

Los conflictos de interés en el sector público



Alianza Estratégica integrada por:



© Acción Ciudadana

Acción Ciudadana
Avenida Reforma 12-01 zona 10
Edificio Montúfar nivel 17.
Tel.: 331-7566/331-7567
Fax: 331-7576
Correo electrónico: acciongt@intelnet.net.gt

Está trabajo fue realizado por la Coalición por la Transparencia, alianza estratégica integrada por: Acción Ciudadana —AC—, Cámara de Comercio de Guatemala —CCG—, y el Centro de Investigaciones Económicas Nacionales —CIEN—

Proyecto: “Alianza por la Transparencia —Fortalecimiento de los Órganos de Control”.
Autor: Roberto de Michelle.
Coordinadora ejecutiva: Mayra Palencia Prado.
Coordinador del componente: Alejandro Urizar Cabrera.

La información contenida en esta publicación no refleja la opinión del Programa de Sociedad Civil de United States Agency for International Development —USAID—.

Diseño de interiores: Mario Vinicio Castillo
Diseño de portada: Juan Carlos Aguilar
La edición estuvo a cargo de Ariel Ribeaux



Magna Terra editores

5ta. avenida 4-75 zona 2

Tel.: 238-0175, 250-1031; fax: 2514048

Correo electrónico: magnaterra@hotmail.com

magnaterra2@intelnett.com

Índice

Los conflictos de interés en el sector público	7
1. Antecedentes	7
2. Definición de conflictos de interés	8
3. Consecuencias de los conflictos de interés	10
4. El concepto de conflictos de interés y las incompatibilidades	10
5. Los conflictos de interés. Precisiones conceptuales	11
6. Los conflictos de interés y la corrupción	12
7. Tipología de los conflictos de interés	13
8. Estrategias de solución para los conflictos de interés	13
9. Conclusiones	17

Los conflictos de interés en el sector público

1. Antecedentes

La cuestión de los conflictos de interés en el sector público ha logrado una especial relevancia en los años recientes. Diversos factores explican este hecho. En primer lugar, existe una importante doctrina que desarrolla el tema de los conflictos de interés, principalmente en el sector público.¹ La doctrina, en general, ha establecido vínculos conceptuales y prácticos entre los conflictos de interés y dos cuestiones centrales del debate sobre el gobierno. Por un lado, este tema se relaciona con la denominada “ética pública”.² En este sentido, existen marcos legales e institucionales que desarrollan el tema de los conflictos de interés como una parte de las políticas de “ética pública” o de integridad. Tal desarrollo tiene un carácter eminentemente preventivo y se desarrolla fundamentalmente en la esfera administrativa.³ Por otro lado, se lo vincula con el problema de la corrupción. En efecto, hay quienes consideran que los conflictos de interés son — en caso de no ser detectados y prevenidos— la antesala de la corrupción y deben ser objeto de tratamiento penal. Tal es así que diversos sistemas jurídicos han creado figuras penales para sancionar situaciones que en general se engloban bajo la denominación de “negociaciones incompatibles”.

En segundo lugar, en años recientes se han adoptado una serie de tratados y acuerdos internacionales que contienen referencias concretas al tema de los conflictos de interés. En 1996 las Naciones Unidas adoptó el Código Internacional de Conducta para los Titulares de Cargos Públicos. Este instrumento contiene una serie de regulaciones sobre la denominada “ética pública”, y en particular sobre los conflictos de interés.⁴ Dos de estos tratados son esencialmente relevantes para el ámbito del continente americano. El primero es la Convención Interamericana contra la Corrupción, adoptada en 1996 y ratificada por prácticamente la totalidad de los países del hemisferio, que contiene en su artículo III una disposición concreta respecto de este tema.⁵ La Convención Interamericana contra la Corrupción es acompañada por el respectivo Mecanismo de Seguimiento en la Implementación, el cual en la actual etapa analiza —entre otras disposiciones— justamente las relativas a los conflictos de interés y la forma en la que los distintos países cumplen con tales

¹ Ver, por ejemplo, Pablo García Mexía. *Los conflictos de interés y la corrupción contemporánea*. Editorial Arazandi, Madrid, 2001; John A. Rohr. *Public Service, Ethics and Constitutional Practice*. University Press of Kansas, 1998; Ferry L. Cooper. *The Responsible Administrator: an Approach to Ethics for the Administrative Role*. Jossey-Bass, San Francisco, 1998; Robert D. Behn. “Rethinking Democratic Accountability”. Brookings Institution Press, Washington DC, 2001; Dennis Thompson. *La ética política y el ejercicio de los cargos públicos*. Editorial Gedisa, Madrid, 1999; Warren Mark. “Democratic Theory and Trust”, en *Democracy and Trust*, Mark Warren, ed., Cambridge University Press, 1999; John P. Burke. “The Ethics of Deregulation or the Deregulation of Ethics”, en *Deregulating the Public Service: can Government be Improved?*, John DiIulio, Jr. ed., Brookings Institution, Washington, 1993.

² La denominación “ética pública” proviene de la tradición administrativa estadounidense. El término ha sido traducido y adoptado al castellano, en muchos casos generando confusiones. Un primer problema se refiere a la carga emotiva que tiene esta expresión. Un segundo tipo de problemas surge cuando se desarrollan políticas públicas vinculadas con esta expresión. Por ejemplo, se supone que esta expresión se refiere a la educación moral de los funcionarios públicos. En realidad, el concepto de “ética pública” debería referirse a los deberes y obligaciones que tienen aquéllos que actúan como funcionarios públicos.

³ Los poderes legislativos y judiciales, si bien son alcanzados en algunos casos por estas regulaciones, dadas sus funciones y características requieren un enfoque particular.

⁴ Ver A/RES/51/59, 28 de enero de 1997.

⁵ Convención Interamericana contra la Corrupción, artículo III, numeral 1.

disposiciones.⁶ El segundo es la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada en 2004. Esta convención avanza de manera mucho más concreta y precisa que el tratado antes mencionado.⁷

En tercer lugar, también los organismos financieros internacionales regionales le han prestado atención al tema de los conflictos de interés. Por el ejemplo, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) recientemente desarrolló una guía de recomendaciones sobre cómo incrementar la transparencia en el sector público, que contiene referencias concretas a la regulación y prevención de los conflictos de interés.⁸

Cuarto, organizaciones internacionales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) han desarrollado un extenso trabajo relacionado con la cuestión de la gestión pública, la transparencia y la integridad. El último resultado de una serie de iniciativas es precisamente una guía sobre la prevención de los conflictos de interés en el sector público, que recoge la experiencia de la mayoría de los países pertenecientes a esta organización.⁹ Tal como puede apreciarse, el tema de los conflictos de interés tiene en este momento una importancia significativa en la agenda de diversos actores relacionados con la gestión pública y la gobernabilidad.

2. Definición de conflictos de interés

En cuanto a la definición de conflictos de interés, es necesario tener en cuenta dos cuestiones. La primera, relativa a la definición misma, y la segunda, cómo se distinguen los conflictos de interés de otras cuestiones similares, tales como las incompatibilidades.

La definición de conflictos de interés es una cuestión estipulativa. Es decir, depende del alcance que se le quiera dar a este término. Por ello, existen diversas definiciones posibles. Algunas provienen de tratados internacionales, otras de la legislación comparada y otras del ámbito académico. Pero tal vez el mejor punto de partida para comprender cómo definir los conflictos de interés es establecer un marco general a partir de la teoría de la democracia.¹⁰

El sistema democrático requiere que los funcionarios públicos justifiquen públicamente sus acciones y sus decisiones, ofreciendo también públicamente las razones que sostienen tales decisiones. El proceso de ofrecer razones o justificar las decisiones se vincula con la idea de equidad en el ejercicio de la función pública.

Pero además, los ciudadanos en un sistema democrático tienen la expectativa que los funcionarios públicos actúen de manera imparcial al momento de tomar decisiones. Los principios de equidad y la imparcialidad son dos elementos centrales de la decisión pública. Tales elementos cobran mayor relevancia cuando las decisiones de los funcionarios afectan derechos fundamentales de las personas. La equidad y la imparcialidad suponen una protección frente a la arbitrariedad y la discrecionalidad. Ambos principios son, además, un componente central del Estado de derecho.

⁶ El Mecanismo de Seguimiento en la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción analiza en esta etapa, entre otras disposiciones, el artículo III, numerales 1, 2 y 4, que tienen directa relación con el tema de conflictos de interés. A la fecha, doce países han sido analizados y se encuentran disponibles los resultados del análisis de los primeros ocho en www.oas.org.

⁷ Ver Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

⁸ Ver *Iniciativas para incrementar la transparencia y prevenir la corrupción. Fichas de trabajo*, Roberto de Michele, Departamento Legal, publicado por el Banco Interamericano de Desarrollo, Washington DC, 2003.

⁹ Ver OECD. *Managing Conflict of Interest in the Public Service: OECD Guidelines and Country Experiences*, OECD, París, 2003. Ver también *Medidas para fortalecer el marco ético en los países de la OCDE*. OECD, París, 2001.

¹⁰ Ver Roberto de Michele, *Conflicts of Interests and Transparency*, preparado para la Fundación Gorbachev, Madrid, 2001. Ver, respecto a las consecuencias de los conflictos de interés, Roberto de Michele. "Confianza, interés público y corrupción", publicado en la revista *Encrucijadas* de la Universidad de Buenos Aires, No. 19, mayo de 2002.

En un régimen democrático también esperamos que el interés público prevalezca sobre los intereses particulares —ya sean de personas, grupos económicos u otros sectores sociales— y en especial de los intereses del funcionario responsable de tomar una decisión.

Desde luego, esto no significa que los funcionarios públicos puedan tomar decisiones que dejen de afectar o beneficiar a alguien. Toda decisión pública, por definición, generará beneficios y costos. La cuestión determinante es si quien ha tomado esta decisión ha obrado teniendo en cuenta los principios antes mencionados que implican en términos prácticos tener en cuenta todos los intereses involucrados en la decisión y ofrecer razones aceptables para el curso de acción finalmente adoptado.

En términos generales, los conflictos de interés son situaciones en las cuales la equidad y la imparcialidad requerida para la decisión pública se han perdido.

En términos concretos, existe un conflicto de interés cuando un funcionario público obtiene un beneficio de manera ilegítima como resultado de una decisión que ha tomado en función de su cargo o competencias.

Según el Código Internacional de Conducta para los Titulares de Cargos Públicos de las Naciones Unidas:

Los titulares de cargos públicos no utilizarán su autoridad oficial para favorecer indebidamente intereses personales o económicos propios o de sus familias. No intervendrán en ninguna operación, no ocuparán ningún cargo o función ni tendrán ningún interés económico, comercial o semejante que sea incompatible con su cargo, funciones u obligaciones o con el ejercicio de éstas.

De acuerdo con Pablo García Mexía, existe un conflicto de interés en:

Aquella situación en que, por acción u omisión, incurre un cargo o funcionario público que, estando en cuanto tal vinculado por un deber de servicio al interés general, asume el riesgo de abusar de su poder, subordinando dicho interés general a su interés particular en forma de ánimo de lucro pecuniario o en especie.

Tal como señala Cooper, es aquella situación en la cual podemos utilizar el cargo público para provecho personal, ya sea en forma efectiva o aparente.¹¹ El estudio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico sigue, en buena medida, la visión sintética que sugiere Cooper:

Un conflicto de interés es un conflicto entre los deberes públicos y los intereses privados de un funcionario público, en el cual el funcionario público tiene intereses privados que pudieran en forma indebida influenciar el ejercicio de sus obligaciones y responsabilidades oficiales.

La legislación comparada presenta diversos ejemplos de regulaciones concretas sobre la materia. En algunos casos estas regulaciones pueden tener rango constitucional, en otros tiene carácter de ley y en pocas ocasiones se le asigna un rango legal inferior.

Ejemplo:

Un ejemplo simple de conflictos de interés, de acuerdo con los criterios y definiciones anteriores, sería el siguiente:

El Ministro de Comunicaciones es responsable de regular el mercado de las comunicaciones. Al mismo tiempo, es titular de acciones de una empresa propietaria de una radio y un canal de televisión. Las acciones cotizan en el mercado de valores. La empresa se presenta a una licitación para adquirir una nueva frecuencia de radio, junto con otras empresas nacionales y extranjeras. Durante el proceso el ministro no se excusa de intervenir en la licitación. Además, ofrece a los directivos de la empresa donde posee acciones acceso a información que les permite mejorar su oferta. Esta información no es ofrecida al resto de los oferentes, o es ofrecida de manera incompleta. Finalmente, adjudica la frecuencia a la empresa en la que tiene participación como accionista. Al adquirir esta nueva frecuencia, la empresa ha incrementado el valor de su patrimonio y el valor de sus acciones en la bolsa se ha incrementado significativamente.

¹¹ Ver Ferry L. Cooper. *Op. cit.* pp. 113 y 114.

3. Consecuencias de los conflictos de interés

Existe un razonable consenso que la falta de control y prevención de las situaciones de conflictos de interés afecta la calidad del sistema político y de la democracia. Las situaciones de conflictos de interés generan un paulatino descreimiento de la población en la legitimidad de las decisiones públicas. Al mismo tiempo, estas situaciones afectan el ordenado desarrollo de la actividad económica.

Un trabajo reciente del Banco Mundial (BM) explora de qué manera los grupos de interés asociados con personas ubicadas en posiciones estratégicas del sector público pueden controlar la decisión del gobierno, accediendo a beneficios económicos que no se hubieran alcanzado de existir condiciones de competencia.¹² Este fenómeno, conocido como “captura del Estado”, según la investigación del mencionado organismo, afecta las condiciones de desarrollo económico.

Desde el plano del análisis político e institucional, se ha analizado de qué manera la falta de apego a reglas de imparcialidad en el manejo de los asuntos públicos tiene un efecto negativo en la construcción de la confianza necesaria para la existencia del Estado.¹³

Como sostiene Susan Rose-Ackerman, los gobiernos son necesarios cuando las personas no pueden confiar en los demás voluntariamente o cuando no pueden resolverse espontáneamente los conflictos existentes:

(...) esta tarea es más fácil cuando la ciudadanía tiene un nivel de confianza interpersonal y si el Estado está organizado de tal forma que los ciudadanos puedan confiar en él, al menos en cierta medida (...) Del mismo modo, si el Estado es confiable e imparcial en la aplicación de las normas, es decir, si las personas confían en que el Estado actúa con justicia, es razonable que se incremente la legitimidad del Estado.

Este concepto de Rose-Ackerman refleja la posible relación entre la cuestión ética y la probidad administrativa. La confianza es un valor que, además, tiene un aspecto instrumental respecto del capital social. Pero esta confianza no parece ser valiosa si se la toma aislada del contexto institucional. La falta de legitimidad en las decisiones públicas —un déficit de probidad administrativa— es un elemento negativo para la confianza que requieren las personas entre sí y respecto del gobierno.

4. El concepto de conflictos de interés y las incompatibilidades

Los conflictos de interés deben ser distinguidos de otras cuestiones relativas a los cargos públicos. El principal foco de confusión se presenta entre los conflictos de interés y las denominadas incompatibilidades.

Las incompatibilidades son aquellas situaciones que se verifican con motivo de la existencia de más de un empleo por parte del funcionario público. A diferencia de los conflictos de interés, en los cuales se busca preservar la equidad y la imparcialidad de la función pública, mediante la regulación de las incompatibilidades se busca evitar que la multiplicidad de empleos incida en la efectividad de quienes tienen un cargo público.

La regulación de incompatibilidades apunta a impedir que los funcionarios públicos incurran en situaciones en las cuales al existir más de un empleo no cumplan adecuadamente con las funciones que les han sido asignadas. Las incompatibilidades pueden producirse por múltiple empleo en el sector público, así como en el sector público y privado. Una situación de incompatibilidad no necesariamente genera una situación de conflictos de interés. En un trabajo específico sobre la cuestión de las incompatibilidades se señala que “deben estar justificadas por razones de buen servicio: dedicación total a las funciones públicas;

¹² Joel S. Hellman, Geraint Jones, Daniel Kaufmann. *Seize the State, Seize the day: State Capture, Corruption, and Influence in Transition*. The World Bank, World Bank Institute, September, 2000.

¹³ Ver Susan Rose-Ackerman. *Trust, Honesty and Corruption, Reflections on the State-Building Process*, Archives of European Sociology, XLII, 2001.

imposibilidad material de ejercer éstas simultáneamente con otras actividades”. El mismo trabajo indica que una incompatibilidad es el “impedimento legal para el ejercicio simultáneo de dos o más cargos”.¹⁴

Ejemplo:

Una persona tiene el cargo de director de laboratorio en el Ministerio de Salud, donde debe cumplir una jornada de trabajo de 8 horas. Al mismo tiempo se desempeña como jefe de análisis químicos en un laboratorio privado. En esta última actividad también se le requiere una presencia de 8 horas diarias. En la práctica, asiste regularmente al empleo privado. Concorre a su cargo público en la medida que se presente una urgencia. Percibe ingresos por ambos.

La regulación de las incompatibilidades admite situaciones de excepción. En efecto, en la legislación comparada existen diversos ejemplos en los cuales la actividad académica es aceptada como actividad simultánea al cargo público. Otra excepción que suele presentarse es el ejercicio de la profesión médica. En cualquier caso, el criterio a tener en cuenta es que la acumulación no debe afectar la disposición temporal de la persona para cumplir en forma efectiva la tarea correspondiente al cargo público.

Una forma particular de incompatibilidad es aquella relativa a quienes pudieran tener cargos en distintos poderes del Estado. Así, la mayor parte de la legislación comparada impide que una persona ocupe un cargo legislativo y ejecutivo al mismo tiempo.

Otra situación que merece distinguirse es la de las denominadas inhabilidades. Éstas son aquellas situaciones en las cuales el marco legal —por lo general a nivel constitucional— establece limitaciones o impedimentos para ejercer un cargo en particular. Por ejemplo, cuando se exige a las personas una mínima edad para acceder a un cargo. Otro ejemplo de este tipo de situaciones es cuando el sistema legal impide que las personas que han cometido ciertos hechos, por lo general delitos contra la administración, accedan a un cargo público durante un período de tiempo posterior al cumplimiento de la condena.

5. Los conflictos de interés. Precisiones conceptuales

Una vez alcanzada una definición de conflictos de interés y de realizar las distinciones con otros problemas similares, corresponde profundizar en algunos aspectos de la definición de conflictos de interés. Se trata de una serie de cuestiones que son parte del debate en torno a los alcances de la definición de conflictos de interés que se adopte.

La primera cuestión a considerar se refiere a la distinción que formulan algunos autores entre los conflictos de interés reales y los aparentes. Dentro del primer grupo se encuentran aquellas situaciones de conflictos de interés que pueden identificarse de manera objetiva por existir un beneficio concreto para el funcionario público, como en el ejemplo del Ministro de Comunicaciones. Las situaciones aparentes son aquellas en las que no puede precisarse un beneficio pero existen razonables dudas acerca de la imparcialidad del funcionario frente a una decisión concreta.

Esta primera cuestión, a su vez, tiene distintas variantes en la medida que es necesario utilizar el concepto de beneficio en un sentido amplio. Los beneficios más evidentes son los económicos y financieros. Pero el beneficio buscado por el funcionario puede ser de otra índole, en particular cuando lo deriva a un tercero.

Ejemplo de una situación de conflicto de interés con beneficio para un tercero.

Un funcionario público del Ministerio de Salud realiza una contratación directa para la compra de algodón para los hospitales públicos. Existen tres empresas proveedoras de algodón en el mercado. Las condiciones de calidad y precio son idénticas. El funcionario elige contratar a la empresa en la cual su hermano se desempeña como gerente de relaciones públicas.

¹⁴ Ver Máximo Zin. *Incompatibilidades de funcionarios y empleados públicos*. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1986.

La decisión acerca de qué tipo de beneficios serán tenidos en cuenta y qué se entiende por terceros tiene efectos prácticos en el plano de trasladar estos conceptos a políticas concretas de prevención de los conflictos de interés. Así, una definición más restringida —léase beneficios económicos y financieros concretos— será más fácil de traducir en mecanismos de prevención y control que una definición más amplia de beneficio. Es importante considerar que esta distinción no implica que una definición sea correcta y la otra sea incorrecta. Más bien son cuestiones que hacen al impacto de trasladar un arco conceptual al plano de la práctica institucional.

La segunda cuestión se refiere a la amplitud temporal de la regulación de los conflictos de interés. Es evidente que tales disposiciones se aplican durante la gestión del cargo público. Pero existen argumentos a favor de extender estas disposiciones a situaciones previas, y en especial posteriores al empleo público.

Tales argumentos sostienen que de no existir tales limitaciones previo al empleo público y al finalizar el mismo se corren dos riesgos. Por un lado, la captura de los cargos públicos por intereses privados si no existen regulaciones preempleo. Por otro lado, si no existen regulaciones posempleo se corre, además del riesgo antes señalado que los funcionarios utilicen su cargo público como una trampolín para futuros beneficios en el sector privado. Varios países tienen regulaciones que establecen limitaciones y prohibiciones para los períodos previos y posteriores a los cargos públicos.

Ante esta particularidad deben tenerse en cuenta las siguientes consideraciones. Respecto a las situaciones que la ley defina como de conflicto de interés previo al cargo público, pueden resolverse en algunos casos como inhabilidades y en otros casos a través de los remedios o soluciones que prevea el marco legal.¹⁵ En cuanto a los conflictos de interés posteriores al cargo público, es posible establecer limitaciones temporales a ocupar ciertas posiciones en el sector privado, así como a patrocinar intereses ante las dependencias donde se prestaba servicio. Debe tenerse en cuenta que aquí se puede presentar un problema adicional de constitucionalidad de tales disposiciones, ya que pueden interpretarse como regulaciones limitativas de la libertad de contratar y trabajar.

Ejemplo:

El artículo 14 de la Ley 25.188 de Ética Pública de Argentina contiene un ejemplo de prohibición para ocupar cargos públicos, regulado bajo el capítulo de conflictos de interés.

Art. 14. Aquellos funcionarios que hayan tenido intervención decisoria en la planificación, desarrollo y concreción de privatizaciones o concesiones de empresas o servicios públicos, tendrán vedada su actuación en los entes o comisiones reguladoras de esas empresas o servicios.

6. Los conflictos de interés y la corrupción

La primer cuestión a considerar a los efectos de distinguir a los conflictos de interés de la corrupción —entendida como el pago de un soborno— es que aquéllos no requieren de la intervención de un tercero. Los conflictos de interés se dan, por lo general, sin la intervención de otras personas más que el funcionario público que incurre en esta situación. En efecto, si hubiera un tercero que ofreciera un beneficio, estaríamos frente a un soborno. O si el funcionario demandara a un particular algún beneficio a cambio de su decisión, se trataría de una extorsión.

La distinción es menos precisa cuando comparamos la definición de conflictos de interés, por ejemplo, con la figura de las llamadas negociaciones incompatibles, o designaciones similares que se encuentran en diversos códigos penales y en la misma Convención Interamericana contra la Corrupción, que establece en su artículo VI, literal c, bajo la definición de actos de corrupción:¹⁶

¹⁵ Más adelante se desarrolla la cuestión de los remedios y cómo éstos se vinculan con el marco legal sobre conflictos de interés.

¹⁶ Ver Florencia Heggin. *La figura de las negociaciones incompatibles en la jurisprudencia de la capital federal*.

La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero.

Es interesante notar que la mayor parte de la doctrina penal se refiere a que el bien jurídico protegido por la figura de negociaciones incompatibles es, como en el caso de la regulación de los conflictos de interés, la imparcialidad de la administración pública.

La principal distinción que se puede establecer entre las regulaciones sobre conflictos de interés y las disposiciones penales que regulan conductas similares es considerar a aquéllas como parte de las políticas fundamentalmente preventivas propias del ámbito administrativo, y a éstas últimas como medidas reactivas y punitivas.

Esta distinción no convierte a las regulaciones de una y otra naturaleza en incompatibles o contradictorias, sino más bien contiguas. En efecto, permite considerar que el sistema penal tiene razón de ser una vez que el funcionario ha evitado los controles preventivos y ha incurrido en una conducta que le ha reportado un beneficio para sí o un tercero.

7. Tipología de los conflictos de interés

La existencia de diferencias doctrinales en la definición de los conflictos de interés ha llevado, lógicamente, a la existencia de diversas tipologías. La amplitud de estas tipologías demuestra, como se señaló previamente, en qué medida la opción por conceptos más amplios o restringidos de conflictos de interés incorporan ciertas situaciones y excluyen a otras.

Terry Cooper, siguiendo a Kenneth Kernaghan, adopta una tipología de ocho situaciones que deberían incluirse en la tipología de conflictos de interés.

Éstas son el soborno, el tráfico de influencias, el tráfico de información, el abuso de autoridad, el recibir regalos y obsequios, la búsqueda de empleos en el sector privado, la búsqueda de empleos al abandonar el cargo público y los vínculos con familiares. Nótese que en varios casos Cooper se aparta de las definiciones que implican que los conflictos de interés no requieren la participación de un tercero.

En tal sentido, parece existir una cierta inconsistencia entre las definiciones propuestas y una tipología tan amplia como la propuesta por Cooper y Kernaghan.

Sin embargo, esta tipología, así como otros trabajos que permiten analizar la legislación comparada de diversos países,¹⁷ permiten verificar que no existe en el plano práctico un acuerdo sobre la extensión y los límites del concepto de conflictos de interés. Ello se ve reflejado, por lo tanto, en el marco jurídico de cada país, que le asigna mayor o menor extensión al concepto de conflictos de interés.

8. Estrategias de solución para los conflictos de interés

Existen diversas estrategias para enfrentar el problema de los conflictos de interés. Es importante tener en cuenta que se podrán alcanzar los resultados deseados en la medida que se combinen adecuadamente las respuestas técnicas con el análisis con el desarrollo de la capacidad política e institucional para implementar este tipo de estrategias. En tal sentido, es necesario evitar dos extremos indeseables. Por un lado, se deben desechar las estrategias que son técnicamente consistentes pero políticamente inviables. Por otro lado, muchas estrategias que son acompañadas por el apoyo político e institucional suficiente fracasan por errores técnicos en la definición de algunos de sus componentes básicos. ¿Cuáles son los elementos básicos de una estrategia de prevención de los conflictos de interés? El siguiente esquema propone un modelo básico.

¹⁷ Ver OECD. *Managing...*, *Op. cit.*

Elementos básicos de una estrategia de prevención de los conflictos de interés

A. Marco legal

1. Establecer las definiciones correspondientes.
2. Indicar las situaciones características.
3. Establecer remedios para los conflictos de interés detectados.

B. Marco institucional

1. Dotar a un organismo público de las funciones y competencias para aplicar el marco legal.
2. Establecer un sistema de declaración de intereses.
3. Crear mecanismos de consulta y reporte.
4. Establecer vínculos con otras áreas de control.

La definición del marco legal es un elemento crítico para que la estrategia de prevención de los conflictos de interés sea efectiva. Un marco legal inconsistente o impreciso difícilmente puede ser aplicado en la práctica.

Desarrollar un marco legal adecuado requiere tener en consideración las siguientes cuestiones:

- a. El marco normativo deberá ser preciso en la definición de conflictos de interés. En el caso de un país sin tradición institucional en esta materia, la recomendación es partir de las definiciones más restrictivas de conflictos de interés, concentrándose especialmente en aquellas situaciones concretas o actuales.
- b. La definición que establezca el marco jurídico deberá entenderse como una obligación jurídica. Debe evitar las contradicciones o redundancias con las tipificaciones penales vigentes.
- c. El marco legal debe admitir la creación de marcos legales específicos para aquellas áreas que por sus características y funciones lo requieran (por ejemplo, entidades financieras del estado o aduana) En caso de adoptarse tales regulaciones específicas, deberán mantener consistencia y coherencia con el marco general.
- d. El marco legal deberá distinguir del modo más claro posible las situaciones de conflictos de interés, de aquéllas de incompatibilidad u otras inhabilidades.
- e. En la medida de lo posible, el marco legal deberá proveer una descripción general de las situaciones alcanzadas por el concepto de conflictos de interés adoptados (conflictos de interés propiamente dicho, uso de información privilegiada, obsequios y regalos, etc.).
- f. El marco legal debe establecer un esquema amplio y coherente de remedios para las situaciones de conflictos de interés.

Remedios para situaciones de conflictos de interés

Una lista no exhaustiva de los remedios para una situación de conflictos de interés incluye los siguientes:

Remedios personales (se aplican al funcionario, típicamente en forma preventiva)

- a. *Excusación*: obligación del funcionario de apartarse de una decisión.
- b. *Recusación*: mecanismos para que terceros aparten al funcionario de la decisión.
- c. *Venta de activos*: obligación del funcionario de vender acciones u otros títulos, inversiones o activos que constituyen la situación de conflictos de interés.
- d. *Reasignación de funciones*: traslado del funcionario a otro cargo.
- e. *Fideicomisos ciegos*: traspaso de los activos del funcionario a un fideicomiso ciego durante el término de su gestión.
- f. *Renuncia del funcionario*.

Remedios procesales (se establecen para reforzar la equidad e imparcialidad del proceso de toma de decisiones)

- a. Audiencias públicas, elaboración participada de normas y otros procesos consultivos para la toma de decisión.
- b. Mecanismos de acceso a la información.

- g. Se puede establecer en el marco legal la evaluación de los candidatos a ocupar cargos públicos antes de su designación, en particular para aquéllos de mayor jerarquía. El proceso debe ser rápido y guardar ciertas reglas de reserva, para el caso que la persona no sea confirmada.
- h. Pueden establecerse disposiciones sobre conflictos de interés relativas al momento previo y posterior al ejercicio de la función pública. Tales disposiciones deberán evaluarse a la luz de las regulaciones generales de empleo y los principios constitucionales aceptados por la jurisprudencia.

El marco legal, ante todo, debe buscar que se establezca un sistema de reglas consistente y coherente que permita que los funcionarios públicos conozcan las situaciones en las cuales pueden verse afectados por un conflicto de interés. Como ya se indicó, la definición adoptada será una estipulación producto de una evaluación técnica, política e institucional. El marco legal, sin embargo, es un elemento abstracto si carece de un marco institucional responsable de su aplicación.

El marco institucional, a su vez, tiene dos grandes aspectos. El primero es del establecimiento de un organismo con las competencias para aplicar el marco legal.¹⁸ El segundo es el de establecer un sistema de declaraciones juradas de intereses, con el objeto de contar con un instrumento de detección de estos problemas.

En cuanto a las funciones y competencias del organismo responsable de aplicar el marco legal, éste deberá:

- a. Aplicar el marco normativo implica fundamentalmente actuar en la detección, prevención y solución de casos de conflictos de interés de funcionarios públicos.
- b. Ofrecer asistencia a funcionarios de la administración sobre el comportamiento esperado a partir de las regulaciones sobre conflictos de interés, evacuar consultas que hicieran funcionarios sobre situaciones particulares en las que pudieran encontrarse debido a sus antecedentes laborales o intereses económicos.
- c. Producir dictámenes, resoluciones, opiniones e instrucciones para resolver casos en el ámbito administrativo.
- d. Llevar adelante investigaciones preliminares respecto de aquellas situaciones que pudieran estar tanto por la regulación de conflictos de interés como por la legislación penal.
- e. Ofrecer asistencia a particulares que pudieran tener dudas acerca de la situación de conflictos de interés de funcionarios públicos y recibir denuncias de terceros, tales como contribuyentes y ciudadanos en general, que reporten situaciones irregulares.
- f. Administrar el sistema de declaraciones juradas de intereses de los funcionarios públicos.

Los sistemas de declaraciones juradas de funcionarios públicos son mecanismos que se utilizan tanto para la detección de situaciones de conflictos de interés como para situaciones de enriquecimiento ilícito. Existen en la legislación comparada ejemplos de países que utilizan estos instrumentos para uno u otro de estos propósitos, y en algunos casos para ambos. En cualquier caso, se trata de la obligación que tienen los funcionarios públicos de efectuar una declaración jurada respecto de ciertas situaciones laborales, contractuales y patrimoniales que pudieran afectar su equidad e imparcialidad en el ejercicio del cargo público y constituir, por ende, una situación de conflictos de interés.¹⁹

El establecimiento de un sistema de declaración jurada de intereses o bienes requiere tener en cuenta una serie de elementos.

¹⁸ En este trabajo se utiliza la idea de establecer un organismo. En la práctica, es posible que se recurra a un organismo existente y se le incorporen las competencias y funciones necesarias para aplicar el marco legal.

¹⁹ Aquí también conviene recordar que la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción contienen disposiciones relativas a la necesidad de establecer mecanismos de declaraciones de intereses.

Elementos de un sistema de declaración jurada de intereses.

Un sistema de declaración jurada de bienes o intereses debe contestar las siguientes cuestiones:

- a. Quién declara.
- b. Qué se declara.
- c. Cuándo debe declararse.
- d. Cómo debe declararse.
- e. Ante quién debe declararse.
- f. Condiciones de la declaración.

La cuestión de quién declara se refiere a dos cuestiones. La primera relativa a la definición del denominado universo de funcionarios obligados a presentar una declaración jurada. En este caso, hay dos posibilidades: definirlos por el cargo o definirlos por su función. La experiencia indica que la primera categoría es mucho más precisa. Por ejemplo, obligar al presidente, a los ministros, a los jueces, a los diputados, es más claro y objetivo que obligar “a aquellos responsables del manejo de fondos públicos”, dado que bajo esta denominación pueden ingresar (o quedar afuera) un número indeterminado de funcionarios. La segunda cuestión es relativa a si la declaración debe incluir información respecto al funcionario exclusivamente o si debe alcanzar a otras personas, típicamente el cónyuge y los hijos menores. Nuevamente esto depende de la definición del marco legal. Varios países en América Latina establecen que la persona que ocupa el cargo público debe ofrecer información relativa al grupo familiar inmediato.

La cuestión relativa a qué se declara es tal vez una de las más importantes y en la que se registran mayores equívocos en los sistemas comparados.

¿Qué se debe declarar?

Reglas generales

- a. Se declara a nivel local e internacional.
- b. Se declara la fuente y/o el origen.

Datos Específicos

- a. Bienes Inmuebles.
- b. Bienes muebles.
- c. Inversiones financieras en general (títulos, acciones, etc.).
- d. Ingresos.
- e. Posiciones laborales (directorios, asociaciones c/s fines de lucro, etc.).
- f. Créditos.
- g. Pasivos.
- h. Egresos (préstamos y gastos).
- i. Obsequios.

La cuestión relativa a cuándo se debe declarar se refiere al momento de efectuar la declaración. La mayoría de los países mantiene sistemas de declaración al ingreso y al egreso de la función pública, acompañado de una renovación anual. En general, los sistemas existentes en América Latina que no tienen renovación anual muestran dificultades en controlar las declaraciones finales o de egreso de la función pública.

El tema relativo a cómo debe declararse se vincula con la posibilidad de realizar las declaraciones por medios electrónicos. En algunos países de la región ya se han implementado estos sistemas, los cuales tienen evidentes ventajas frente a los formularios de papel. Una de tales ventajas es que las declaraciones electrónicas permiten utilizar recursos informáticos para contratar la información ofrecida por los funcionarios, evaluando su consistencia. Asimismo, presenta evidentes ventajas en términos de costos de administración del sistema.

La cuestión de ante quién se debe efectuar la declaración obedece al hecho que en algunos casos los organismos responsables de aplicar las regulaciones sobre conflictos de interés forman parte de uno de los poderes del Estado. Es necesario atender a las cuestiones de separación de poderes que pudieran presentarse. En principio, no parece adecuado que un órgano administrativo, por ejemplo, sea responsable de verificar las declaraciones de jueces o legisladores. Distinta es la situación de aquellos organismos extra-poderes (a veces las cámaras de cuentas tienen esta característica) que mantienen independencia de los poderes tradicionales, en cuyo caso el problema apuntado se reduce significativamente.

Finalmente, las condiciones de la declaración se refieren al acceso a la información contenida en las mismas. En principio debe privilegiarse el acceso a la información allí contenida. La posibilidad de que los ciudadanos puedan analizar estos instrumentos agrega un factor preventivo y control social sobre la administración pública. Al mismo tiempo pueden tenerse en cuenta condiciones mínimas para que este acceso no sea ejercido de manera arbitraria o abusiva.²⁰

9. Conclusiones

Establecer una política efectiva de prevención de los conflictos de interés es una tarea compleja. Requiere combinar factores legales, institucionales y de gestión de manera coherente y efectiva.

En varios países de América Latina se verifican avances en desarrollar marcos normativos ambiciosos que no son acompañados por las estructuras institucionales adecuadas para su aplicación efectiva. Esto genera una nueva situación de descreimiento en las instituciones y una reducción de la necesaria confianza en el sistema político.

Tal como se señaló en este trabajo, es necesario combinar adecuadamente los factores de técnica legal con los diseños institucionales adecuados.

Asimismo, es importante considerar la posibilidad de un desarrollo progresivo de la política de prevención y control de los conflictos de interés. En particular en aquellos países en los cuales no existe una tradición política y administrativa de enfrentar estos problemas, es recomendable implementar una estrategia gradual con el propósito de afianzar los resultados sobre la experiencia acumulada.

La política de prevención de los conflictos de interés busca reforzar un aspecto central de la gobernabilidad, tal como es la confianza en las instituciones públicas, y en particular la legitimidad de las decisiones que toman los funcionarios públicos.

Es necesario tener conciencia de que se trata de un proceso que requiere una inversión de tiempo considerable, durante el cual deben mantenerse la consistencia de los objetivos encarados.

Pero especialmente debe considerarse a la política de prevención y control de los conflictos de interés como un componente de una estrategia general de mejoramiento de la calidad de la gestión pública. En tal sentido, debe acompañarse de otros esfuerzos legales e institucionales que son igualmente necesarios para mejorar las condiciones del Estado de derecho. Por ejemplo, las regulaciones relativas a las contribuciones a las campañas electorales, las regulaciones de adquisiciones públicas o los mecanismos sobre acceso a la información pública.

En tal sentido, un ejercicio responsable de implementar una estrategia de prevención y control de los conflictos de interés requiere un análisis de otros factores que inciden, de manera positiva y negativa, en la legitimidad de la democracia.

²⁰ La legislación argentina, por ejemplo, requiere que los solicitantes firmen una sencilla solicitud en la que notifican de las condiciones que establece la ley para la consulta de las declaraciones juradas. Ver Ley 25.188 de Ética Pública.

La presente edición de *Los conflictos de interés en el sector público* se terminó de imprimir en los talleres de *Magna Terra editores* (5ta. avenida 4-75 zona 2. Tel. 2238-0175, 2250-1031) en agosto de 2004. El tiro sobre bond 80 gramos es de *¿¿?*ejemplares.