyana, Honduras, Jamaica, México, Panamá, Paraguay, República Dominicana, Trinidad y Tobago, Venezuela
 10. Comité de Expertos del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción. “Informe Hemisférico de la Segunda Ronda de Análisis del Comité de Expertos del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción”. OEA/Ser.L. SG/MESICIC/doc.227/08 Rev. 1, pág. 39

En muchos países, razones asociadas a los alcances de los derechos a la privacidad, el honor y la seguridad personal de los sujetos obligados y sus familiares han redundado en la postergación de tales beneficios democráticos.

En relación con el derecho a la intimidad, debe notarse que la decisión de aceptar el ejercicio de funciones públicas, especialmente en los más altos cargos, implica ceder parte de la protección que dicho derecho confiere frente, por ejemplo, al derecho a la información, tal como ha sido reconocido por numerosa jurisprudencia internacional.

La evidencia empírica de aquellos miembros del MESICIC en los cuales existe un sistema de publicidad muestra que existen mecanismos intermedios que permiten resguardar la intimidad y la seguridad sin privar a los electores del conocimiento necesario sobre la evolución patrimonial de sus servidores públicos. Por otra parte, es necesario reconocer que no se conoce ningún caso en el cual la información pública del SDIAP hubiera sido utilizada para la planificación o ejecución de delitos.

La LEY MODELO, combinando experiencias exitosas de la región¹¹, ha adoptado un sistema que resuelve la tensión diferenciando el contenido público del contenido confidencial o reservado de la información brindada en la declaración (art. 8). Ello permite que los sujetos obligados preserven los datos que identifican con precisión sus bienes financieros, la ubicación de sus inmuebles, y la identificación de sus bienes muebles registrales -los que resultan de uso exclusivo de las autoridades competentes para verificar variaciones patrimoniales significativas e injustificadas y, al mismo tiempo, rindan cuentas a la ciudadanía a través de la publicidad de información que permite la posibilidad de ejercer el monitoreo social. Tales mecanismos, a su vez, se alinean con los esfuerzos para implementar el sistema adecuadamente, pues el escrutinio público no sólo beneficia al ciudadano elector sino que constituye una importante fuente de alimentación de las tareas de verificación que lleva adelante la autoridad competente¹², retroalimentando el sistema.

Finalmente, la LEY MODELO prevé que el Registro Público de Declaraciones incluya la publicación de un listado de sujetos cumplidores e incumplidores (art. 22 inc. a). Aunque no se trata de una medida sancionatoria, la experiencia de varios países de la región indica que esta medida tiene un importante efecto sobre la reputación de los sujetos obligados, especialmente aquellos que ocupan posiciones electivas o de mayor exposición pública.

CAPÍTULO VII: GUARDA, CONSERVACIÓN Y SEGURIDAD

Una de las finalidades de las DIIAP es detectar delitos asociados con la corrupción, especialmente a través del análisis de variaciones significativas e injustificadas en el patrimonio de los sujetos obligados. Para cumplir esta finalidad, las DIIAP deben ser conservadas durante el lapso que pudieran resultar de utilidad como evidencia en los procesos judiciales. Por ello, el plazo de guarda está relacionado con los de prescripción de los delitos contra la administración pública. La conservación de las DIIAP, por otra parte, ha sido un problema en muchas jurisdicciones que no han previsto las condiciones de archivo y seguridad adecuadas para contar con las DIIAP cuando fueran requeridas por otras autoridades. Si bien es cierto que la implementación de un sistema automatizado debería eliminar este problema, la LEY MODELO destaca en este breve capítulo las condiciones mínimas para que las condiciones de archivo no constituyan un obstáculo a una de las principales finalidades de la LEY MODELO.

11. Argentina, Costa Rica, México

12. En Argentina, por ejemplo, 173 verificaciones fueron comenzadas en 2009 de oficio, a partir de su difusión en medios de comunicación o control de declaraciones juradas. Totalizan el 54% de todas las investigaciones iniciadas ese año. Según el Informe Anual de Gestión 2009 de la Oficina Anticorrupción, esta tendencia se mantiene desde años anteriores..

CAPÍTULO VIII: SANCIONES POR INCUMPLIMIENTO

Los países de la región sancionan la omisión de declarar (89%), la declaración tardía (64%), la declaración falsa (43%) y la declaración incompleta (36%). La LEY MODELO prevé sanciones para estas cuatro conductas (arts. 29-33), aunque, en atención a que las modalidades para declarar previstas en la LEY MODELO excluyen toda declaración ológrafa (art. 9) y sólo excepcionalmente se permite la declaración en formularios impresos (art. 10), la posibilidad de presentar declaraciones incompletas se reduce al máximo.

Como es ampliamente reconocido por la literatura especializada, la principal función de los regímenes sancionatorios –sean penales o administrativos- es reafirmar la vigencia de las reglas que las conductas sancionadas ofenden. Por ello, en el régimen sancionatorio está en juego la credibilidad del sistema: si el sistema amenaza ciertas conductas con sanciones que luego no esta en condiciones de detectar o aplicar pierde legitimidad. En tal sentido, la capacidad de detectar y aplicar sanciones es más relevante que la severidad con la cual las conductas son amenazadas. Además, para ser legítimas, las sanciones deben ser proporcionales a las conductas que pretenden evitar.

El sistema automatizado por el que la LEY MODELO toma partido es un instrumento ideal para detectar declaraciones tardías y omisiones de declarar de manera inmediata. En cambio, la detección de falsedades depende del proceso de verificación.

Siguiendo el modelo que predomina en la región, la LEY MODELO determina sanciones administrativas, pecuniarias y penales, tanto para la omisión de presentación como para las declaraciones incompletas o falsas.

CAPÍTULO IX: CLÁUSULA FEDERAL

En atención a que los Estados Federales son internacionalmente responsables por el cumplimiento de las obligaciones internacionales en relación con la conducta de los Estados Federados, y que la LEY MODELO es una herramienta dirigida a coadyuvar en el cumplimiento de una obligación internacional (art. III.4 de la CICC), se ha incluido, como disposición final, una cláusula dirigida exclusivamente a los seis miembros del MESICIC que han adoptado una estructura constitucional federal, por la cual el Congreso obliga al Gobierno Federal a adoptar las medidas tendientes a que los Estados Federados adopten un SDIAP informado por los mismos principios establecidos en el régimen federal. La adopción de esta cláusula responde a la frecuente alusión, especialmente en los estudios políticos sobre la región, de la necesidad de concentrar esfuerzos en la democratización en los niveles subnacionales.