

DOCUMENTO EXPLICATIVO DEL PROYECTO DE LEY MODELO PARA FACILITAR E INCENTIVAR LA DENUNCIA DE ACTOS DE CORRUPCIÓN Y PROTEGER A SUS DENUNCIANTES Y TESTIGOS

JUSTIFICACIÓN

La Convención Interamericana contra la Corrupción es la norma de Derecho Público Internacional más importante para la Lucha contra la Corrupción en el Hemisferio Americano la misma que, con diferentes grados y avances en su implementación, ha permitido a los distintos países que la han suscrito, contar con un enfoque amplio e integral para la lucha contra este problema que pone en jaque a la gobernabilidad en todo el mundo.

Precisamente, fruto de este enfoque, la Convención Interamericana Contra la Corrupción, contempla un conjunto de medidas preventivas destinadas a crear, mantener y fortalecer diferentes sistemas administrativos para mitigar los riesgos de corrupción o de ser el caso facilitar la acción persecutoria del Estado frente a un acto de corrupción.

Una de las más importantes, es la referida a los Sistemas de Protección de Denunciante, contenida en el Artículo III, inciso 8, que tiene el siguiente texto:

Artículo III

Medidas preventivas

A los fines expuestos en el Artículo II de esta Convención, los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer:

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

Como parte del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción – MESICIC, este artículo ha sido analizado en la Segunda Ronda de Análisis, generándose un conjunto de recomendaciones para los países que participan en el referido mecanismo.

Culminada esta ronda de análisis, y con la emisión del Informe Hemisférico sobre el mismo, se pudieron sintetizar las recomendaciones más comúnmente efectuadas a los países sujetos a revisión, las cuales constituyen orientaciones para futuras políticas públicas

Estas recomendaciones son las siguientes:

SISTEMAS PARA PROTEGER A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS Y PARTICULARES QUE DENUNCIEN DE BUENA FE ACTOS DE CORRUPCIÓN (ARTÍCULO III, PÁRRAFO 8 DE LA CONVENCION)

- *Adoptar medidas de protección para quienes denuncien actos de corrupción que puedan ser objeto de investigación en sede administrativa o judicial.*
- *Establecer mecanismos de denuncia, como la denuncia anónima y la denuncia con protección de identidad, que garanticen la seguridad personal y la confidencialidad de identidad de los funcionarios públicos y ciudadanos particulares que de buena fe denuncien actos de corrupción.*
- *Adoptar medidas de protección, orientadas no solamente hacia la integridad física del denunciante y su familia, sino también hacia la protección de su situación laboral, especialmente tratándose de un funcionario público y cuando los actos de corrupción puedan involucrar a su superior jerárquico o a sus compañeros de trabajo.*
- *Establecer mecanismos para denunciar las amenazas o represalias de las que pueda ser objeto el denunciante, señalando las autoridades competentes para tramitar las solicitudes de protección y las instancias responsables de brindarla.*
- *Establecer mecanismos para la protección de testigos, que otorguen a éstos las mismas garantías del funcionario público y el particular.*
- *Establecer mecanismos que faciliten, cuando sea pertinente, la cooperación internacional en las materias anteriores incluyendo la asistencia técnica y la cooperación recíproca que establece la Convención, así como el intercambio de experiencias, la capacitación y la asistencia mutua.*
- *Simplificar la solicitud de protección del denunciante.*
- *Adoptar disposiciones que sancionen el incumplimiento de las normas y/o de las obligaciones en materia de protección.*
- *Adoptar disposiciones que definan claramente las competencias de las autoridades judiciales y administrativas en materia de protección.*

Con estos antecedentes, el Departamento de Cooperación Jurídica de la Organización de Estados Americanos - a través del Proyecto de Cooperación denominado “Apoyo a acciones concretas de cooperación contra la corrupción en el marco del MESICIC”, que pretende ayudar a los países integrantes del Mecanismo de Seguimiento de la Convención Interamericana contra la Corrupción promoviendo el fortalecimiento de sus instrumentos jurídico institucionales y de sus acciones de cooperación internacional para enfrentar la corrupción - ha previsto desarrollar un proyecto de ley modelo que desarrolle integralmente el artículo III párrafo 8 de la Convención Interamericana contra la Corrupción, y sobre todo las recomendaciones hechas por el Comité de Expertos de MESICIC.

Cabe resaltar el carácter participativo que tuvo el proceso de elaboración de la norma, habiendo sido, una primera versión de la norma, discutida y analizada los días 6 y 7 de Abril del 2011 en la ciudad de Lima, a través de una Mesa de Expertos compuesta por funcionarios relacionados con la aplicación

de sistemas de protección de denunciantes y testigos de actos de corrupción en el Canadá, Estados Unidos, México, Chile y el Perú.

Con estas consideraciones, el texto que se presenta, ha procurado abordar de forma integral todos los asuntos relacionados con la protección de denunciantes y testigos de buena fe que hayan denunciado actos de corrupción, ampliando sus propósitos iniciales y configurando un cuerpo jurídico integral que fortalece los sistemas institucionales y jurídicos para la lucha contra la corrupción en las Américas.

Debe advertirse que el propósito de una ley modelo – y esta no es la excepción- no es generar una norma rígida e inmodificable que vaya a ser presentada íntegramente a todos los parlamentos de los miembros de OEA, sino, y por el contrario, dotar a los países que la vayan a utilizar del mayor número de posibilidades e instrumentos que puedan reflejarse en una norma óptima ajustada a su respectiva realidad. Para ello se ha tomado la previsión necesaria de señalar diversos artículos que podrían ser adaptados a los diversos sistemas e instituciones jurídicas de cada país, de tal forma que no se vulneren otras normas vigentes en el país.

Considerando este marco justificatorio, se procede a explicar el contenido de cada uno de los capítulos y artículos que componen la **Ley Modelo para Facilitar e Incentivar la Denuncia de Actos de Corrupción y Proteger a sus Denunciantes y Testigos**.

El **Capítulo Primero – Consideraciones Generales (Art.1 - Art.6)** - expone un conjunto de disposiciones orientadas a delimitar los ámbitos de competencia y de implementación de la norma.

El primer artículo – Objeto de la Ley- señala meridianamente tres aspectos que configuran el contenido general del texto legal en consonancia con lo prescrito en la Convención Interamericana contra la Corrupción y las recomendaciones del Comité de Expertos de MESICIC. Así tenemos, la referencia a las medidas protectoras, la precisión sobre la naturaleza los solicitantes – señalando que se aplica a los denunciantes y testigos de buena fe-, y finalmente el ámbito de aplicación circunscrita a actos de corrupción que puedan ser investigados administrativa y/o penalmente. Posteriormente cada uno de estos aspectos se desarrolla con mayor profundidad.

También se ha considerado en el Artículo 2 presentar un glosario de términos que facilite la interpretación y adaptación de la norma a las diferentes realidades y sistemas jurídicos de los países de las Américas. Así tenemos definiciones de funcionario público, acto de corrupción, autoridad competente, denunciante de buena fe, testigo de buena fe, denuncia o testimonio de mala fe, persona protegida y medidas de protección.

Importante es resaltar las definiciones de **funcionario público** y **actos de corrupción** porque se ajustan a las prescripciones de la Convención Interamericana Contra la Corrupción delimitando el ámbito de aplicación de la norma.

En efecto, la Ley Modelo hace una referencia expresa a la Convención Interamericana contra la Corrupción, la misma que dispone que debe entenderse por funcionario público a cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos. A esta definición, en un pie de página, se ha añadido una referencia a la definición de entidad pública entendiéndose por esta a todas las entidades, organismos, proyectos, programas y empresas del Estado, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades

administrativas y por tanto sujetas a las normas comunes de derecho público, salvo mandato expreso de ley que las refiera a otro régimen.

Esta referencia, aunque no sea parte del texto principal de la norma, es importante porque los códigos penales, normas especiales en materia penal y la propia Convención Interamericana Contra la Corrupción enmarcan a los delitos de corrupción dentro del ámbito de la administración pública protegiendo el bien jurídico de la “correcta administración pública”.¹

En cuanto a los actos de corrupción, se hace mención expresa de los artículos que contienen la descripción de tipos penales en la Convención Interamericana contra la Corrupción, cuáles son el VI, VIII, IX y XI, pero además se deja abierta la posibilidad de considerar otros tipos penales que cada país en su ordenamiento jurídico haya considerado en sus respectivos Códigos Penales o leyes especiales; finalmente, se hace una mención expresa a las faltas o ilícitos de carácter administrativo cuya inclusión, como se señaló anteriormente, fue recomendadas por el Comité de Expertos de MESICIC.²

Sobre el particular³, la consideración de faltas administrativas, se encuentran tipificadas en distintas normas laborales y/o administrativas y están orientadas a sancionar el incumplimiento de deberes administrativos por los funcionarios y servidores públicos sin los cuales la función pública y los fines del Estado dejarían de tener sentido. Estas faltas de naturaleza administrativa son sancionadas a través del denominado Procedimiento Administrativo Sancionador, el mismo que es una potestad del “*jus puniendi*” de las entidades públicas y que en cada país tiene su propia regulación diferente al de la jurisdicción penal.

Por su parte el derecho penal, a diferencia del derecho administrativo, recae en la sanción de conductas típicas, antijurídicas y culpables en relación a la protección de diferentes bienes jurídicos como la vida, el honor, entre otros y que por su ámbito de aplicación, más allá de la administración pública y de los funcionarios y servidores públicos, recae en tribunales especiales de carácter general con sus propios procedimientos y normas.

No obstante, algunas faltas administrativas y los delitos, pueden coincidir con el sentido general de un acto de corrupción, vale decir el uso o abuso del poder público o de la autoridad en beneficio

-
1. Debe señalarse que un aporte de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción en su artículo 3 – Ámbito de aplicación- es establecer que para la aplicación de la referida Convención no es necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado, con lo cual se abre el espacio para considerar la corrupción en el sector privado. Sin embargo, este aspecto novedoso aún está por desarrollarse pues la mayoría de los Códigos Penales de los países del hemisferio y la propia Convención Interamericana contra la Corrupción no están orientados en este mismo sentido.
 2. Por lo general estas faltas se encuentran en las leyes especiales sobre servicio y carrera administrativa, Códigos de Ética, Códigos Disciplinarios, entre otros, de acuerdo al ordenamiento jurídico de cada país.
 3. Informe Hemisférico de la Segunda Ronda de Análisis del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción / Recomendaciones sobre la existencia de Sistemas para proteger a los funcionarios públicos y particulares que denuncien de buena fe actos de corrupción
 - Adoptar medidas de protección para quienes denuncien actos de corrupción que puedan ser objeto de investigación en sede administrativa o judicial.
 - Adoptar disposiciones que definan claramente las competencias de las autoridades judiciales y administrativas en materia de protección.

particular, por tanto quedan sujetos a los alcances de una norma de protección de denunciantes y testigos de actos de corrupción.⁴

Considerando estos argumentos sobre la diferente naturaleza administrativa y penal de los actos de corrupción, el Comité de Expertos de MESICIC, señaló la necesidad de determinar a las **Autoridades Competentes** para la recepción de denuncias y solicitudes de protección, calificación, concesión y ejecución de medidas de protección.

Al respecto, la Ley Modelo propone que se considere a entidades externas o autónomas de las entidades de gobierno, en consonancia con recomendaciones de instituciones como Anti-Corruption Resource Centre U4⁵, que señala que lo recomendable en una legislación de este tipo es lograr que los procedimientos de recepción de denuncias, calificación y concesión de medidas de protección estén a cargo de entidades externas a las propias entidades, a fin de garantizar su imparcialidad y autonomía en la imposición de sanciones y en la concesión de medidas de protección.

Aunque evidentemente en los diferentes países no existe homogeneidad en el ordenamiento jurídico administrativo, la Ley Modelo propone que en el ámbito administrativo la entidad idónea para recibir, calificar y otorgar medidas de protección sea la Contraloría General y en el ámbito judicial o penal el Ministerio Público

Se ha considerado a la Contraloría General por ser una entidad autónoma al Ejecutivo con facultades para recepcionar denuncias de carácter administrativo e incluso, ya en algunos países, con facultades sancionatorias en este ámbito.

En relación al Ministerio Público para el fuero jurisdiccional -penal, se considera su idoneidad por la titularidad de la acción penal y por tanto la primera autoridad en tomar conocimiento de los hechos punibles en representación de la sociedad.

En cuanto a las competencias para la ejecución, la Ley Modelo que de acuerdo a la naturaleza de las medidas de protección concedidas se podrá solicitar a las distintas dependencias públicas su concurso, inclusive a las autoridades de otros Estados. Así por ejemplo, si las medidas de protección asignadas corresponden a la concesión de protección policial permanente o la emisión de nueva documentación, se solicitará la participación de los servicios policiales y los de registro de identificación civil correspondientemente.

En relación a la **Persona Protegida**, la Ley Modelo recoge la recomendación del Comité de Expertos de MESICIC, para que se ampare – además de los denunciantes- a los testigos de los actos de corrupción. En efecto, y a pesar que la Convención Interamericana contra la Corrupción no hace una mención expresa a la protección de testigos de actos de corrupción, de forma recurrente en varios informes país, el Comité de Expertos de MESICIC⁶, señaló la importancia de considerar a los

4. Definición propuesta por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD en el documento *La Lucha contra la Corrupción para Mejorar la Gobernabilidad* - 1998 “La corrupción es el mal uso de los poderes públicos, cargos o autoridad para beneficio privado...”

5. *Good Practice in Whistleblowing Protection Legislation (WPL)*, *Anticorruption Resource Centre U4*, 2009.

6. Convención Interamericana contra la Corrupción. Artículo III.- Medidas preventivas: A los fines expuestos en el Artículo II de esta Convención, los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer: [...] 8. Sistemas para proteger a los funcionarios públicos y ciudadanos particulares que denuncien de buena fe actos de corrupción, incluyendo la

“testigos” en los programas de protección de denunciantes considerando el valor de la información que estos pudieran tener al haber tomado conocimiento directo de los actos sancionables.

En efecto, un **denunciante** tiene limitada su participación a poner en conocimiento de las autoridades un determinado hecho de corrupción, que puede o no dar inicio a un proceso de investigación, no participando en el desarrollo del proceso en si mismo. Por su parte un **testigo** de acto de corrupción si bien no interviene facilitando información que podría dar inicio a un proceso penal o administrativo, participa activamente en los procedimientos de investigación del mismo, teniendo mayores niveles de exposición que lo hacen más vulnerable a represalias que podrían atentar contra el goce de sus derechos.

Bajo estas consideraciones generales se abre un amplio catálogo de posibilidades de personas que podrían ser amparadas por los alcances de la ley, precisándose como excepciones a quienes hayan formulado **denuncias de mala fe**, entendiéndose por ellas a quienes a sabiendas que los actos no se han cometido, o simulando pruebas o indicios de su comisión, generen denuncias e investigaciones de tipo administrativo o penal frente a terceros.

De igual modo y con el propósito de no fomentar la comisión de otros delitos se exceptúa de los beneficios de esta ley a los solicitantes de medidas de protección que sustenten su denuncia en información obtenida lesionando derechos fundamentales, como por ejemplo la violación del secreto a las comunicaciones, la extorsión, entre otros delitos.

Asimismo, se contempla una tercera excepción, relacionada a exceptuar de los beneficios de la ley a todas aquellas personas que hayan sido expulsadas de los Programas de Denunciantes y Testigos de Actos de Corrupción comprendiendo que la concesión de medidas de protección es un acto que implica obligaciones para sus beneficiarios que deben ser honradas, máxime si se considera los altos costos y riesgos para la administración estatal que implica la implementación de una ley de este tipo.

Finalmente, se considera un artículo especial por el cual se deja establecido que la documentación de la denuncia, así como los actuados posteriores no son accesibles a través del ejercicio del Derecho de Acceso a la Información por considerarse información de carácter confidencial.

Este articulado ha sido incluido en la Ley Modelo como una manera de prevenir el mal uso del Principio de Publicidad⁷ que eventualmente podría poner en peligro la seguridad de los denunciantes y testigos; pues, si bien toda acción del Estado es posible de ser conocida por cualquier ciudadano, existe información exceptuada por razones de peligro público o de violación de derechos que es necesario proteger.

El Capítulo II – Facilitación e incentivos para la denuncia de actos de corrupción (Art.7 – Art.15) contiene un conjunto de artículos relacionados con la creación de condiciones administrativas y jurídicas que promueven la interposición de denuncias de actos de corrupción.

protección de su identidad, de conformidad con su Constitución y los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno.

7. El Principio de publicidad reconoce que toda actividad del Estado se presume pública y por tanto posible de ser conocida por cualquier ciudadano. Está amparada en numerosas legislaciones nacionales en el hemisferio y a nivel internacional en normas importantes como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, entre otras.

El capítulo inicia señalando la obligación de denunciar actos de corrupción que tiene todo ciudadano teniendo como contraparte la protección debida del Estado que debe garantizar el ejercicio pleno de los derechos de los denunciantes. Para ello todo denunciante por el mismo hecho de serlo cuenta con garantías y medidas de protección básicas que no requieren de un acto motivado de la autoridad competente según sea la naturaleza del acto de corrupción.

Además, la implementación de una norma de este tipo requiere de la máxima difusión posible por lo que, por ejemplo en el caso de los funcionarios públicos, se debe obligar a los empleadores a poner en conocimiento de sus trabajadores los alcances y beneficios de la norma dándoseles a conocer al momento de su contratación e inicio del vínculo con la entidad estatal.

Un aspecto importante a resaltar, y que recoge las recomendaciones del Comité de Expertos de MESICIC, es la posibilidad de interponer denuncias de carácter anónimo⁸ y denuncias en las que se considere la reserva de la identidad de los denunciantes.

La denuncia anónima tiene como consecuencia la valoración de la información entregada por la Autoridad Competente y de ser el caso, y en uso de sus competencias, determinar el inicio de las investigaciones pertinentes.

Por su parte la reserva de la identidad, de acuerdo a la propuesta de ley es una garantía que se otorga a todos los denunciantes para que puedan interponer sus denuncias sin temor a ninguna represalia debiendo asignarse para tal efecto un código numérico especial no pudiendo hacerse referencia directa a su identidad en cualquier diligencia posterior. Del mismo modo, y a fin de garantizar el cumplimiento de esta disposición, se ha considerado como un deber de los funcionarios de los Programas de Protección susceptible de sanción – de acuerdo a la prescrito en el Capítulo VII de la presente Ley Modelo - mantener un registro con los nombres y fechas de todas las personas que hubieran tomado conocimiento del expediente de denuncia quedando impedidas de dar a conocer esa información de un modo que, revele su identidad, o la de cualquier persona vinculada con él.

Otro aspecto abordado en la Ley Modelo es la denuncia de un acto de corrupción dentro de una entidad pública por parte del personal de la misma, circunstancia en donde se podrían ejercer represalias o actos de hostilidad atendiendo las relaciones de dependencia y subordinación de cualquier estructura administrativa.

Sobre el particular se ha dejado claramente establecido que en ningún caso la formulación de denuncia al superior podrá ser interpretada como un incumplimiento de obligaciones contractuales o una falta de lealtad con la autoridad o con la institución que puedan dar lugar a medidas sancionatorias. Al respecto, cabe tener en cuenta la experiencia australiana, en la cual y como consecuencia de la formulación de denuncias se producían despidos o ceses en el trabajo argumentándose un incumplimiento o falta de lealtad al superior. Por ello se recomienda que las legislaciones deban prever este aspecto señalando la prohibición de su invocación en estos casos.

8. La mayoría de los informes país y el Informe Hemisférico de la Segunda Ronda de Análisis de MESICIC recomiendan establecer mecanismos de denuncia, como la denuncia anónima y la denuncia con protección de identidad, que garanticen la seguridad personal y la confidencialidad de identidad de los funcionarios públicos y ciudadanos particulares que de buena fe denuncien actos de corrupción.

Siendo así cualquier acto de hostilidad o represalia originada por una denuncia de un acto de corrupción deberá ser amparada por las autoridades competentes, las mismas que deberán prestar las medidas de protección básicas que impidan una alteración indebida de sus derechos y además coordinar con las autoridades administrativas supervisoras de los derechos laborales para que se constate lo denunciado en forma sumaria y de ser el caso se impongan las sanciones del caso.

Asimismo, se ha considerado que los países que adopten la Ley Modelo, de ser el caso, implementen un conjunto de medidas destinadas a facilitar el acto de denuncia de los actos de corrupción a través de medidas como, por ejemplo, la designación de funcionarios especializados para la atención de denuncias de actos de corrupción, procedimientos de trámite documentario diferentes a los ordinarios, facilitación de un formato específico para denuncias⁹, asignación de número telefónico específico para la atención de denuncias de actos de corrupción, creación de cuenta de correo electrónico específica para la atención de denuncias de corrupción, presentación de la denuncia por interposición persona sin revelar la identidad del denunciante, entre otras.

Finalmente, es de anotar que, recogiendo las experiencias de la legislación de México, Estados Unidos y Perú¹⁰, y a fin de incentivar la interposición de denuncias se ha dispuesto que los denunciantes puedan beneficiarse con un porcentaje del valor de lo recuperado o resarcido luego de determinarse las responsabilidades y las sanciones de los actos de corrupción. No obstante, este beneficio no será de aplicación cuando se llegue a determinar que el denunciante y/o testigo ha tenido algún grado de participación en el acto de corrupción que lo haya beneficiado directamente o si este hecho no haya sido declarado inicialmente.

A partir de la consideración expuesta anteriormente, sobre la necesidad de plantear diferencias para la protección de denunciantes y de testigos de actos de corrupción, el **Capítulo III – Protección a denunciantes de actos de corrupción (Art.16 – Art.19)** establece un conjunto de disposiciones que tienen por finalidad proteger a los denunciantes de actos de corrupción garantizando la protección de sus derechos que podrían ser vulnerados a consecuencia de su denuncia.

A fin de dar la máxima protección a los denunciantes de actos de corrupción se ha planteado una división de las medidas de protección en básicas y adicionales a las cuales accederían los denunciantes de actos de corrupción.

Las medidas de protección básicas son todas aquellas a las que cualquier denunciante de actos de corrupción podría acceder sin la necesidad de requerir de un pronunciamiento motivado por parte de la autoridad siendo concedidas por el sólo hecho de interponer una denuncia. Estas medidas son la asistencia legal para los hechos relacionados con su denuncia y la reserva de su identidad.

Además, se deja expresamente establecido que de ser el denunciante funcionario público no podrán alterarse sus condiciones laborales¹¹. En consecuencia no podrá ser cesado, despedido o removido de su cargo a consecuencia de la denuncia y de ser el caso que el denunciante sea un ciudadano que no ejerce función pública se dispondrá de la debida asistencia para la defensa de sus derechos bajo las normas laborales del sector privado.

9. El Informe de México de la Segunda Ronda de Análisis sobre la implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción recomendó simplificar la solicitud de protección de denunciantes.

10. Ley 29542 de la República del Perú.

11. El informe de México, Brasil, Colombia, Perú, entre otros recomiendan que se consideren medidas para proteger a los denunciantes en su situación laboral de posibles represalias u hostilizaciones.

De ser necesario, la autoridad podría conceder medidas de protección adicionales, las que se aplican cuando, y de acuerdo a las circunstancias particulares de cada caso, el denunciante podría estar expuesto a riesgos o atentados contra el goce de sus derechos a consecuencia de su denuncia.

A diferencia de las medidas de protección básicas éstas tienen un carácter de excepcionalidad por lo que requieren de un pronunciamiento de la autoridad competente quien dispondrá su aplicación su temporalidad y sus alcances respectivos. Estas medidas pueden ser de protección laboral (Traslado de dependencia administrativa dentro de la entidad, traslado de centro de trabajo según sea el caso, suspensión con goce de haber del trabajo sin generar precedentes reprochables, otras que considere la autoridad) y medidas de protección personal (Protección policial, cambio de residencia u ocultación del paradero del denunciante, otras que considere la autoridad)

Finalmente se deja expresamente señalado que -considerando que la participación del denunciante en el procesamiento del acto de corrupción está circunscrito al acto de entrega de información para el inicio de una investigación penal o administrativa - podría existir la necesidad de requerir su concurso para nuevas diligencias durante el proceso pudiendo necesitarse la concesión de medidas de protección específicamente diseñadas para los testigos de actos de corrupción. De ser el caso siempre se requerirá la motivación expresa de la autoridad competente para proceder de esta forma.

El Capítulo IV – Protección a testigos de actos de corrupción (Art.20 –Art.22) aborda la protección de testigos de corrupción a través de un conjunto de disposiciones orientadas a garantizar la participación de los mismos durante el proceso penal o administrativo de un determinado acto de corrupción.

Para ello reconoce que los testigos de actos de corrupción por su naturaleza tienen una mayor participación durante el proceso de investigación de un acto de corrupción, por lo que su exposición al peligro o a represalias es mayor que la de un denunciante, requiriéndose de medidas de protección específicas que garanticen el ejercicio de sus derechos y además su participación durante las diligencias necesarias dentro de un proceso penal o administrativo de un acto de corrupción.

Al igual que en el caso de los denunciantes también se ha contemplado medidas básicas de igual naturaleza y contenido, y un conjunto de medidas de protección adicionales de carácter excepcional que requieren de la motivación de las autoridades competentes, atendiendo las particularidades y sobre todo el grado de peligro al que esté expuesto el testigo del acto de corrupción.

Las medidas de protección adicionales se clasifican en medidas de protección laboral como por ejemplo: traslado de dependencia administrativa dentro de la entidad, suspensión con goce de haber del trabajo sin generar precedentes reprochables al denunciante y/o testigo, traslado de centro de trabajo y otras que considere la autoridad.

Asimismo, las medidas de protección personal son: Reserva de su identidad en las diligencias que intervenga imposibilitando que en las actas se haga mención expresa a sus nombres, apellidos, domicilio, lugar de trabajo, profesión o cualquier otro dato que ponga en evidencia al testigo; intervención en las diligencias utilizando métodos que imposibiliten su identificación visual o auditiva del testigo (distorsionadores de voz, rostros cubiertos, etc.); uso de procedimientos mecánicos o tecnológicos que eviten la participación física del testigo en las diligencias (videoconferencias, teleconferencias, etc.); cambio de identidad, protección policial que puede incluir la designación de personal policial en forma permanente en su domicilio y en sus desplazamientos cotidianos; cambio de residencia u ocultación del paradero del testigo; asistencia monetaria para su

subsistencia en caso quede desamparado con motivo de su denuncia; señalamiento de sede diferente a su domicilio para las notificaciones propias del proceso de investigación y otras que considere la autoridad.

El Capítulo V – Solicitud y Concesión de Medidas de Protección (Art. 23 – Art. 38) se inicia precisando que la solicitud de medidas de protección no es un acto jurídicamente equivalente a una solicitud de medidas de protección, encontrándose diferencias en su propósito, en el momento de su interposición y en sus efectos o consecuencias jurídicas, por lo que han sido reguladas en capítulos distintos.

Por su propósito, la denuncia de actos de corrupción busca iniciar un proceso de juzgamiento de un acto de corrupción, mientras que la solicitud de medidas de protección busca conseguir el amparo de una autoridad para ser beneficiario de determinadas medidas de protección por considerarse que sus derechos pudieran verse vulnerados como consecuencia de una denuncia o de un testimonio de acto de corrupción; por el momento de su interposición se diferencian en que ambas no necesariamente se presentan en el mismo momento pudiendo existir oportunidades en las que la denuncia y la solicitud de medidas de protección sea presentada sola ante la autoridad o que ambas sean presentadas conjuntamente; y por sus efectos o consecuencias jurídicas se diferencian en que el amparo de una denuncia no necesariamente justifica el amparo de una solicitud de medidas de protección teniendo ambas un tratamiento y calificación diferente.

Es de advertir que no se hace una mención expresa a requisitos o procedimientos para interponer denuncias de actos de corrupción porque ello correspondería a la política criminal y legislación procesal penal o procesal administrativa de cada país. No obstante, si se abordan aspectos concretos de la denuncia en el marco de uno de los propósitos generales de la Ley Modelo cual es proteger o mitigar posibles riesgos o represalias relacionadas con una denuncia o testimonio de actos de corrupción. En ese sentido, es de resaltar que su presentación no condiciona de ningún modo la concesión de medidas de protección, pudiendo presentarse el caso que la Autoridad Competente asuma un rol mucho más proactivo y, de considerar necesario, exhortar a los denunciantes y testigos de actos de corrupción que no la hayan solicitado la necesidad de su aplicación.

Procedimentalmente la Ley Modelo señala que presentada una solicitud de medidas de protección corresponde determinar su admisibilidad a través de la verificación de requisitos mínimos que aseguren a la Autoridad Competente contar con mínimos elementos para la calificación de una solicitud de medidas de protección. Estos requisitos mínimos se refieren a la relación de la información que sustenta la solicitud con una acción u omisión que revelen actos de corrupción de carácter penal y/o administrativo, la identificación o individualización de los autores del acto de corrupción (de no contarse con la información señalarla expresamente), la vigencia de la posibilidad persecutoria del delito o falta administrativa en vista que este no haya sido ya declarado como cosa juzgada o decidida y/o prescrito, la suscripción del compromiso de colaboración con las diligencias que determine la Autoridad Competente, la solicitud expresa de la necesidad de contar con una medida de esta naturaleza y la identificación de los beneficiarios de las medidas de protección.

Admitida la solicitud de medidas de protección corresponde su calificación por parte de la Autoridad Competente que podrá, de estimarlo conveniente, iniciar la realización de diligencias previas que permitan a la autoridad evaluar la relevancia de la información y las circunstancias de peligro o riesgos que ameriten o justifiquen su concesión

La evaluación de la relevancia de la información, tiene por propósito determinar la utilidad de la información proporcionada y si es que esta verdaderamente beneficia los propósitos de la acción persecutoria de los actos de corrupción, mitigando sus consecuencias o impidiendo su consumación.

En ese sentido, la información presentada para ser relevante y merecer la concesión de una medida de protección, cuando menos debe permitir a la Autoridad Competente evitar la continuidad, permanencia o consumación del acto de corrupción, o disminuir sustancialmente la magnitud o consecuencias de su ejecución; impedir o neutralizar futuras acciones de corrupción; conocer las circunstancias en las que se planificó y ejecutó el acto de corrupción, o las circunstancias en las que se viene planificando o ejecutando; identificar a los autores y partícipes de un acto de corrupción cometido o por cometerse o a los integrantes de una organización criminal y su funcionamiento, que permita desarticularla, menguarla o detener a uno o varios de sus miembros; averiguar el paradero o destino de los instrumentos, bienes, efectos y ganancias del delito, así como indicar las fuentes de financiamiento de organizaciones criminales; entregar a las autoridades los instrumentos, efectos, ganancias o bienes delictivos producidos por los actos de corrupción; o aportar elementos de valor probatorio para adelantar la investigación.

Por su parte para la evaluación de las circunstancias de peligro para el denunciante y/o testigo de actos de corrupción, se ha dejado establecido que pueden existir condiciones manifiestas o potenciales de peligro que deben ser evaluadas por la autoridad antes de conceder cualquier medida de protección.

Son condiciones manifiestas de peligro aquellas circunstancias en las que ya se han producido actos atentatorios contra los denunciantes o testigos existiendo además la posibilidad que estos continúen o se repitan. Estos atentados u actos de hostilidad pueden ser dirigidos contra la vida, el cuerpo, la salud, integridad de bienes, estabilidad laboral, entre otros que hayan afectado directamente al denunciante o a su núcleo familiar cercano. Por su parte, son consideradas como condiciones potenciales de peligro, a todas las circunstancias en las cuales, ya sea por la lesividad del acto de corrupción, por el involucramiento de bandas organizadas, por el concurso de delitos de alta gravedad y complejidad como el narcotráfico, terrorismo, entre otros; es posible inferir la necesidad de proteger a los denunciantes y testigos, porque de no hacerlo pueden correr graves riesgos contra su estabilidad personal y laboral.

De existir ambas condiciones –relevancia de la información y verificación de circunstancias de peligro- la Autoridad Competente podrá conceder la aplicación de una o más medidas de protección adicionales a través de una resolución que cuando menos debe contener los siguientes extremos: La exposición de los hechos denunciados y de las diligencias efectuadas, las medidas de protección concedidas que deben relacionarse con los hechos expuestos y estar orientadas a prevenir futuras lesiones contra la integridad personal y/o laboral de los solicitantes, el mandato a las autoridades competentes para la ejecución de las medidas de protección en consideración a su naturaleza y finalmente el conjunto de obligaciones a las que el denunciante o testigo protegido quedaría obligado para dar cumplimiento efectivo a la acción protectoria del Estado.

Las obligaciones a las que hace referencia el párrafo anterior tienen por propósito garantizar la adecuada aplicación de medidas de protección evitando poner en riesgos innecesarios a las personas protegidas, y además garantizar el cumplimiento de los fines de un proceso penal o administrativo de un acto de corrupción. Estas obligaciones se refieren a aspectos como cooperar en las diligencias a convocatoria del juez penal y/o autoridad administrativa, mantener un comportamiento adecuado que hagan eficaces las medidas de protección, entre otras medidas a considerar por la Autoridad

Competente. Asimismo se deja establecido que el incumplimiento de estas obligaciones puede ser sancionado por la Autoridad Competente a través de una amonestación o expulsión del Programa de Protección de Denunciantes y Testigos de Actos de Corrupción.

Excepcionalmente este procedimiento puede quedar exceptuado si de la sola solicitud la autoridad evidencia una circunstancia de peligro real, que puede motivar la concesión de medidas de protección en forma cautelar sin tener en consideración los plazos prescritos. Evidentemente, esta figura procesal queda sujeta a la revisión posterior de los requisitos para la concesión de las medidas de protección y en determinadas circunstancias puede resultar útil para el objetivo de proteger a los denunciantes y testigos de buena fe de actos de corrupción y sobre todo a los propósitos de la justicia.

La resolución que otorga medidas de protección a los denunciantes y testigos de buena fe de actos de corrupción, de ser necesario puede ser modificada con posterioridad, a través de las figuras jurídicas de variación y extensión de las medidas de protección. La primera de ellas es aplicable cuando a solicitud del beneficiario, o a criterio de la autoridad, existan justificadas razones para fortalecer la protección o de ser el caso menguarla; y la segunda cuando, a pesar de haberse concluido con los procesos administrativos y/o penales, subsistan las circunstancias de peligro que hagan necesaria la continuación de la acción protectora del Estado.

Es importante señalar que tras el consentimiento de la Resolución que otorga las medidas de protección, el denunciante o testigo protegido, deberá de firmar un Acta de Compromiso donde se de cuenta de la solicitud, las medidas concedidas, las obligaciones a las que queda sujeto, y las posibles sanciones a ser aplicadas en caso de su incumplimiento. De esta forma se da fe del compromiso del beneficiario y se advierte la necesidad de su colaboración para garantizar su propia seguridad.

Finalmente el capítulo hace referencia a la transferencia de fuero que implica el traslado de los actuados a la Autoridad Competente debida cuando la denuncia o la solicitud de medidas de protección ha sido presentada a otra entidad diferente. En este caso se dispone que este procedimiento deba realizarse manteniendo las máximas garantías que impidan difundir, de cualquier modo, información confidencial que ponga en riesgo la integridad del denunciante y/o testigo de buena fe de actos de corrupción, siendo aplicables sanciones de diverso tipo dependiendo de las circunstancias.

El **Capítulo VI – Medios Impugnatorios (Art. 39 Art. 41)** detalla los medios impugnatorios en sede administrativa y penal que corresponderían interponerse con la finalidad de revocar o modificar los pronunciamientos de la Autoridad Competente que otorga las medidas de protección a los denunciantes y testigos de actos de corrupción.

Debe señalarse que estos medios de impugnación- al referirse a actos propios del derecho administrativo y penal- podrían ya encontrarse regulados en normas especiales por lo que su contenido tiene un carácter referencial pudiendo ser modificados de ser el caso.

En sede administrativa se consideran tres recursos impugnatorios que son los de reconsideración, apelación y el excepcional recurso de revisión. El primero procede cuando se aporta nueva prueba o nueva información; el segundo cuando exista una diferente interpretación de lo expuesto cuestiones de puro derecho; y el tercero, excepcionalmente, se aplica cuando aún exista una instancia nacional que pueda revisar el caso por cuestiones de puro derecho.

Culminados los plazos de impugnación y de ya no existir instancias para la impugnación administrativa se considerará como cosa decidida el pronunciamiento de la autoridad pudiendo solamente impugnarse en fuero judicial.

En sede jurisdiccional, y considerando el supuesto que es el Ministerio Público la Autoridad Competente en la materia se ha considerado el típico recurso impugnatorio de queja aplicable a sus pronunciamientos. Este recurso procede cuando no se encuentra conformidad con el pronunciamiento de la autoridad fiscal sobre un determinado hecho y se dirige directamente al inmediato superior.

El Capítulo VII – Responsabilidad por incumplimiento de funciones (Art. 42- Art. 48) desarrolla una recomendación del Comité de Expertos de MESICIC¹² relacionada con la imposición de sanciones por el incumplimiento de acciones, por dolo o negligencia, que impidan la efectivización de las medidas de protección

Sobre el particular, se han desarrollado artículos que establecen las responsabilidades de tipo administrativo, civil y penal a las cuales podrían incurrir funcionarios que de mala fe o por negligencia pongan en riesgo a los testigos y denunciados protegidos.

En cuanto a la responsabilidad administrativa - y en consideración a la garantía procesal por la cual no puede haber sanción si no preexiste una falta tipificada que la prohíba - se han detallado deberes específicos exigibles a todos los funcionarios que participen en los programas de protección de testigos, los mismos que de no ser cumplidos implicarían la violación de deberes funcionales teniendo como consecuencia la imposición de sanciones de tipo administrativo.

Estos deberes tienen por característica asegurar la buena administración de un programa de testigos permitiendo que cumpla con sus objetivos. Son: Recibir oportuna y diligentemente las denuncias, solicitudes de protección, o recursos impugnatorios; entregar, dentro del término legal, los documentos recibidos a la autoridad que deba decidir u opinar sobre ellos; resolver motivadamente los asuntos sometido a su competencia; comunicar dentro del término legal la causal de abstención en la cual se encontraría incurso en caso de una manifiesta incompatibilidad cumplir oportuna y diligentemente los mandatos de mandatos superiores o administrativo; ejercer sus funciones sujeto al mandato estricto de la ley; no difundir de cualquier modo o permitir el acceso a la información confidencial que ponga en riesgo la integridad del denunciante y/o testigo.

A partir de esta consideración y en razón a la garantía procesal de la no imposición de una sanción que no esté previamente establecida en la ley, se exponen un conjunto de sanciones leves (Amonestación, suspensión y multa aplicable hasta 10 salarios mínimos referenciales) y graves que implican la pérdida del vínculo laboral o contractual con la entidad (Resolución contractual, destitución o despido).

Asimismo, y teniendo en cuenta que el fuero administrativo sanciona el incumplimiento de deberes funcionales, se hace necesario establecer determinados criterios para la imposición de sanciones, habiéndose considerado cinco aspectos que pueden justificar su graduación. Son: el perjuicio ocasionado al denunciante y/o testigo, la afectación a los procedimientos, la naturaleza de las funciones desempeñadas así como el cargo y jerarquía del infractor, la reincidencia del acto y finalmente la intencionalidad con la que se haya actuado.

12. El informe de Colombia es muy explícito en esta recomendación que además también ha sido considerada en el Informe Hemisférico de la Segunda Ronda de Análisis de MESICIC.

En relación a la responsabilidad civil considerando que la infracción por acción u omisión de deberes relacionados con la concesión de medidas de protección a los denunciantes y testigos de actos de corrupción, puede ocasionar daños y perjuicios a los solicitantes y al Estado en si mismo, es posible entablar una demanda civil que resarza los daños y perjuicios ocasionados.

Finalmente, la responsabilidad penal se ampara en la existencia de un tipo penal específico que sancione el incumplimiento de funciones. En el texto de la Ley Modelo se sugiere el de omisión de funciones que también podría ser modificado en función de la denominación y regulación propia de cada país.

El Capítulo VIII – Mecanismos de Cooperación Internacional- (Art.48–Art.56) se enmarca dentro del principio de reciprocidad del derecho internacional reconocido también por la Convención Interamericana contra la Corrupción que rige en el hemisferio.

Se establece que son tres los ámbitos de cooperación internacional que pueden ser invocados. El primero circunscrito a la implementación de medidas de protección de denunciantes y testigos de de actos de corrupción, el segundo a la aplicación de procedimientos jurisdiccionales en donde participen denunciantes y testigos protegidos y el tercero referido a la cooperación para el fortalecimiento institucional.

La cooperación para la implementación de medidas de protección se justifica en la necesidad de alcanzar unas condiciones excepcionales que eviten daños a la integridad de los denunciantes y testigos de actos de corrupción, pues de permanecer sólo bajo la capacidad y cuidado de las autoridades nacionales quedarían en grave riesgo. Estas medidas podrían ser la emisión de nueva identidad, el cambio de residencia u ocultamiento del paradero del denunciante y/o testigo y el traslado del centro de trabajo en similares condiciones a otro país, u otras a considerar por la Autoridad Competente.

En relación a la cooperación o asistencia mutua para la aplicación de procedimientos jurisdiccionales, en donde haya la participación de testigos o denunciantes protegidos, se ha tomado como marco referencial los enunciados de la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal que establece un conjunto de mecanismos que permiten a los Estados prestarse cooperación para la aplicación de diligencias procesales como por ejemplo: recibir testimonios y/o declaraciones que el país requirente lo considere, notificar las resoluciones, realizar inspecciones o incautaciones, trasladar al denunciante y/o testigo protegido al país que otorgó la medida de protección a sola solicitud, facilitar copia de cualquier documentación que sea necesaria para el esclarecimiento de los hechos denunciados que motivaron el otorgamiento de medidas de protección, entre otros.

Por su parte los artículos referidos a la Cooperación para el Fortalecimiento Institucional recoge las recomendaciones del Comité de Expertos de MESICIC y de la propia Convención Interamericana contra la Corrupción, para establecer amplios mecanismos de cooperación bilateral y multilateral que ayuden a los países del Hemisferio a implementar de mejor forma sus legislaciones y políticas públicas para la lucha contra la corrupción¹³.

13. Los Informes de la Segunda Ronda de Análisis de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción de Brasil, México, Perú, entre otros han recomendado impulsar mecanismos de cooperación en materia de protección de denunciantes y/o testigos.

Para esto y en consideración a que en la Administración Pública prima el principio de publicidad de la ley por la cual solamente están posibilitadas de hacer aquello que explícitamente la norma les permite, se autoriza a las entidades competentes en sede administrativa y/o judicial para que en el marco de los acuerdos y tratados existentes y del principio de reciprocidad consagrado por la Convención Interamericana contra la Corrupción¹⁴ se preste la más amplia cooperación con las entidades competentes de otros Estados, a través de mecanismos como la asistencia técnica mutua, reuniones de intercambio de experiencias, pasantías en otras entidades similares y otras de similar naturaleza.

Estos mecanismos pueden efectivizarse en el marco de acuerdos bilaterales o través de los esfuerzos de los organismos de cooperación multilateral como por ejemplo los del Departamento de Cooperación Jurídica de la Organización de Estados Americanos.

Finalmente, el capítulo hace referencia a aspectos procedimentales para efectivizar los mecanismos de cooperación como, por ejemplo, la forma de tramitación de las solicitudes que deben hacerse en función de las normas del Estado requerido. En sentido inverso cuando el Estado es requerido para la implementación de medidas de asistencia mutua- se dispone que todas sean solicitadas a través de la Autoridad Nacional en materia de cooperación jurisdiccional y cuando se traten de aspectos propios de sede administrativa el tratamiento sea directo entre entidades competentes para otorgar medidas de protección.

Sobre el financiamiento se ha dispuesto que en lo posible puedan celebrarse convenios que fijen reglas específicas para financiar la cooperación en materia de protección de testigos sobre todo para aquella referida a la implementación de medidas de protección.

Sin embargo, por regla general, todos los gastos directos deberían de ser cubiertos por el Estado requerido atendiendo a la rapidez de los procedimientos, las siempre dificultosas operaciones financieras entre Estados, la excepcionalidad de la medida y sobre todo la invocación del principio de reciprocidad: mientras que todos los gastos indirectos (manutención de personas protegidas, honorarios de peritos, transporte de persona protegida o de sus familiares, entre otros) serán asumidos por el Estado requirente.

Asimismo, y considerando que existe la posibilidad que exista el caso de un testigo o denunciante protegido que se encuentre cumpliendo condena en otro país diferente al del Estado requirente, son perfectamente aplicables las normas relacionadas al traslado de personas contenidas en la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal, no siendo justificable la creación de un nuevo procedimiento.

14. Convención Interamericana contra la Corrupción.- Artículo XIV.- Asistencia y cooperación: 1. Los Estados Partes se prestarán la más amplia asistencia recíproca, de conformidad con sus leyes y los tratados aplicables, dando curso a las solicitudes emanadas de las autoridades que, de acuerdo con su derecho interno, tengan facultades para la investigación o juzgamiento de los actos de corrupción descritos en la presente Convención, a los fines de la obtención de pruebas y la realización de otros actos necesarios para facilitar los procesos y actuaciones referentes a la investigación o juzgamiento de actos de corrupción.
2. Asimismo, los Estados Partes se prestarán la más amplia cooperación técnica mutua sobre las formas y métodos más efectivos para prevenir, detectar, investigar y sancionar los actos de corrupción. Con tal propósito, propiciarán el intercambio de experiencias por medio de acuerdos y reuniones entre los órganos e instituciones competentes y otorgarán especial atención a las formas y métodos de participación ciudadana en la lucha contra la corrupción.

El último **Capítulo IX – Bases para la Creación y Operatividad de un Programa de Protección de Denunciantes y Testigos de Actos de Corrupción (Art. 58–Art. 60)** - dispone un conjunto de artículos para la creación y sostenimiento de un Programa de Testigos específico para la implementación de la ley.

Con esta finalidad, y considerando el rango de una ley aprobada por el Poder Legislativo, se obliga al Poder Ejecutivo a garantizar la dotación de recursos económicos, personal idóneo con garantías para el ejercicio de su labor, condiciones logísticas, entre otros.

Para culminar el texto de la Ley Modelo ha considerado dos disposiciones finales, estableciendo que las legislaciones de los niveles subnacionales de gobierno – en el caso de Estados Federales- deben de mantener armonía con el marco general de la Ley Nacional pudiendo establecerse acuerdos de cooperación entre las entidades federativas y el Estado Federal para el mejor desempeño de los programas de protección; y por otro lado disponiendo la emisión de reglamentos internos para, dentro de la autonomía de las Autoridades Competentes y cada legislación nacional, se permita acondicionar administrativamente sus marcos organizativos y funcionales y atender adecuadamente la recepción de denuncias y solicitudes de protección de denunciantes y testigos de actos de corrupción.

Finalmente, se anexa un modelo de formato para interponer denuncias y/o solicitudes de actos de corrupción que recoge todas las exigencias y requisitos señalados en el cuerpo normativo facilitando su sistematización y comprensión en consonancia con las recomendaciones del Comité de Expertos de MESICIC.