

GUIAS SOBRE BUENA GO- BERNANZA

No. 02

La lucha contra los conflictos
de interés en el sector público



CENTRE FOR INTEGRITY
IN THE DEFENCE SECTOR

CENTRO DE INTEGRIDAD EN EL SECTOR DE DEFENSA

El Centro de Integridad en el Sector de Defensa (CIDS) trabaja para promover la integridad, las medidas anticorrupción y la buena gobernanza en el sector de defensa. En colaboración con socios noruegos e internacionales, el centro tiene como objetivo el desarrollo de competencias, el fomento de la concienciación y la oferta de medios concretos para reducir las posibilidades de que se produzcan casos de corrupción. El CIDS fue fundado en 2012 por el Ministerio de Defensa de Noruega.

Las opiniones expresadas en este folleto pertenecen a los autores y no representan necesariamente el punto de vista del Ministerio de Defensa de Noruega ni deben atribuirse a este.

SOBRE LOS AUTORES

Francisco Cardona es un experto internacional asociado del CIDS. Cardona es un reconocido experto cuyo trabajo se centra en el diseño y evaluación de reformas en el ámbito de la función y administración públicas, la justicia y el derecho administrativos, las políticas anticorrupción y el desarrollo institucional. Su experiencia incluye desde el trabajo que ha realizado en España (su país de origen), donde desarrolló su carrera en la función pública, hasta su labor en organizaciones internacionales como la OCDE (el Programa SIGMA), en las que ha trabajado durante 15 años como analista superior de políticas en el ámbito de la gobernanza pública. En el ámbito del programa SIGMA, ha asesorado a 25 países en transición y en desarrollo en Europa Oriental, África y la región de América Latina y el Caribe. Es abogado de formación (Universidad de Valencia, 1976) y cuenta con varios másteres en administración pública.

PRÓLOGO

Guías sobre buena gobernanza

Las **Guías sobre buena gobernanza** son una serie de folletos breves. Cada uno de ellos trata sobre un tema determinado, importante para la buena gobernanza en el sector de la defensa. Su formato se ha diseñado para que sean fáciles de leer, aunque sin simplificar en exceso los temas, dado su carácter polifacético y, en algunos casos, técnico. Estas guías han sido elaboradas para personal no especialista y no requieren contar con formación o experiencia profesional en un campo específico. Pueden ser leídas por personas interesadas en saber más sobre uno o varios temas relacionados directamente con la buena gobernanza en el sector de la defensa (o, en general, en el sector público). También pueden usarse con fines educativos.

El Centro de Integridad en el Sector de Defensa (CIDS) es un centro de competencias del Ministerio de Defensa de Noruega que desempeña un papel activo en el programa Generar Integridad de la OTAN. Su misión incluye la realización de proyectos y cursos, así como el desarrollo de competencias y capacidades, tanto a nivel nacional como internacional. El motivo principal para promover la integridad de forma sistemática es que permite reducir el riesgo de corrupción y

otros comportamientos deshonestos, al mismo tiempo que mejora la transparencia y la rendición de cuentas, con el objetivo de definir las condiciones necesarias para la buena gobernanza dentro de un marco de democracia y de Estado de derecho. Para este fin, resulta esencial contar con funcionarios públicos íntegros a nivel personal y profesional, así como con unos elevados estándares éticos.

La guía *La lucha contra los conflictos de interés* es una obra de Francisco Cardona, y ha sido editada por Ingrid Busterud. Quiero darles las gracias por un trabajo tan inspirador.

Cualquier comentario o respuesta relativos a las Guías sobre buena gobernanza son siempre bienvenidos y pueden dirigirse a cids@ifs.mil.no. Pueden obtener más información sobre el CIDS en www.cids.no.



Bård Bredrup Knudsen

Director

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	4
CONFLICTOS DE INTERÉS: EN BUSCA DE UNA BASE CONCEPTUAL GENERAL.....	5
CONFLICTOS DE INTERÉS: ALGUNAS DEFINICIONES SUGERIDAS EN EL DEBATE INTERNACIONAL.....	8
CUESTIONES POLÍTICAS: CREACIÓN DE UN RÉGIMEN JURÍDICO PARA LOS CONFLICTOS DE INTERÉS	11

COMPARACIONES ENTRE PAÍSES	15
LA APLICACIÓN DE LA LEY, EL VERDADERO TALÓN DE AQUILES	18
CONCLUSIONES	20

Introducción

Las democracias se construyen, en principio, sobre una división entre dos esferas. Por un lado, está la sociedad civil y el mercado, donde los intereses privados y las empresas prevalecen, compiten e intentan obtener beneficios para sí mismos. Por otro lado, está el Estado, o sector público, que representa la gobernanza política y administrativa y el interés general. El Estado se apoya en una clase política y una administración pública profesional, que incluye la judicatura.

En los países europeos, el Estado debe definir lo que es el interés general de forma global, regular el mercado en consecuencia y hacer cumplir dicha regulación. La definición del interés general modela el esquema básico de una democracia liberal en una economía de mercado. Cuanto más sólidas son la democracia y el Estado de derecho, más clara es la separación entre el interés público y los intereses privados. La interacción entre la esfera pública y el mercado es una fuente importante de conflictos de interés, especialmente en las contrataciones públicas, las asociaciones público-privadas, los grupos de

presión, las puertas giratorias y otras situaciones similares. La gestión de los conflictos de interés consiste en regular y manejar esa interacción de manera que se respeten las libertades individuales y se realicen de forma ética, preservando al mismo tiempo el interés público, a menudo denominado «bien común».

Este documento pretende presentar los problemas conceptuales y normativos que rodean el tratamiento de la interacción entre las esferas pública y privada de la sociedad. Estos problemas, encapsulados como conflictos de interés, son complejos y extremadamente coyunturales, y por tanto muy dependientes del contexto, lo que puede llevar a los responsables políticos a enfocarlos y regularlos de forma demasiado detallada. De hecho, muchos países han adoptado un razonamiento basado en casos para regular las situaciones de conflicto de interés. En efecto, ese había sido históricamente un método para regular las cuestiones morales, pero cayó en el descrédito intelectual hace mucho tiempo.

Conflictos de interés: en busca de una base conceptual general

Los conflictos de interés pueden parecer a primera vista una noción sencilla. Según el economista británico Tim Lankester, no se trata de un fenómeno nuevo:

- El conflicto de interés entre los dirigentes políticos y los funcionarios públicos, tal como lo entendemos hoy, se ha producido desde que existe la Administración pública. En la mayoría de las sociedades premodernas, el verdadero concepto de conflicto de interés ni siquiera habría sido reconocido. En la mayoría de las sociedades, se asumía automáticamente que los líderes y funcionarios políticos se aprovechaban de los cargos públicos para promover sus propios intereses personales.
- En realidad, solo desde el advenimiento del Estado moderno en vías de industrialización se ha impuesto la noción de que se debe esperar que los funcionarios públicos y sus jefes políticos actúen exclusivamente en interés del Estado. Los Estados con grandes ambiciones militares, como Inglaterra y Francia en los siglos XVIII y XIX, así como la Alemania de Bismarck y Hitler, necesitaban una administración pública eficiente y relativamente incorrupta para poder cumplir

sus ambiciones. La Unión Soviética necesitaba funcionarios dedicados por completo a la transformación social y económica prevista por Lenin y Stalin. Cuando los países de Europa occidental y de otros lugares se democratizaron y sus gobiernos pasaron a rendir cuentas ante sus ciudadanos, el pueblo, como «soberano», empezó a insistir a través de las urnas en que los políticos y los funcionarios debían actuar en función de los intereses públicos, y no de los suyos propios.

- En la mayoría de los países, las expectativas sobre los deberes propios de los políticos y funcionarios han cambiado con el tiempo en dirección a una mayor transparencia y una división más clara entre sus deberes públicos y sus objetivos privados. Pero, en los países que aún no han alcanzado un gran control democrático, las expectativas en este sentido siguen siendo bajas, y lo mismo ocurre con los países democratizados recientemente y con un historial previo de corrupción y abuso de poder.
- Tal y como se ve, al menos, a través del prisma occidental moderno, el conflicto de interés está en el origen del abuso de poder

de los políticos y funcionarios públicos con fines privados. Este conflicto surge cuando los intereses personales del político o funcionario no están totalmente en la misma línea que los objetivos del gobierno o del organismo al que están asociados. Siempre habrá algunos (podemos llamarlos «altruistas» que se consagrarán automáticamente y sin reservas a estos objetivos. Pero habrá otros (los «interesados») que, a menos que existan mecanismos compensatorios, permitirán que sus intereses personales interfieran con sus deberes públicos y utilizarán su posición pública para su beneficio personal.¹

Estos puntos de Lankester, aunque útiles, son en realidad problemáticos. El mundo es un lugar más complejo y las categorías utilizadas para darle «significado y representación» no son claras. Estos puntos, que sin duda muchos comparten, se basan en una sabiduría comúnmente aceptada, aunque cuestionable. De hecho, el «interés público», el «interés personal», la «parcialidad» y la «lealtad a la ley frente a la lealtad al jefe» son conceptos borrosos en el mejor de los casos. La distinción entre lo que es interés público y lo que es beneficio privado no está clara. Un ministro de Economía alemán, Hans Eichel, fue acusado en 2001 de conflicto de interés al utilizar un avión ministerial para asistir a un mitin de su partido en su circunscripción. Respondió que era ministro las 24 horas del día los 7 días de la semana, por lo que la distinción en su caso entre actividades públicas y privadas era inaplicable.²

1 Lankester, Tim. 2007. "Conflict of interest: A historical and comparative perspective". Ponencia presentada durante el 5º Seminario Regional sobre la operatividad de las normas internacionales contra la corrupción, celebrado en Yakarta, Indonesia, los días 6 y 7 de agosto de 2007. Disponible en: <http://www.oecd.org/site/adboecdanti-corruptioninitiative/40838870.pdf>

2 Haller, Dieter y Chris Shore (ed). 2005. Corruption. Anthropological Perspectives. Londres: Pluto Press.

Regular por ley todas las situaciones posibles es inviable y contraproducente. ¿Cuál sería el resultado si los políticos modificaran las leyes simplemente para proteger los intereses de un determinado cargo público (véase Berlusconi en Italia)?³

Además, las leyes son ambiguas y cuestionables, cualidades que dan sustento a toda una clase de abogados profesionales. La definición de «interés público» y de quién está legitimado para definirlo es también vaga y discutible. De hecho, la conceptualización del interés público en un momento dado es el campo de juego en el que se disputa la política democrática.

El dualismo público/privado está, de hecho, en la base de la mayoría de las definiciones de corrupción. Es el núcleo de cualquier noción de conflicto de interés. Se espera que los funcionarios públicos distingan con claridad entre sus intereses personales y los recursos públicos que administran. De forma convencional, se cree que la violación de esta distinción entre lo público y lo privado por parte de los individuos es lo que define fundamentalmente el comportamiento corrupto. Los escándalos de corrupción se consideran una medida de lo bien que distingue una sociedad entre la esfera pública y la privada. Haller y Shore, desde la perspectiva de la antropología, consideran que los antropólogos han reconocido desde hace tiempo la naturaleza arbitraria e inherentemente ambigua de esta dicotomía público-privado como categoría cultural.⁴ Aunque en la mayoría de las democracias occidentales los ámbitos público y privado están codificados por normas, siempre hay zonas grises entre ellos.

3 Véase Stille, Alexander. 2007. The Sack of Rome. Media + Money + Celebrity = Power = Silvio Berlusconi. Londres: Penguin Books.

4 Haller, Dieter y Chris Shore (ed). 2005. Corruption. Anthropological Perspectives. Londres: Pluto Press.

Es problemático determinar quién define el interés público. Según la teoría democrática, son los representantes mayoritarios de los votantes quienes lo hacen. Sin embargo, cada vez hay más pruebas que sugieren que las élites económicas y los grupos organizados que representan los intereses empresariales tienen un impacto independiente sustancial en las políticas gubernamentales, mientras que los grupos de interés de masas y los ciudadanos corrientes tienen poca o ninguna influencia independiente.⁵ Las corporaciones y los intereses empresariales son cada vez más capaces de influir en lo que se considera o no de interés público y, por tanto, de configurar las políticas públicas, mientras que la influencia de la mayoría de los ciudadanos puede hacerlo en menor medida.

La crisis financiera de 2007-08 es un ejemplo ilustrativo. Los ideólogos del libre mercado y los funcionarios públicos transformaron una crisis del mercado en una crisis de la deuda pública y del déficit. En toda Europa, la crisis se utilizó para impulsar políticas que, de hecho, servían a determinados intereses privados: la reducción de impuestos a los ricos y a las grandes empresas, la privatización de servi-

cios públicos y la reducción de los derechos de los trabajadores. La crisis puso de manifiesto el papel y el desempeño de los funcionarios públicos, incluidos los políticos elegidos, y dio lugar a la pregunta de cómo distinguir cuándo los políticos se esfuerzan por el interés general y cuándo se limitan a aplicar políticas impulsadas por intereses privados. La crisis puso en cuestión en muchos países el estatus de los altos funcionarios y políticos como cargos públicos y gestores de los intereses públicos y del bien común.

En tales circunstancias, el cinismo de la sociedad puede ir en aumento y el esfuerzo regulador para frenar las situaciones de conflicto de interés puede ser más ritual que sustantivo en muchos aspectos, con una tendencia a confundir los instrumentos (por ejemplo, las declaraciones de patrimonio) con la sustancia (por ejemplo, la ausencia de conflicto de interés). Tal vez sea la única forma que encuentran muchos gobiernos para dar la impresión de que las instituciones públicas abordan los conflictos de interés. Sin embargo, los buenos instrumentos no hacen desaparecer por sí solos los desafíos. La voluntad política siempre es necesaria para afrontar estos retos.

⁵ Véase, por ejemplo, Gilens, Martin y Benjamin Page. 2014. "Testing Theories of American Politics: Elites, Interest Groups, and Average Citizens". *Perspectives on Politics* 12 (3): 564-581.

Conflictos de interés: algunas definiciones sugeridas en el debate internacional

Aunque varios países llevan mucho tiempo abordando esta cuestión, el debate sobre el conflicto de interés es relativamente reciente en la escena internacional. Se intensificó en los años posteriores al final de la Guerra Fría. Es interesante señalar que el primer instrumento anticorrupción que abordó los conflictos de interés fue el Código Internacional de Conducta para Titulares de Cargos Públicos, adoptado por la Resolución 51/59 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 12 de diciembre de 1996. Este Código de Conducta fue un producto directo del Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana, Cuba, en 1990. En él se hace una amplia referencia a los conflictos de interés, esbozando los parámetros más fundamentales del concepto e incluyendo varias medidas para tratarlos.

El debate internacional surge de la constatación de que la confianza en los gobiernos podría estar erosionándose en muchos Estados democráticos, principalmente como consecuencia de los casos de abuso de poder. La respuesta internacional mayoritaria es que una mayor imparcialidad, transparencia, apertura y rendición de cuentas a través de mecanismos

de control adecuados podría ayudar a recuperar la confianza de la población en sus instituciones de gobierno.

Este debate sobre la recuperación de la confianza ha llamado la atención de las organizaciones internacionales, que han propuesto requisitos estrictos o normas internacionales de integridad pública. Este fenómeno se puede observar, por ejemplo, en la UE, donde los nuevos Estados miembros tienden a contar con una normativa sobre conflictos de interés más estricta que la de los Estados miembros más antiguos.

Los instrumentos internacionales de lucha contra la corrupción de carácter jurídicamente vinculante, así como de lo que se conoce como «derecho indicativo», incluyen disposiciones que plantean medidas preventivas, por ejemplo, normas (códigos de conducta), directrices y herramientas dirigidas a la rendición de cuentas del sector público, con el objetivo de abordar los problemas de conflicto de interés:

- La Convención Interamericana contra la Corrupción (artículo 3: medidas preventivas);

- El Protocolo de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental sobre la lucha contra la Corrupción (artículo 5: medidas preventivas);
- La Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Lucha contra la Corrupción (artículo 7: corrupción y delitos conexos en la Función pública);
- La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC, por sus siglas en inglés) de 2003 (Capítulo II: medidas preventivas);
- El Código Internacional de Conducta para los Titulares de Públicos de la ONU (artículo II: conflicto de interés e inhabilitación);
- La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico: Directrices para la gestión de los conflictos de interés en la Función pública - Transparencia y rendición de cuentas del sector público;
- El Consejo de Europa: Modelo de Código de Conducta para los Titulares de Cargos Públicos de la ONU (artículo 13: conflictos de interés).

La CNUCC es una herramienta preventiva esencial con varias disposiciones específicas relacionadas con los conflictos de interés. La CNUCC destaca la importancia de la transparencia y la normalización. Varias disposiciones dan instrucciones a los firmantes para establecer normas que guíen el comportamiento de los funcionarios del sector público y codificar sistemas que garanticen las prácticas legales de contratación y la gestión de las finanzas públicas. La CNUCC también esboza directrices para tratar con el sector privado.

Cuando no se previenen, los conflictos de interés pueden dar lugar a una serie de delitos, como abuso de poder, tráfico de influencias, obstrucción de la justicia, apropiación indebida y captación de bienes públicos en beneficio propio. La CNUCC aborda cada posible delito en varios artículos:

- Malversación o peculado, apropiación indebida u otra desviación de bienes por un funcionario público (artículo 17);
- Tráfico de influencias (artículo 18);
- Abuso de funciones (artículo 19);
- Enriquecimiento ilícito (artículo 20);
- Malversación o peculado de bienes en el sector privado (artículo 22);
- Obstrucción de la justicia (artículo 25).

A pesar de las convenciones internacionales como la CNUCC, el conflicto de interés sigue siendo una cuestión muy difícil de definir y regular. Se trata de una cuestión altamente política, que tiende a reducirse a sus dispositivos instrumentales, como los mecanismos de divulgación. Sin embargo, estos mecanismos pueden convertirse fácilmente en enfoques reduccionistas. Permiten a muchos países hacer gala de buenos regímenes jurídicos en materia de conflictos de interés (por ejemplo, porque han obligado a todo el mundo a hacer una declaración de patrimonio), mientras que el interés público sigue, sin embargo, combinado con los intereses creados que sirven los funcionarios públicos anteriores o aún en funciones.

Merece la pena detenerse a examinar qué definiciones sobre los conflictos de interés han proporcionado los organismos nacionales e in-

ternacionales. En Francia, el Servicio Central de Prevención de la Corrupción (SCPC) señala que un conflicto de interés es una situación de hecho en la que una persona se enfrenta a dos intereses divergentes, uno general y otro personal o privado, y debe decidir servir a uno de ellos.⁶

El artículo 8 de la Recomendación (2000) 10 del Comité de ministros del Consejo de Europa, de 11 de mayo de 2000, establece que el funcionario público no debe permitir que sus intereses privados entren en conflicto con su cargo público. Es una responsabilidad personal evitar estos conflictos de interés, ya sean reales, potenciales o aparentes. El funcionario público nunca debe aprovecharse indebidamente de su posición para servir a sus intereses privados.⁷ Esta Recomendación (artículo 13) da la siguiente definición según la cual los conflictos de interés surgen de una situación en la que el funcionario público tiene un interés privado de tal naturaleza que influye, o parece influir, en el desempeño imparcial y objetivo de sus funciones oficiales. Este artículo incluye el desarrollo de la noción de interés privado.

La OCDE considera que un conflicto de interés implica un conflicto entre el deber público y los intereses privados de un funcionario público, en el que este tiene intereses personales que podrían influir indebidamente en el

desempeño de sus funciones y responsabilidades.⁸

La Comisión Francesa de Reflexión sobre la Prevención de los Conflictos de Interés en la Vida Pública presentó su informe al presidente de la República en enero de 2011.⁹ La Comisión propuso definir el conflicto de interés como una situación en la que el interés privado de un funcionario público interfiere con su misión de servicio público cuando ese interés privado, por su naturaleza e intensidad, pueda considerarse razonablemente capaz de influir o parecer influir en la independencia, imparcialidad y objetividad de las funciones públicas. Una definición similar se encuentra en el artículo 4 de la Ley española 5/2006 que regula los conflictos de interés de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado.

El Defensor del Pueblo Europeo utiliza la siguiente definición: «Situaciones en las que los intereses privados y las afiliaciones de un funcionario público parecen crear, o tener el potencial para crear, un conflicto con el correcto desempeño de sus funciones oficiales».¹⁰ Sin embargo, aunque esta sea una definición clara y significativa, no nos dice en qué situaciones puede surgir.

6 Service central de prévention de la corruption (SCPC). 2004: "Le conflit d'intérêts". Disponible en: http://www.justice.gouv.fr/art_pix/rapportscpc2005.pdf (páginas 23-83).

7 Véase la Recomendación (2000) 10 en: https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/documents/Rec%282000%2910_EN.pdf

8 OCDE. 2003. "Managing Conflicts of Interests. OECD Guidelines and Country Experiences". Disponible en: <http://www.oecd.org/corruption/ethics/48994419.pdf>

9 Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique. 2011. "Pour une nouvelle déontologie de la vie publique". Disponible en: <http://www.conflits-interets.fr/pdf/rapport-commission-conflits-interets-vie-publique.pdf>

10 Véase la intervención del Sr. Ian Harden, secretario general del Defensor del Pueblo Europeo, en el taller «Better Avoidance of Conflicts of Interest: EU Agencies and Other Bodies Moving Forward». Organizado por el Parlamento Europeo, Bruselas, el 21 de febrero de 2013. Documento informativo disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/workshop/join/2013/490675/IPOL-JOIN_AT\(2013\)490675_ES.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/workshop/join/2013/490675/IPOL-JOIN_AT(2013)490675_ES.pdf)

Cuestiones políticas: creación de un régimen jurídico para los conflictos de interés

Un conflicto de interés no implica necesariamente corrupción per se. De hecho, no todos los países penalizan las situaciones de conflicto de interés. Sin embargo, una situación de conflicto de interés es muy perjudicial para la confianza de los ciudadanos en las instituciones gubernamentales. Un estudio comparativo, realizado hace unos años en la Unión Europea señalaba que «[la mayoría] de las veces, la corrupción aparece cuando un interés privado previo influye indebidamente en el ejercicio del funcionario público... por lo que la prevención de los conflictos de interés tiene que formar parte de una política más amplia de prevención y lucha contra la corrupción».¹¹ Este estudio también dejó claro que los conflictos de interés pueden ser reales (de hecho), aparentes o potenciales. Todos ellos tienen la misma capacidad de destrucción de la confianza de los ciudadanos en las instituciones públicas.

Los conflictos de interés aparecen no solo en situaciones donde existe realmente un conflicto inaceptable entre los intereses de un funcionario público como ciudadano privado y su deber oficial, sino también en situaciones donde se da una apariencia o una posibilidad de conflicto de interés. El con-

flicto de interés aparente se refiere a una situación en la que existe un interés personal que podría ser considerado razonablemente por otros como susceptible de influir en los deberes del funcionario público, aunque de hecho no exista tal influencia indebida o esta no se materialice. La posibilidad de que se dude de la integridad del funcionario o de la integridad de su organización obliga a considerar un aparente conflicto de interés como una situación que debe evitarse. El conflicto de interés potencial puede existir cuando un funcionario tiene intereses de carácter privado que podrían hacer surgir un conflicto de interés en algún momento en el futuro.

La definición de conflicto de interés, no obstante, supone una noción amplia de corrupción. La corrupción no es solo dar o recibir sobornos. La corrupción incluye la corrupción de la política, es decir, todo tipo de acciones en las que los actores políticos (incluidos los funcionarios públicos) incumplen las reglas del juego político (democrático) y anteponen sus intereses privados a sus deberes públicos. Las reglas del juego político democrático estipulan que los funcionarios públicos no deben abusar de su poder para fines privados directos o indirectos. Hay abuso de poder no solo cuando infringen la ley, sino también cuando incumplen las normas de la ética pública y el deber de servir al bien

11 SIGMA DE LA OCDE. 2005. "Conflict of Interest Policies and Practices in Nine EU Member States: A Comparative Review". Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/5kml60r7g5zq-en>

público con el fin de aumentar su poder personal, su posición o su riqueza.¹²

En Francia, la *prise illégale d'intérêts* (o apropiación ilegal de intereses) es un delito según el artículo 432-12 del Código Penal. Este delito se define como el uso por parte de una persona con un cargo electivo de su posición oficial en un organismo público para su beneficio personal. Se castiga, si se demuestra, con una pena máxima de cinco años de prisión y una multa de medio millón de euros. Sin embargo, la *prise illégale d'intérêts* es diferente del «simple» conflicto de interés, que no es un delito per se.¹³ Demostrar la culpabilidad en los tribunales ha resultado extremadamente difícil, aunque en ocasiones se han emitido veredictos de culpabilidad.

El primer informe del Comité Nolan sobre el escándalo del «dinero por preguntas» en el Parlamento británico afirmaba que «es vital para el proceso democrático que los diputados mantengan los más altos niveles de corrección en el cumplimiento de sus obligaciones con el público que los elige. También es esencial para la confianza de los ciudadanos la visibilización de esta actitud».¹⁴ En 1996, como consecuencia de este escándalo se adoptó un Código de Conducta para los miembros de la Cámara de los Comunes del Reino Unido, lo que demuestra que el enfoque británico se sustenta en la idea de que las políticas sobre conflictos de interés son un aspecto de las normas éticas en el gobierno.

El objetivo principal de una política de conflicto de interés es la preservación y el aumento de la confianza en los gobiernos y en la clase política. Cualquier situación de conflicto de interés real, aparente o potencial conlleva un riesgo de corrupción con efectos devastadores para los principios y procesos de la democracia. Aunque definirlo en abstracto parezca bastante sencillo, regular sin ambigüedades el conflicto de interés como mecanismo de prevención de la corrupción es mucho más complejo por varias razones.

El objetivo de la regulación del conflicto de interés es respaldar la imparcialidad o la independencia del responsable de la toma de decisiones, así como garantizar su lealtad al ordenamiento jurídico del país por encima de cualquier otra lealtad. El riesgo para el principio de imparcialidad no solo depende de la normativa legal, sino también de la ética profesional y los principios morales del individuo. Estos últimos son marcadamente subjetivos y contingentes respecto a la personalidad de cada individuo. Esta dimensión subjetiva obstaculiza cualquier intento de llegar a una regulación legal capaz de garantizar sin ambigüedades que la toma de decisiones públicas esté libre de prejuicios. Por eso se suele decir que el primer juicio sobre un posible conflicto de interés lo hace el titular del cargo, que tiene que discernir si la situación privada, en la que se encuentra, está afectando o puede afectar a su decisión o postura sobre un determinado asunto público. La percepción personal del titular del cargo siempre determinará el resultado de ese juicio. Siempre es subjetivo, incluso cuando no hay intención deliberada de defraudar o engañar. Por eso, los buenos códigos de conducta públicos recomiendan siempre un debate abierto sobre el asunto en caso de duda, por ejemplo, con un superior.

12 Ibid.

13 Ver Rebut, Didier. 2013. « Les conflits d'intérêts et le droit pénal ». *Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques* 147: 123-131.

14 El escándalo comenzó en octubre de 1994, cuando el periódico *The Guardian* denunció que el lobista parlamentario más exitoso de Londres había sobornado a dos diputados conservadores a cambio de hacer preguntas parlamentarias y otras tareas.

Regular los conflictos de interés significa también profundizar en el funcionamiento de las instituciones, especialmente a nivel político, en sus procesos de toma de decisiones y en el establecimiento de prioridades. Se trata de un ejercicio complejo debido a la necesidad de precisar la naturaleza y la intensidad de los posibles riesgos, lo cual conlleva una situación de conflicto de interés. Solo entonces será posible decidir la respuesta o el remedio más adecuado. Los instrumentos normativos más utilizados son las leyes ordinarias o los códigos deontológicos, según la tradición cultural administrativa. En algunos países, la ley define una prohibición general de que los funcionarios públicos se vean envueltos en conflictos de interés, mientras que los códigos deontológicos de enfoque ascendente publicados a nivel institucional detallan los comportamientos prohibidos y proporcionan orientación sobre cómo evitar los conflictos de interés.

Las respuestas a los riesgos de conflicto de interés pueden ser preventivas o represivas. Pocos países incluyen referencias a los conflictos de interés en sus códigos penales, excepto en Europa del Este. La mayoría de los países tipifican como delito conductas o actos específicos originados por un conflicto de interés, no el hecho de encontrarse en una situación de conflicto de interés real, aparente o potencial. Por lo tanto, podemos concluir que la regulación de los conflictos de interés en las democracias occidentales, en general, forma parte de la faceta preventiva de las políticas y mecanismos de anticorrupción. Las medidas preventivas, por definición, se toman para evitar que se produzca una situación o un acontecimiento concreto. Calibrar su eficacia real es problemático. El conocido «problema de la atribución» expresa

la dificultad de medir hasta qué punto un determinado resultado puede atribuirse a una acción previa, por ejemplo, de un gobierno, institución o funcionario público.

Sin embargo, es fundamental contar con un marco jurídico claro para impedir situaciones de conflicto de interés en la práctica. El marco jurídico es una condición previa para la seguridad jurídica, que es necesaria para el Estado de derecho y para proteger el interés público, así como para determinar la responsabilidad personal y la rendición de cuentas a nivel individual. Una cuestión normativa básica consiste en determinar qué actividades o intereses externos, públicos o privados deben considerarse ilegales si un funcionario público, como tal, los compagina con su trabajo habitual. Otra cuestión es qué medidas son útiles para equilibrar los intereses públicos y privados.

Para reducir el subjetivismo en la determinación de la existencia de un conflicto de interés, su regulación debe basarse en una tipología de situaciones estándar. El reto, sin embargo, está en evitar los razonamientos poco fundados. Por ejemplo, la situación de un político en un proceso público de toma de decisiones es muy diferente a la de un funcionario. A su vez, la posición de un alto funcionario difiere significativamente de la de un funcionario de base. Dentro del grupo de los políticos, las realidades de los parlamentarios son diferentes de las de los miembros del ejecutivo en lo que respecta a su capacidad de influir en las decisiones públicas.

Cuanto más alta sea la posición del titular del cargo en la jerarquía administrativa, más probable será que utilice poderes discrecionales en la toma de decisiones. Cuanto más

libre sea el titular de un cargo para utilizar su propio juicio personal en la toma de decisiones, más probable será que se vea envuelto en una situación de conflicto de interés. Por lo tanto, es precisamente en este nivel de responsabilidad pública donde la regulación de los conflictos de interés e incompatibilidades debe ser rigurosa. Esta es una de las razones por las que los ministros y altos funcionarios públicos están (o deberían estar) sometidos a una normativa más estricta en materia de conflictos de interés.

Una serie de situaciones que afectan a los altos funcionarios públicos (políticos y altos funcionarios, así como algunos otros funcionarios que ejercen funciones de autoridad pública) deben ser objeto de una mayor atención en términos normativos, ya que su toma de decisiones puede ser muy perjudicial si las decisiones son tendenciosas o deshonestas. Las posibles medidas reguladoras pueden formularse como preguntas:

- ¿Deberían permitirse las actividades profesionales o remuneradas fuera del cargo público?
- ¿Deberían permitirse las actividades políticas de los partidos a los funcionarios públicos que necesiten una protección reforzada de su imparcialidad (por ejemplo, los jueces, fiscales, miembros de los organismos de auditoría del Estado o de los tribunales de cuentas, personal del banco central, militares de alto rango y miembros de las fuerzas policiales)?
- ¿Debería permitirse que los funcionarios públicos reciban regalos, donaciones u otro tipo de gratificaciones?
- ¿Deberían restringirse las actividades posteriores al empleo público a los que dejan el cargo para evitar el efecto «puerta giratoria»? En caso afirmativo, ¿cuál debería ser la duración de ese periodo de restricción? ¿Deberían los antiguos funcionarios públicos o profesores universitarios estar obligados a declarar sus intereses y conexiones profesionales cuando se presentan como expertos en debates públicos o publicaciones?
- ¿Cómo debe regularse el uso de la información privilegiada?
- ¿Cómo deben regularse las condiciones en que los funcionarios deberían retirarse de los procesos de tomas de decisión?
- ¿Se debería hacer una declaración de patrimonio? ¿Debería hacerse pública esa declaración? ¿Debería un titular de un cargo estar obligado a vender ciertos activos o a ponerlos en un fideicomiso ciego? ¿Qué mecanismo de verificación debería establecerse?
- ¿Debería registrarse una declaración de intereses económicos personales y de familiares cercanos? ¿Debería hacerse pública esta información?
- ¿Hasta qué punto debe permitirse a los funcionarios públicos ocupar cargos honoríficos o ser miembros de organizaciones benéficas o sin ánimo de lucro?
- ¿Cómo debe aplicarse esta normativa y qué tipo de autoridad pública debe encargarse de supervisar su cumplimiento?

Comparaciones entre países

La mayoría de los países han promulgado leyes sobre los conflictos de interés. El control de los conflictos de interés ha pasado a primer plano en la lucha contra la corrupción. Se reconoce que la gestión de los conflictos de interés es fundamental para la integridad y un importante instrumento anticorrupción. Una mejor comprensión y concienciación de los conflictos de interés tiene como objetivo reforzar los marcos institucionales, iluminar las prácticas internacionales, introducir una cultura basada en la ética en la vida pública y mejorar las herramientas e instrumentos existentes para reducir la vulnerabilidad a la corrupción.

La regulación de los conflictos de interés difiere significativamente entre países.¹⁵ Las diferencias dependen de una serie de variables como el grado de claridad en la separación entre el sector público y el privado, la eficacia del sistema de controles y equilibrios, y la «densidad normativa», es decir, el alcance, el nivel de detalle y la extensión de la normativa.¹⁶ En la UE, los nuevos

Estados miembros, especialmente Letonia y Bulgaria, son los que tienen una normativa más «densa» en materia de conflictos de interés.

En los Estados miembros más antiguos, los regímenes de conflicto de interés se enmarcan en la ley, pero esta no es el único marco. La supervisión del cumplimiento y la penalización de las infracciones se consideran indispensables, pero no son las únicas herramientas ni las más utilizadas para el cumplimiento de las políticas de conflicto de interés. En las democracias consolidadas, la mayoría de estas políticas están enfocadas en la gestión y están orientadas a evitar que se produzcan conflictos de interés, así como fomentar la integridad y el comportamiento ético adecuado, mediante la formación, la orientación y el asesoramiento.

En algunos países, la constitución establece ciertos requisitos o principios éticos como la imparcialidad o la objetividad u otros principios de Derecho administrativo como la apertura y la transparencia. En otros, las constituciones no mencionan las cuestiones de buena gobernanza y administración o las normas de los servicios públicos.

¹⁵ Demke, C. et al. 2008. "Regulating Conflicts of Interest for Holders of Public Offices in the European Union: A Comparative Study of the Rules and Standards of Professional Ethics for the Holders of Public Office in the EU-27 and EU Institutions". Disponible en: http://ec.europa.eu/dgs/policy_advisers/publications/docs/hpo_professional_ethics_en.pdf

¹⁶ Véase Vukadinovic, Jelena y Mirjana Glinčić. 2013. "Conflict of Interest". In *Legal Mechanisms for Prevention of Corruption in Southeast Europe. With Special Focus on the Defence Sector*, editado por Aleksandra Rabrenovic, 95-130. Belgrado: Instituto de Derecho Comparado.

El derecho estatutario es el instrumento habitual de regulación de los conflictos de interés en la mayoría de los países. La mayoría de los Estados miembros de la UE tienen normas separadas y diferentes para las distintas instituciones, en lugar de una regulación exhaustiva aplicable a todas las instituciones y funcionarios públicos. Solo en unos pocos países esta normativa se aplica a toda la Administración pública y a todas las instituciones gubernamentales.¹⁷

En los países que no cuentan con normas específicas sobre el conflicto de interés, existen leyes que definen las incompatibilidades de ciertas funciones públicas con otros trabajos, especialmente para la elección al parlamento de los miembros de la Administración pública, u otros cargos (electivos) con poder ejecutivo o en la administración local. La acumulación de varios empleos públicos también puede considerarse inaceptable. La supresión del *cumul des mandats* (acumulación de mandatos, por la que los políticos pueden ocupar más de un cargo electivo a la vez) en Francia lleva años en el debate público, pero la legislación lo sigue permitiendo. El 14 de febrero de 2014 se promulgaron dos actos legislativos (una ley orgánica y una ley ordinaria) que abordan parcialmente la cuestión. Está previsto que entren en vigor el 31 de marzo de 2017, después de las próximas elecciones previstas.

Sin embargo, en general, las incompatibilidades que afectan a la función parlamentaria parecen estar poco reguladas en muchos países europeos, quizá porque los parlamentarios se regulan a sí mismos.¹⁸ Es bastante común en muchos países que los parlamentarios puedan ejercer una profesión externa, mientras que

los miembros del gobierno o los altos funcionarios no.

Por otro lado, mientras que algunos países tienen sistemas muy regulados (por ejemplo, Letonia, Lituania, Hungría, Bulgaria, Polonia, Portugal, Rumanía, España y Estados Unidos, así como la mayoría de los países del sudeste de Europa), otros solo regulan algunos temas específicos.¹⁹ Los países escandinavos tienen la regulación menos «densa» para enmarcar los conflictos de interés. En esta, los principios quedan declarados sobre todo en los instrumentos jurídicos. Es bien sabido que la proliferación y el detalle de las normas no garantizan su eficacia. Los temas más regulados en los Estados miembros de la UE son la obligación de imparcialidad y las incompatibilidades durante el ejercicio del cargo, mientras que los temas de regalos y gratificaciones, así como los periodos de restricción después del cese en el cargo son los menos regulados.²⁰

A pesar de todo, una gran parte de las situaciones de conflicto de interés escapan a cualquier regulación y a cualquier sanción. Esto es especialmente grave cuando se trata del sector de la defensa donde pueden estar en juego cuestiones de paz y guerra, es decir, vida y muerte. Un reciente estudio de la Public Accountability Initiative, una organización sin ánimo de lucro de Estados Unidos, puso de manifiesto los intereses privados en las industrias de defensa de autodenominados expertos en defensa relevantes. Sin embargo, estos expertos fueron presentados por los medios de comunicación como representantes del interés público en el debate sobre la necesidad o no de que Estados Unidos interviniera militarmente en Siria.²¹

17 Por ejemplo, los «siete principios de la vida pública» del Reino Unido se aplican a todos los funcionarios y cargos públicos.

18 Demke et al. 2008: 29-35.

19 Vukadinovic y Glinčić 2013.

20 Demke et al. 2008: 57.

21 Public Accountability Initiative. 2013. "Conflicts of Interest in the

Una situación similar se ha denunciado en repetidas ocasiones en la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria (AESA). Un informe del Corporate Europe Observatory («Unhappy Meal»), publicado en octubre de 2013, reveló que alrededor del 59% de los miembros del panel científico de la AESA tenían vínculos directos o indirectos con empresas cuyas actividades eran responsabilidad de la AESA. En otras palabras, casi dos tercios de los científicos del panel de la AESA tenían conflictos de interés y no podían considerarse independientes del sector que regulaban.²²

Un reportaje del periódico alemán Der Spiegel del 10 de septiembre de 2013 destacaba que los altos funcionarios de la Comisión Europea tienen tendencia a cambiar de bando cuando se incorporan al sector privado. Ocupan puestos en empresas chinas, fábricas de cigarrillos o empresas de relaciones públicas y los posibles conflictos de interés suelen ser ignorados por sus antiguos colegas que trabajan en las instituciones de la UE.²³

La Ley de Seguridad e Innovación de la Administración de Alimentos y Medicamentos de Estados Unidos (FDA, por sus siglas en inglés) ha suavizado recientemente las normas sobre conflictos de interés de los miembros de los comités consultivos de la FDA, pero sigue siendo preocupante la influencia de las relaciones financieras de sus miembros en el proceso de aprobación de medicamentos de la FDA. Utilizando un amplio conjunto de datos recientemente disponibles, un estudio del Milbank Memorial Fund examinó cuidadosamente la relación entre los intereses financieros de los miembros del comité asesor del Centro de Evaluación e Investigación de Medicamentos (CDER) de la FDA y si los miembros votaron de forma favorable a estos intereses.²⁴ La práctica médica y los tratamientos prescritos dependen de los juicios profesionales de la clase médica, que pueden estar fuertemente influenciados por el grupo de presión de las empresas farmacéuticas.²⁵ La independencia e imparcialidad de estos juicios médicos es puesta con frecuencia en tela de juicio.

Syria Debate: An analysis of the defense industry ties of experts and think tanks who commented on military intervention". Disponible en: <http://public-accountability.org/2013/10/conflicts-of-interest-in-the-syria-debate/>

22 Corporate Europe Observatory, "The European Parliament demands stricter regulation of conflicts of interest at EU's food safety authority." Disponible en: <http://corporateeurope.org/pressreleases/2014/04/european-parliament-demands-stricter-regulation-conflicts-interest-eus-food>

23 Schult, Christoph y Christoph Pauly. 2013. "Conflicts of Interest: Brussels' Revolving Door for Top EU Officials." Der Spiegel On Line, 9 de octubre de 2013. Disponible en: <http://www.spiegel.de/international/europe/european-commission-officials-and-potential-conflict-of-interests-a-926792.html>

24 Pham-Kanter, Genevieve. 2014. "Revisiting Financial Conflicts of Interest in FDA Advisory Committees". The Milbank Quarterly 92 (3): 446-470; DeAngelis, Catherine D. 2014. "Conflicts of Interest in Medical Practice and their Costs to the Nation's Health and Health Care System". The Milbank Quarterly 92 (2): 195- 198.

25 Véase, por ejemplo, Caroll, Aaron E. 2014. "Doctors' Magical Thinking About Conflicts of Interest". The New York Times, 8 de septiembre de 2014. Disponible en: http://www.nytimes.com/2014/09/09/upshot/doctors-magical-thinking-about-conflicts-of-interest.html?_r=1&abt=0002&abg=1%20-

La aplicación de la ley, el verdadero talón de Aquiles

La cuestión más difícil en la gestión de los conflictos de interés es, quizás, la implementación de la política y la garantía del cumplimiento de los objetivos, el espíritu y la letra de los reglamentos. Demke et al. consideran que:

- Cuantas más normas existan, más capacidad de gestión se necesitará para aplicarlas. Aunque los requisitos individuales para cumplir con las nuevas obligaciones (principalmente en el ámbito de las políticas de divulgación) están aumentando, en muchos casos, los órganos de control y supervisión (por ejemplo, los comités de ética) son débiles y carecen de recursos.²⁶

Este hallazgo pone en tela de juicio la adopción de enfoques integrales para regular los conflictos de interés: su aplicación requiere que se tengan en cuenta las características específicas de los altos funcionarios y los políticos, es decir, los marcos éticos de los funcionarios no deben utilizarse directamente como referencia para los altos funcionarios públicos y los políticos. Los órganos de control deben

dar respuestas a los escándalos políticos relacionados con conflictos de interés para proteger la credibilidad de los organismos públicos afectados y preservar la confianza de los ciudadanos. Sin embargo, las respuestas rápidas pueden estar en contradicción con los métodos, a menudo largos y engorrosos, que se aplican para garantizar la equidad en los procedimientos administrativos y las investigaciones penales.

La débil aplicación de los marcos legales de los conflictos de interés que involucran a altos funcionarios públicos tiende a ser cada vez menos tolerada por la sociedad civil y una opinión pública libre. Las discrepancias manifiestas entre la proliferación de normas y su escasa aplicación tienden a generar el cinismo público, provocando con ello el descrédito de los sistemas de autorregulación del sector público. Por lo tanto, son necesarios, y cada vez más, organismos fuertes de control de los conflictos de interés. Deben tener poderes legales para investigar, hacer cumplir la legislación pertinente y sancionar las conductas indebidas.

²⁶ Demke et al 2008: 8.

La experiencia de algunos países, como Estados Unidos, pone de manifiesto la complejidad de los conflictos de interés y sugiere que el control informal por parte de grupos de vigilancia de la sociedad civil puede ser tan importante como el control oficial del cumplimiento de los reglamentos y las leyes para garantizar una aplicación adecuada. Como señalan el Banco Asiático de Desarrollo (BASD) y la Iniciativa Anticorrupción de la OCDE (2007):

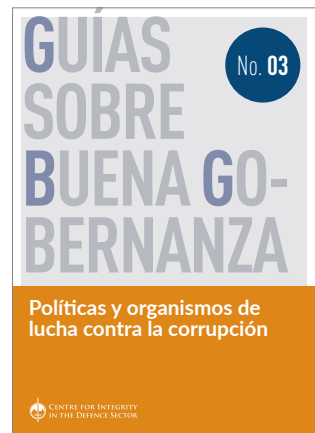
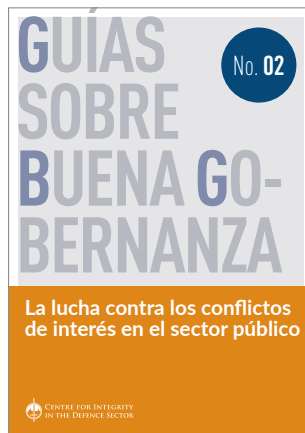
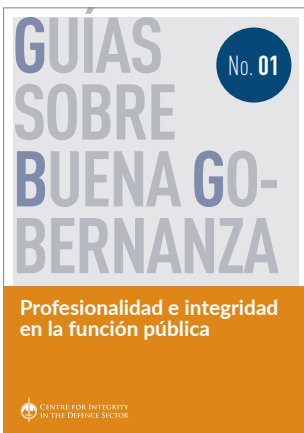
- En la gestión de los conflictos de interés, la prevención es más rentable que la aplicación; sin embargo, ambas son igualmente importantes para promover la buena gobernanza y luchar contra la corrupción. Los códigos de conducta universales, las declaraciones de patrimonio y de intereses, además de las campañas de educación y concienciación públicas para poner de relieve los conceptos fundamentales y las expectativas de comportamiento ético deben equilibrarse con sanciones claras y medidas coercitivas para garantizar que se aborden adecuadamente tanto las causas de los conflictos de interés como sus efectos.²⁷

27 Iniciativa Anticorrupción del BAD y la OCDE para Asia y el Pacífico. "Managing conflicts of interest. Frameworks, tools, and instruments for preventing, detecting, and managing conflict of interest". Disponible en: <http://www.adb.org/sites/default/files/publication/27975/managing-conflict-interest.pdf>

CONCLUSIONES

1. A pesar de su condición elusiva, los conflictos de interés son bien reales. Los intereses ilegítimos pueden influir en las decisiones a todos los niveles y en todos los aspectos de la vida pública, incluida la economía privada. Las implicaciones incluyen numerosas consecuencias graves como, por ejemplo, los tratamientos médicos, las cuestiones de la guerra y la paz, la justicia y la injusticia. Eliminar por completo los conflictos de interés en la toma de decisiones es probablemente imposible, pero el debate público informado sobre ellos podría minimizar su impacto.
2. Es cierto que un buen sistema de regulación es necesario, pero es insuficiente por sí solo. Aunque muchos reglamentos y códigos de conducta nacionales son buenos, a menudo no se toman en serio. Si han nacido en un ambiente de desconfianza generalizada de la población en los funcionarios y las instituciones gubernamentales, no es probable que la confianza aumente simplemente como resultado de algunos cambios legislativos. La población no se siente tranquila por el mero hecho de saber que en su país existe una sólida regulación de los conflictos de interés. Se necesita más para crear confianza, especialmente una implementación visible, sostenida, coherente y eficiente.
3. La investigación y la experiencia demuestran que un liderazgo político eficaz, un marco jurídico sólido y una prensa independiente son necesarios para detectar, prevenir y gestionar los conflictos de interés. Una voluntad política decidida en los estamentos superiores favorecerá el establecimiento de un discurso público que apoye y fortalezca las normas éticas elevadas tanto en la vida pública como en las relaciones privadas. La transparencia y la equidad son también componentes necesarios. Por último, es imprescindible contar con una administración pública profesional y adecuadamente remunerada, con normas claras sobre los deberes de los políticos y los funcionarios públicos, y con énfasis en la rendición de cuentas tanto a nivel nacional como local.

Guías sobre buena gobernanza



La guía *Abordar los conflictos de interés en el sector público* considera cómo las democracias se construyen sobre una división entre dos esferas: la sociedad civil y el mercado (el sector privado), y el Estado (el sector público), que representa la gobernanza política y administrativa y debe encarnar el interés general. La noción de conflicto de interés resume la complejidad de los problemas éticos y normativos que rodean la interacción entre las esferas pública y privada de la sociedad. Los conflictos de interés dependen mucho del contexto, lo que puede llevar a los responsables políticos a enfocarlos y regularlos de forma ineficaz.

Las *Guías sobre buena gobernanza* son una serie de folletos breves. Cada uno de ellos trata sobre un tema determinado, importante para la buena gobernanza en el sector de la defensa. Estos documentos se dirigen a personas interesadas en saber más sobre uno o varios temas relacionados directamente con la buena gobernanza en el sector de la defensa (o, en general, en el sector público). También pueden usarse con fines educativos.

Publicado por: Centro de integridad en el sector de defensa

Diseño: www.melkeveien.no

Impresión: Organización de servicios y de seguridad del Gobierno de Noruega
Junio/2015



CENTRE FOR INTEGRITY
IN THE DEFENCE SECTOR

www.cids.no



La traducción de la versión original en inglés al español se ha llevado a cabo por cortesía de la Organización del Tratado del Atlántico Norte.