

REGULACIÓN DEL NEPOTISMO

Introducción

El nepotismo, según la RAE¹, es la *“desmedida preferencia que algunos dan a sus parientes para las concesiones o empleos públicos”*. Para Transparencia Internacional², se trata de una forma de favoritismo basada en relaciones familiares o conexiones, donde alguien en una posición oficial explota su poder y autoridad para proporcionar un trabajo o un favor a un miembro de la familia o amigo, aunque no esté calificado o no lo merezca.

Los bienes en juego a propósito del nepotismo son la calidad de la gestión pública, la igualdad de oportunidades y evitar conflictos de intereses. Se quiere evitar que se realicen nombramientos de personas no calificadas para cargos en el servicio público, cautelando así la calidad de la gestión pública. Esto ocurre por nombramientos por razones de parentesco, amistad, pertenencia a partidos políticos, etc. Asimismo, se quiere evitar que los cargos públicos sean ocupados como una suerte de “pago de favores” o “botines” donde la remuneración sea mayor a la que una persona podría acceder en el sector privado dada su experiencia profesional.

Por otra parte, cuando personas que no tienen las competencias son designadas en cargos públicos, se genera un desincentivo para aquéllas que si tienen los méritos de postular o trabajar en el sector público.

Finalmente se debe buscar un equilibrio entre evitar lo anterior y permitir que personas que sí cumplen con los requisitos y méritos, pero circunstancialmente tienen un pariente trabajando en la administración, puedan desarrollar una carrera en el sector público.

Las consideraciones generales anteriores explican por qué en muchos países existen regulaciones que prohíben el nombramiento de familiares por determinadas autoridades. Así, en Chile, la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, establece dentro de las normas de probidad administrativa, una serie de inhabilidades para el ingreso a la administración, entre ellas, la del parentesco³.

Sin embargo, se han dado diversos casos de contrataciones de familiares en servicios distintos, en los diversos gobiernos. Por esto, cabe preguntarse si la norma actual es suficiente o no.

¹<http://dle.rae.es/?id=QPZCcSz>

²https://www.transparency.org/files/content/corruptionqas/Regulating_Nepotism_2015.pdf

³ El art. 54 letra b) dice que no podrán ingresar a cargos en la administración del Estado las personas que tengan la calidad de cónyuge, hijos, adoptados o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad (nietos, padres, abuelos, hermanos, tíos, sobrinos) y segundo de afinidad (suegros, cuñados) inclusive respecto de las autoridades y de los funcionarios directivos del organismo de la administración civil del Estado al que postulan, hasta el nivel de jefe de departamento o su equivalente, inclusive.

Regulación comparada

1. Francia:

En agosto del 2017, el parlamento francés aprobó una ley de “confianza en la vida pública”, promesa de campaña de Macron. Entre otras materias, prohíbe que los parlamentarios, miembros gubernamentales y funcionarios locales empleen a familiares (pareja, cónyuge, padres, hermanos, hijos, sobrinos, nietos) y restringe las actividades que los políticos pueden combinar con su acción pública —como consultorías—.

Parte de esto surge dado que era una costumbre extendida y aceptada contratar a parientes como asistentes parlamentarios: un 20% de los 925 diputados y senadores lo practicaban. El caso de François Fillon —imputado por emplear a su mujer e hijos como asistentes parlamentarios, supuestamente sin trabajar a cambio— y del ministro Ferrand⁴, motivaron esta norma.

Las sanciones por incumplimiento son: multa desde 45 mil euros, hasta tres años de prisión y una sanción complementaria que no permitiere postularse al político condenado por 10 años.

2. Estados Unidos:

Desde 1967 rige una norma en contra del nepotismo⁵, luego de que Kennedy nombrara a su hermano como Fiscal General y prohíbe a un funcionario público (de oficinas federales o del Congreso) nombrar o promover a un familiar suyo en la agencia que dirige. Sin embargo, los jueces a comienzos de los años 90, rechazaron la demanda interpuesta por un grupo que se oponía a la decisión del entonces presidente, Bill Clinton, de poner a su mujer y primera dama al frente del grupo de trabajo para realizar una reforma sanitaria. Según los jueces, la ley antinepotismo no afecta a los puestos de personal dentro de la Casa Blanca como un asesor. Esto permitió a Trump nombrar a su yerno como asesor, lo que fue apoyado por el Departamento de Justicia⁶.

Esta ley establece que un empleado público no puede nombrar, emplear o promover la contratación, designación o promoción de un pariente en un cargo en la agencia en que se desempeña o sobre la que ejerce jurisdicción o control⁷.

⁴ https://elpais.com/internacional/2017/06/01/actualidad/1496336455_365272.html y https://elpais.com/internacional/2017/06/01/actualidad/1496300488_527869.html

⁵ <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/5/3110> y <https://ethics.house.gov/staff-rights-and-duties/nepotism>

⁶ <https://edition.cnn.com/2017/01/21/politics/jared-kushner-white-house-job-justice-department-ruling/index.html>

⁷ (b) A public official may not appoint, employ, promote, advance, or advocate for appointment, employment, promotion, or advancement, in or to a civilian position in the agency in which he is serving or over which he exercises jurisdiction or control any individual who is a relative of the public official. An individual may not be appointed, employed, promoted, or advanced in or to a civilian position in an agency

Los parientes sujetos a esta prohibición son: padres, hijos, hermanos, tíos, primos, sobrinos, cónyuges, suegros, yernos y nueras, cuñados, padrastro, madrastra, hijastros, hermanastros, medios hermanos.

Por otra parte, los principios del Sistema de Mérito⁸ establecen que la selección y promoción debe determinarse únicamente sobre la base de la capacidad relativa, el conocimiento y las habilidades, después un concurso abierto y justo. De este modo, un familiar o amigo podría ingresar a la administración, pero a través de un concurso público⁹.

Las vulneraciones a estas normas se pueden denunciar a la Oficina del Asesor Especial de los Estados Unidos (US Office of Special Counsel) y a la Junta de Protección de Sistemas de Mérito de los Estados Unidos (US Merit Systems Protection Board).

3. Argentina:

Macri, al asumir, señaló que asumía un “Estado plagado de clientelismo, despilfarro y corrupción”, pero luego fue afectado por casos de contratación de familiares por su gobierno¹⁰. Luego de esto, dictó un decreto¹¹ con nuevos criterios aplicables al régimen de designaciones bajo cualquier modalidad de funcionarios públicos.

Este decreto establece que no podrán efectuarse designaciones de personas, bajo cualquier modalidad, en todo el Sector Público Nacional, que tengan algún vínculo de parentesco tanto en línea recta como en línea colateral hasta el segundo grado, con el Presidente y Vicepresidente de la Nación, Jefe de Gabinete de Ministros, Ministros y demás funcionarios con rango y jerarquía de Ministro, incluidos el cónyuge y la Unión Convivencial. Se aplica una excepción cuando estas personas hayan sido designadas mediante procesos de selección por Concurso Público de antecedentes o que cuenten con estabilidad en el cargo.

Lo anterior implicó que varios familiares en cargos públicos, tuvieron que dejar sus cargos¹².

4. Canadá:

if such appointment, employment, promotion, or advancement has been advocated by a public official, serving in or exercising jurisdiction or control over the agency, who is a relative of the individual.

⁸ <https://www.mspb.gov/msp/meritsystemsprinciples.htm>

⁹ (d) This section does not prohibit the appointment in the competitive service of a preference eligible if (1) his name is within reach for selection from an appropriate certificate of eligibles and (2) an alternative selection cannot be made from the certificate without passing over the preference eligible and selecting an individual who is not a preference eligible.

¹⁰ <https://www.infobae.com/2016/03/13/1796784-nepotismo-que-dice-la-ley-la-contratacion-amigos-y-familiares-el-estado/>

¹¹ <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2018/02/NORMATIVA-FAMILIA-9-2.pdf>

¹² <http://www.politicargentina.com/notas/201802/24593-el-decreto-de-macri-contra-el-nepotismo-apenas-dejo-a-12-familiares-afuera-del-estado.html>

La ley del servicio civil¹³ no contempla prohibiciones expresas para familiares, sin embargo establece que la contratación pública se debe realizar en base a los méritos –tales como educación, habilidades, conocimientos, experiencia, años de empleo en el servicio público y atributos personales-. Existe una Comisión del Servicio Público –agencia autónoma que le reporta al Congreso-- que es la que realiza los nombramientos.

El Código de conflictos de interés y post empleo para funcionarios públicos¹⁴ si establece ciertas restricciones:

- Los ministros no podrán emplear o contratar con sus familiares, hijos no dependientes, hermanos o padres ni permitir que los departamentos o agencias de las que son responsables o las que están asignados, los empleen o contraten con ellos.
- Los ministros o los departamentos o agencias de las que son responsables no podrán emplear o contratar con sus familiares, hijos no dependientes, hermanos o padres de otro ministro o compañero de partido en el Congreso, salvo que se realice por un proceso administrativo imparcial en que el ministro no tenga participación. Esta restricción no aplica para los nombramientos del personal ministerial.

5. Perú:

La Ley N° 26771 establece la prohibición de ejercer la facultad de nombramiento y contratación de personal en el Sector Público en los casos de parentesco y por razón de matrimonio, la cual fue modificada en el 2015. Esta ley establece que *“Los funcionarios, directivos y servidores públicos, y/o personal de confianza de las entidades y reparticiones públicas conformantes del Sector Público Nacional, así como de las empresas del Estado, que gozan de la facultad de nombramiento y contratación de personal, o tengan injerencia directa o indirecta en el proceso de selección se encuentran **prohibidos de nombrar, contratar o inducir a otro a hacerlo en su entidad respecto a sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, por razón de matrimonio, unión de hecho o convivencia. Extiéndase la prohibición a la suscripción de contratos de locación de servicios, contratos de consultoría, y otros de naturaleza similar**”*¹⁵.

El reglamento¹⁶ de esta ley, prohíbe, entre otros, ejercer la facultad de nombrar, contratar, intervenir en los procesos de selección de personal, designar cargos de confianza o en actividades ad honorem o nombrar miembros de órganos colegiados, a ciertos parientes.

Las sanciones por infracción a esta norma es de suspensión sin goce de remuneraciones, por un mínimo de 30 días. En caso de reincidencia, corresponde la destitución.

6. OEA:

¹³ <https://nslegislature.ca/sites/default/files/legc/statutes/civils.htm>

¹⁴ <http://publications.gc.ca/collections/Collection/CP22-79-2006E.pdf>

¹⁵ <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/30294.pdf>

¹⁶ http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_per_ds_021_sp.pdf

Ley Modelo sobre Normas de Conducta para el Desempeño de Funciones Públicas¹⁷ de la OEA, establece como propuesta el establecimiento de un sistema de acceso a e ingreso en la función pública, *“con el que cercenar la situación de nepotismo que se presenta con elevados índices en algunos de los países de la región”*.

7. Brasil:

En Brasil primero se estableció la prohibición de contratar parientes a nivel judicial en el 2005. La prohibición fue impugnada por la Asociación de Magistrados a la Corte Suprema, la que afirmó la constitucionalidad de dicha prohibición y la extendió a las tres ramas del gobierno, estableciendo que la contratación de familiares que no ingresaran al servicio público tras un examen, constituía una violación de la Constitución. Esto aplica en el ámbito del gobierno federal, el gobierno del estado, el distrito federal o los municipios¹⁸.

Luego, en el 2010, se aprobó un decreto presidencial prohibiendo el nepotismo a nivel federal y el “nepotismo cruzado”¹⁹.

8. Nueva Zelanda:

En este país opera un sistema transparente de selección basado en el mérito. Este aplica tanto para los nombramientos de jefes ejecutivos que realizar el Comisionado de Servicios Estatales como a los nombramientos que realiza un jefe ejecutivo de su propio personal.

Propuesta

Hay dos modos de enfrentar de evitar el nepotismo: estableciendo reglas claras que lo prohíban²⁰ o a través de sistemas de selección y promoción basados en el mérito y con total divulgación de las relaciones entre postulantes y funcionarios/autoridades²¹.

- Servicio civil, concursos públicos y transparentes para la gran parte de funcionarios públicos. Delimitar y definir qué cargos pueden ser de exclusiva confianza del Presidente o autoridades (por ejemplo, jefe de gabinete, jefe de comunicaciones). En la actualidad hay muchos cargos que son de exclusiva confianza que no necesariamente deberían serlo, por ejemplo, jefe de programación o producción de Presidencia, por lo que éstos también debieran regirse por concursos públicos.
- Prohibición de contratación de parientes cercanos para cargos de exclusiva confianza (hasta el segundo grado de consanguinidad y afinidad: padres, hijos, abuelos, hermanos,

¹⁷ http://www.oas.org/juridico/english/ley_modelo_normas.pdf

¹⁸ https://www.transparency.org/files/content/corruptionqas/Regulating_Nepotism_2015.pdf

¹⁹ Ídem.

²⁰ Tal como señala el Banco Mundial, esta es la mejor opción en países con bajo cumplimiento de las leyes, para evitar discrecionalidad en su aplicación. Ver:

<https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/11362/multi0page.pdf?sequence=1>

²¹ https://www.transparency.org/files/content/corruptionqas/Regulating_Nepotism_2015.pdf

nietos, cónyuge/conviviente civil, suegros, yerno/nuera). Un Presidente o Ministro no debiese contratar a su esposa/o o hijo/a como jefe de gabinete o secretaria/o.

- Aplicación también al Congreso y Poder Judicial.
- Modificar declaraciones de intereses y que se incluya el listado de parientes cercanos (hoy solo algunos parientes y solo para algunos cargos).
- Fiscalización y sanción: Contraloría en toma de razón y en el Congreso se tiene que avanzar en crear la Dirección de Ética (mientras, las Comisiones de Ética).