

Requisitos, inhabilidades e incompatibilidades para Funcionarios Públicos

Experiencia Extranjera

Gabriela Dazarola Leichtle
gdazarola@bcn.cl
(56) 32 226 3189

Resumen

La Constitución Política de la República establece que el ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones. Para dar cumplimiento a dicho mandato, la normativa nacional se ha ido adaptando e incorporando paulatinamente mayores estándares de exigencia para quienes desarrollan funciones públicas.

Entre las exigencias se encuentran los requisitos e inhabilidades para el ingreso a la administración pública, además de una serie de incompatibilidades establecidas para resguardar el interés general sobre el particular.

Revisada la experiencia extranjera sobre la materia, en relación a los requisitos de ingreso se encuentran similitudes entre los países estudiados, como formación académica y no encontrarse inhabilitados para el ejercicio del cargo respectivo por resoluciones judiciales o condenas.

En relación a las incompatibilidades, en general se regula la exclusividad de funciones, estableciéndose algunas excepciones. En el caso de España, dichas excepciones se regulan detalladamente, tanto para actividades en el sector público como en el privado.

En relación a la regulación para evitar los conflictos de interés, en cada uno de los países se determina además del interés particular del titular del cargo, las personas que se relacionan con el titular y por las que debe abstenerse de participar en ciertos asuntos. En el caso de Colombia, los límites afectan a los asuntos en que tenga participación el cónyuge, compañero permanente, parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, socios o de hecho o derecho.

En España, las limitaciones establecidas son para quienes ejercen un alto cargo en la administración general. Incluyendo en este caso, cónyuge o persona con quien conviva en análoga relación de afectividad y parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo grado de afinidad; personas con quien tenga una cuestión litigiosa pendiente; personas con quien tengan amistad íntima o enemistad manifiesta; personas jurídicas o entidades privadas a las haya estado vinculado por una relación laboral o profesional de cualquier tipo en los dos años anteriores al nombramiento; y personas jurídicas a las que los familiares estén vinculados.

En Estados Unidos, se considera al cónyuge, hijo menor del empleado, socio general, organización en la que el empleado se desempeña como funcionario, director, fideicomisario, socio general o empleado; y persona con quien el empleado está negociando o tiene un acuerdo con respecto a un posible empleo.

Se destacan coincidencias también en el caso de España y Estados Unidos, en el establecimiento de un órgano que interviene para definir y orientar la posible existencia de incompatibilidades o conflictos de interés.

Introducción

El objeto del presente informe, es entregar una visión de la regulación existente en la experiencia extranjera sobre requisitos e incompatibilidades exigidas para acceder a cargos públicos. Los países analizados son Colombia, España y Estados Unidos de América.

Las normas revisadas corresponden principalmente a las que regulan en general a los empleados, funcionarios o servidores públicos, sin analizar otras normas que podrían regular de forma más específica los cargos de alguna institución en particular.

El presente documento ha sido elaborado a solicitud de parlamentarios del Congreso Nacional, bajo sus orientaciones y particulares requerimientos. Por consiguiente el tema que aborda y sus contenidos están delimitados por los parámetros de análisis acordados y por el plazo de entrega convenido. No es un documento académico y se enmarca en los criterios de validez, confiabilidad, neutralidad y oportunidad en su entrega.

Las traducciones son propias.

I. Antecedentes normativos de Chile

La Constitución Política de la República establece que “el ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones” (artículo 8º, inc. 1º).

Según la Ley de Bases, el principio de probidad administrativa consiste en “observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular” (artículo 52, inc. 2º, de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado). A continuación se revisan las distintas partes de la definición legal:

Por su parte, el artículo 52 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado dispone expresamente que “deberán dar estricto cumplimiento al principio de la probidad administrativa” las autoridades de la administración pública, cualquiera que sea la denominación con que las designen la Constitución y las leyes, y los funcionarios de la Administración del Estado, sean de planta o a contrata.

La ley distingue “autoridades” y “funcionarios” para incluir en la órbita de la probidad a algunos servidores públicos que no son considerados funcionarios pero si autoridades, como los Ministros y los concejales. (Chile Transparente)

Por otra parte, la Ley N° 20.880, sobre probidad en la función pública y prevención de los conflictos de intereses (2016), dispone en su artículo 1º, que

[e]l principio de probidad en la función pública consiste en observar una conducta funcionaria intachable, un desempeño honesto y leal de la función o cargo con preeminencia del interés general sobre el particular.

Se establece, en el citado artículo, que existe conflicto de intereses en el ejercicio de la función pública

[c]uando concurren a la vez el interés general propio del ejercicio de las funciones con un interés particular, sea o no de carácter económico, de quien ejerce dichas funciones o de los terceros vinculados a él determinados por la ley, o cuando concurren circunstancias que le restan imparcialidad en el ejercicio de sus competencias.

Asimismo, el ordenamiento jurídico nacional, establece una serie de requisitos de ingreso a la Administración del Estado en los artículos 12 del Estatuto Administrativo y 54 de la Ley Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado. (Servicio Civil, 2008)

Las disposiciones que regulan las incompatibilidades existentes para los funcionarios públicos, se establecen entre los artículos 85 al 88 del Estatuto Administrativo, así como entre los artículos 54 y 56 de la Ley de Bases.

1. Principales normas sobre probidad y transparencia en Chile para funcionarios

A continuación se enunciarán las principales normas que rigen a la generalidad de los funcionarios de dicha Administración, indicando la fecha de publicación en el Diario Oficial (D.O.). Se partirá por la Constitución Política de la República para seguir con las normas legales (cuyo texto completo y actualizado puede encontrarse en el sitio Web de la Biblioteca del Congreso Nacional, www.bcn.cl) y los instrumentos internacionales que Chile ha suscrito y ratificado en esta materia. (Servicio Civil, 2008).

a. Constitución Política y Leyes

- Constitución Política de la República (particularmente su artículo 8º), cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el D.S. Nº 100/2005, MINSEGPRES (D.O. 22 de septiembre de 2005);
- D.F.L. Nº 1/19.653, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Nº 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (D.O. 17 de noviembre de 2001);
- D.F.L. Nº 29/2004, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Nº 18.834, sobre Estatuto Administrativo (D.O. 16 de marzo de 2005);
- Ley 19.880, que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado (D.O. 29 de mayo de 2003);
- Ley Nº 19.886, de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios (D.O. 30 de julio de 2003); y
- Ley Nº 10.336, de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, cuyo texto refundido fue fijado por el D.S. Nº 2.421/1964, MINHAC (D.O. 10 de julio de 1964).
- Ley Nº 20.285, sobre Acceso a la Información Pública. (D.O. 20 de agosto de 2008)
- Ley Nº 20.880 sobre Probidad en la Función Pública y Prevención de los Conflictos de Intereses (D.O. 5 de enero de 2016)

b. Tratados Internacionales

- Convención Interamericana Contra la Corrupción, adoptada en Caracas, Venezuela, el 29 de marzo de 1996 y promulgada por D.S. N° 1.879, RR.EE. (D.O. 2 de febrero de 1998);
- Convención para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales y su Anexo, de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), adoptada en París, Francia, el 17 de diciembre de 1997 y promulgada por D.S. N° 496, RR.EE. (D.O. 30 de enero de 2002);
- Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, adoptada en Palermo, Italia, el 15 de diciembre de 2000 y promulgada por el D.S. N° 342, RR.EE. (D.O. 16 de febrero de 2005).
- Convención de las Naciones Unidas en contra de la Corrupción, adoptada en Nueva York el 31 de octubre de 2003 y promulgada por el D.S. N° 375, RR.EE. (D.O. 30 de enero de 2007).

II. Experiencia Extranjera

1. Colombia

La Constitución Política colombiana, establece en su artículo 123, que

[s]on servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.

1.1. Requisitos generales

Como requisito general para acceder a un cargo en la administración pública, la Ley N° 190 de 1995, por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijan disposiciones con el objeto de erradicar la corrupción administrativa, establece en su artículo 1° que,

[t]odo aspirante a ocupar un cargo o empleo público, o a celebrar un contrato de prestación de servicios con la administración deberá presentar ante la unidad de personal de la correspondiente entidad, o ante la dependencia que haga sus veces, el formato único de hoja de vida, en el cual consignará la información completa que se solicita.

Entre la información a incluir en la hoja de vida, se encuentra la formación académica, experiencia laboral, relacionando todos y cada uno de los empleos o cargos desempeñados, tanto en el sector público como en el privado; inexistencia de cualquier hecho o circunstancia que implique una

inhabilidad o incompatibilidad del orden constitucional o legal para ocupar el empleo o cargo al que se aspira o para celebrar contrato de prestación de servicios con la administración.

En relación a las inhabilidades, es otra norma la que establece condiciones para el ingreso al sector público, Ley 734 de 2002, que establece el Código Disciplinario Único dispone en su artículo 38, que constituyen inhabilidades para desempeñar cargos públicos, las siguientes:

- Haber sido sancionado por delitos contra el patrimonio del Estado, haber sido condenado a pena privativa de libertad mayor de cuatro años por delito doloso dentro de los diez años anteriores, salvo que se trate de delito político.
- Haber sido sancionado disciplinariamente tres o más veces en los últimos cinco años por faltas graves o leves dolosas o por ambas. Esta inhabilidad tendrá una duración de tres años contados a partir de la ejecutoria de la última sanción.
- Hallarse en estado de interdicción judicial o inhabilitado por una sanción disciplinaria o penal, o suspendido en el ejercicio de su profesión o excluido de esta, cuando el cargo a desempeñar se relacione con la misma.
- Haber sido declarado responsable fiscalmente. En este último caso, serán inhábil para el ejercicio de cargos públicos y para contratar con el Estado durante los cinco (5) años siguientes a la ejecutoria del fallo correspondiente, debiendo además restituir la suma comprometida, o en su defecto prolonga la inhabilidad dependiendo del monto comprometido.

1.2. Incompatibilidades

En relación a las incompatibilidades que afectan a los servidores públicos, según sentencia de la Corte Constitucional Colombiana, se señala sobre su alcance legal, que tienen por función primordial

[p]reservar la probidad del servidor público en el desempeño de su cargo, al impedirle ejercer simultáneamente actividades o empleos que eventualmente puedan llegar a entorpecer el desarrollo y buena marcha de la gestión pública. Igualmente, cumplen la misión de evitar que se utilice su cargo de elección popular para favorecer intereses de terceros o propios en desmedro del interés general y de los principios que rigen la función pública. (Corte Constitucional. Sentencia C-426 de 1996: 135).

En cuanto a la normativa existente relacionada con las incompatibilidades en el desempeño de un cargo en el sector público, la Constitución Política establece en su artículo 127 que “los servidores públicos no podrán celebrar, por si o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales” (...).

[P]or otra parte, el artículo 128 de la Constitución establece la exclusividad de funciones, disponiendo que “nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.

Asimismo, el artículo 129 de la citada norma, dispone que “los servidores públicos no podrán aceptar cargos, honores o recompensas de gobiernos extranjeros u organismos internacionales, ni celebrar contratos con ellos, sin previa autorización del Gobierno”.

Complementariamente, la Ley 734 de 2002, que establece el Código Disciplinario Único, incorpora disposiciones relacionadas con impedimentos, incompatibilidades y conflicto de intereses.

El artículo 39, de la citada norma establece que constituyen incompatibilidades para desempeñar cargos públicos, las siguientes:

[1]. Para los gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y miembros de las juntas administradoras locales, en el nivel territorial donde hayan ejercido jurisdicción, desde el momento de su elección y hasta cuando esté legalmente terminado el periodo:

- a) Intervenir en nombre propio o ajeno en asuntos, actuaciones administrativas o actuación contractual en los cuales tenga interés el departamento, distrito o municipio correspondiente, o sus organismos;
- b) Actuar como apoderados o gestores ante entidades o autoridades disciplinarias, fiscales, administrativas o jurisdiccionales.

2. Para todo servidor público, adquirir o intervenir directa o indirectamente, en remate o venta de bienes que se efectúen en la entidad donde labore o en cualquier otra sobre la cual se ejerza control jerárquico o de tutela o funciones de inspección, control y vigilancia. Esta prohibición se extiende aun encontrándose en uso de licencia”.

En relación a los conflictos de interés, el artículo 40 dispone que

[T]odo servidor público deberá declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho.

Cuando el interés general, propio de la función pública, entre en conflicto con un interés particular y directo del servidor público deberá declararse impedido”.

La citada norma, extiende en su artículo 41, las inhabilidades, incompatibilidades e impedimentos señalados en la ley para los gerentes, directores, rectores, miembros de juntas directivas y funcionarios o servidores públicos de las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, a las mismas autoridades de los niveles departamental, distrital y municipal.

2. España

En España, la Constitución Política establece en su artículo 103.3 que la que “La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones”.

En relación a las competencias de las comunidades autónomas y el Estado, se dispone en el artículo 149 de la Constitución, que el Estado tiene competencia exclusiva sobre

[L]as bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas”. (Artículo 149, numeral 18).

2.1. Requisitos Generales

El Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, regula entre otras materias, los deberes de los empleados públicos, a través de disposiciones que conforman un código de conducta, que establece principios éticos y de conducta. Por otra parte, en relación al acceso al empleo público, se establecen algunos requisitos generales y principios rectores que deben cumplir.

El ámbito de aplicación del Estatuto Básico, abarca (artículo 2): La Administración General del Estado; las Administraciones de las comunidades autónomas y de las ciudades de Ceuta y Melilla; las Administraciones de las entidades locales; los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas; las Universidades Públicas, entre otras reparticiones, aplicándose además con carácter supletorio para todo el personal de las Administraciones Públicas no incluido en su ámbito de aplicación.

La citada norma, establece los siguientes requisitos generales que deben cumplir para poder participar en los procesos selectivos para un empleo público (artículo 56):

- Tener la nacionalidad española, con algunas excepciones como nacionales de Estados miembros de la Unión Europea, cónyuges y descendientes, así como extranjeros con residencia legal en España (artículo 57).
- Poseer la capacidad funcional para el desempeño de las tareas.
- Tener cumplidos dieciséis años y no exceder, en su caso, de la edad máxima de jubilación forzosa.
- No haber sido separado mediante expediente disciplinario del servicio de cualquiera de las Administraciones Públicas o de los órganos constitucionales o estatutarios de las Comunidades Autónomas, ni hallarse en inhabilitación absoluta o especial para empleos o cargos públicos por resolución judicial, para el acceso al cuerpo o escala de funcionario, o para ejercer

funciones similares a las que desempeñaban en el caso del personal laboral, en el que hubiese sido separado o inhabilitado.

- Poseer la titulación exigida.

Además se dispone que “podrá exigirse el cumplimiento de otros requisitos específicos que guarden relación objetiva y proporcionada con las funciones asumidas y las tareas a desempeñar. En todo caso, habrán de establecerse de manera abstracta y general”.

2.2. Incompatibilidades

Por otra parte, existe la Ley 53/1984, incompatibilidades del Personal de las Administraciones Públicas, que tiene un alcance amplio, estableciendo su aplicación al personal civil y militar, de las comunidades autónomas, incluyendo sus asambleas legislativas, personal de corporaciones locales, personal de los servicios de seguridad social, fundaciones y corporaciones cuyos presupuestos se funden en más de un 50 % de subvenciones del Estado, lo mismo en el caso de las empresas en las que la participación de capital del Estado sea superior al 50%, entre otras. (Artículo segundo)

Se establece un primer grupo de incompatibilidades en el desempeño de un trabajo en el sector público. La citada norma dispone que sólo podrá desempeñar un segundo puesto de trabajo o actividad en el sector público en los supuestos previstos en la Ley (artículo tercero), estableciendo excepciones para el desempeño en el ámbito docente y sanitario, además del desempeño de algunos cargos electivos que no requieran dedicación exclusiva (Artículos tercero y cuarto).

Además, para los casos en que se desempeñe más de un puesto, se establece un límite de la cantidad percibida por el desempeño. Será requisito necesario para autorizar la compatibilidad de actividades públicas el que la cantidad total percibida por ambos puestos o actividades no supere la remuneración prevista en los Presupuestos Generales del Estado para el cargo de Director General, ni supere la correspondiente al principal, para lo que se determinan los porcentajes de incremento según cada caso (Artículo séptimo).

En relación a las actividades privadas, las personas regidas por la citada norma, no podrán

[e]jercer, por sí o mediante sustitución, actividades privadas, incluidas las de carácter profesional, sean por cuenta propia o bajo la dependencia o al servicio de Entidades o particulares que se relacionen directamente con las que desarrolle el Departamento, Organismo o Entidad donde estuviera destinado. (Artículo once, numeral 1)

Asimismo, se establecen otras actividades privadas que no pueden ser ejercidas por los funcionarios contemplados en el ámbito de aplicación de la citada norma (Artículo doce):

- a. El desempeño de actividades privadas, incluidas las de carácter profesional, sea por cuenta propia o bajo la dependencia o al servicio de Entidades o particulares, o en los asuntos en los que esté interviniendo, haya intervenido en los dos últimos años o tenga que intervenir por razón del puesto público.
Se incluyen en especial en esta incompatibilidad las actividades profesionales prestadas a personas a quienes se esté obligado a atender en el desempeño del puesto público.
- b. La pertenencia a Consejos de Administración u órganos rectores de Empresas o Entidades privadas, siempre que la actividad de las mismas esté directamente relacionada con las que gestione el Departamento, Organismo o Entidad en que preste sus servicios el personal afectado.
- c. El desempeño, por sí o por persona interpuesta, de cargos de todo orden en Empresas o Sociedades concesionarias, contratistas de obras, servicios o suministros, arrendatarias o administradoras de monopolios, o con participación o aval del sector público, cualquiera que sea la configuración jurídica de aquéllas.
- d. La participación superior al 10% en el capital de las Empresas o Sociedades a que se refiere el párrafo anterior.

La citada norma dispone además que el ejercicio de actividades privadas, requerirá el previo reconocimiento de compatibilidad. Cuya resolución de compatibilidad o declaración de incompatibilidad, debe ser dictada en el plazo de dos meses, por el Ministerio de la Presidencia, a propuesta del Subsecretario del Departamento correspondiente; el órgano competente de la Comunidad Autónoma o el Pleno de la Corporación Local, previo informe, en su caso, de los Directores de los Organismos, Entes y Empresas públicas. (Artículo catorce).

A través de otra ley, se establece también el régimen jurídico aplicable a quienes ejercen un alto cargo en la Administración General del Estado, la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado.

Su artículo 1, señala qué cargos se consideran altos cargos para efectos de lo previsto en la Ley, entre los que se encuentran miembros del Gobierno y los Secretarios de Estado; Subsecretarios; los Secretarios Generales; los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas; los jefes de misión diplomática permanente, los jefes de representación permanente ante organizaciones internacionales; los Presidentes, los Vicepresidentes, los Directores Generales, los Directores ejecutivos y asimilados en entidades del sector público estatal, administrativo, fundacional o empresarial, vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado que tengan la condición de máximos responsables; los Directores, Directores ejecutivos, Secretarios Generales o equivalentes de los organismos reguladores y de supervisión; entre otros.

En el Título II de la citada norma, se regula el régimen de conflictos de intereses y de incompatibilidades a los que estarán sujetos aquellos que sean nombrados en altos cargos.

Específicamente, el artículo 11, establece las disposiciones que regulan lo referente al conflicto de intereses, señalando que los altos cargos servirán con objetividad los intereses generales,

debiendo evitar que sus intereses personales puedan influir indebidamente en el ejercicio de sus funciones y responsabilidades.

El citado artículo dispone además que se entiende que un alto cargo está incurrido en conflicto de intereses cuando la decisión que vaya a adoptar, pueda afectar a sus intereses personales, de naturaleza económica o profesional, por suponer un beneficio o un perjuicio a los mismos.

Se consideran intereses personales (artículo 11):

- a. Los intereses propios.
- b. Los intereses familiares, incluyendo los de su cónyuge o persona con quien conviva en análoga relación de afectividad y parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo grado de afinidad.
- c. Los de las personas con quien tenga una cuestión litigiosa pendiente.
- d. Los de las personas con quien tengan amistad íntima o enemistad manifiesta.
- e. Los de personas jurídicas o entidades privadas a las que el alto cargo haya estado vinculado por una relación laboral o profesional de cualquier tipo en los dos años anteriores al nombramiento.
- f. Los de personas jurídicas o entidades privadas a las que los familiares previstos en la letra b) estén vinculados por una relación laboral o profesional de cualquier tipo, siempre que la misma implique el ejercicio de funciones de dirección, asesoramiento o administración.

La normativa contempla además, un sistema de alerta temprana para la detección de estos posibles conflictos. La Oficina de Conflictos de Intereses, como órgano especializado en la materia, será la encargada de señalar al alto cargo los asuntos o materias sobre los que, tras un primer análisis, deberá abstenerse en la toma de decisiones. Asimismo, se prevé que se aprueben y apliquen procedimientos internos que eviten que se den situaciones de conflictos de intereses y que, en caso de que se detecten, motiven la abstención del alto cargo. (Artículo 12)

La dedicación exclusiva al cargo sigue siendo la regla general, que sólo cederá ante determinados supuestos que permitan la compatibilidad con ciertas actividades de carácter público o privado. El artículo 13 dispone que

[L]os altos cargos ejercerán sus funciones con dedicación exclusiva y no podrán compatibilizar su actividad con el desempeño, por sí, o mediante sustitución o apoderamiento, de cualquier otro puesto, cargo, representación, profesión o actividad, sean de carácter público o privado, por cuenta propia o ajena. Tampoco podrán percibir cualquier otra remuneración con cargo a los presupuestos de las Administraciones públicas o entidades vinculadas o dependientes de ellas, ni cualquier otra percepción que, directa o indirectamente, provenga de una actividad privada simultánea”.

Se establecen asimismo una serie de excepciones en actividades públicas y privadas (Artículo 13, numeral 2), entre las que se pueden mencionar: las de mera administración del patrimonio personal o familiar con las limitaciones establecidas en la presente ley, Las de producción y creación literaria, artística, científica o técnica y las publicaciones derivadas de aquéllas, así como la colaboración y la asistencia ocasional y excepcional como ponente a congresos, seminarios,

jornadas de trabajo, La participación en entidades culturales o benéficas que no tengan ánimo de lucro o en fundaciones, siempre que no perciban ningún tipo de retribución, entre otras.

Se refuerza también la regulación de las limitaciones en participaciones societarias en el sentido de que también será incompatible la participación en más de un diez por ciento en empresas que reciban subvenciones que provengan de cualquier Administración Pública. (Artículo 14)

3. Estados Unidos de América

Es importante señalar que el modelo estadounidense difiere de los sistemas ministeriales tradicionales (Ragone, 2014: 57). Se encuentran, por un lado,

[a] existencia de un aparato que gira alrededor del Presidente como tal, sin que existan órganos dotados de un poder de codecisión con él y, por otro lado, la presencia de Agencias, gubernamentales o independientes, dotadas de cometidos específicos (Ragone).

En relación a las normas de conducta de los empleados públicos, en 1989, la Comisión Presidencial sobre la Reforma de la Ley de Ética Federal recomendó que las normas de conducta de las agencias individuales sean reemplazadas por una única regulación aplicable a todos los empleados de la rama ejecutiva. De conformidad con esa recomendación, el Presidente Bush firmó la Orden Ejecutiva 12674 el 12 de abril de 1989. Esa Orden Ejecutiva estableció catorce principios básicos de conducta ética para el personal del poder ejecutivo y ordenó a la Oficina de Ética Gubernamental (*Office of Government Ethics*, OGE) que estableciera un conjunto claro de normas de conducta ética del poder ejecutivo. OGE publicó los Estándares de Conducta Ética para los Empleados de la Rama Ejecutiva el 7 de agosto de 1992. La regulación entró en vigencia el 3 de febrero de 1993 y fue codificada en el título 5 del Código de Regulaciones Federales (*Code of Federal Regulations*, C.F.R) Parte §2635, sobre estándares de conducta ética de empleados del Ejecutivo. (OGE: 2018)

A continuación se describen las subpartes que contienen disposiciones relacionadas con la materia desarrollada en el informe.

3.1. Marco General

La primera parte de la regulación federal sobre la materia, se desarrolla en la Subparte A de la 5 C.F.R., que establece disposiciones generales. En el citado acápite, se establece el marco para el resto de la regulación, incluye definiciones, proporciona competencias a las agencias para dictar normas suplementarias de la regulación cuando sea necesario, y promueve que los empleados busquen el asesoramiento de los funcionarios de ética de cada agencia.

Cada agencia cuenta con un funcionario de ética, que en nombre del organismo, es responsable de coordinar y administrar el programa de ética de la agencia. El encargado de ética de la agencia tiene autoridad para delegar ciertas responsabilidades, incluida la de proporcionar asesoramiento ético con respecto a la aplicación de las normas del C.F.R. 5, a uno o más funcionarios. (§2635.107 Consejo de ética).

Los empleados que tengan dudas sobre la aplicación de la Regulación Federal o las reglamentaciones suplementarias de las agencias, deben buscar asesoramiento del encargado de ética respectivo. Según se señala en el C. F. R, no se tomarán medidas disciplinarias por violar las disposiciones contenidas en el Código, ni las reglamentaciones complementarias de las agencias, contra un empleado que haya participado en una acción basada de buena fe en el asesoramiento de un funcionario de ética, siempre que el empleado, al solicitar dicho asesoramiento, haya hecho una revelación completa de todas las circunstancias relevantes para evaluar los actos comprometidos. (§2635.107 Consejo de ética).

3.2. Intereses Financieros Conflictivos

Los aspectos relacionados con intereses financieros conflictivos, se regula en la Subparte D del §2635, que contiene dos disposiciones diseñadas para tratar los intereses financieros que entran en conflicto con los deberes oficiales de los empleados.

La primera disposición, titulada "Abstención de participar en intereses financieros" (§2635.402), prohíbe que un empleado participe en una función oficial del gobierno, en un asunto en el que tenga interés financiero o en el que su cónyuge, hijo menor, empleador u otras personas relacionadas tengan este tipo de interés.

Según se señala en la regulación, un empleado está sujeto a la prohibición por ley penal (18 U.S.C. 208 (a)), de participar personal y substancialmente en una función oficial, en un asunto particular que tendrá un efecto directo y predecible sobre intereses financieros, del empleado o persona relacionada con este.

El C.F.R. Subparte D (§2635.402), define detalladamente lo que se entiende por participación personal y sustancial, efecto directo y predecible, así como el alcance de un asunto particular.

Un asunto en particular tiene un efecto directo sobre un interés financiero, si existe estrecha relación de causalidad entre la decisión o medida a tomar en una materia y el efecto esperado sobre el interés financiero. Un efecto puede ser directo aunque no ocurra inmediatamente. Sin embargo, un asunto en particular no tendrá un efecto directo en un interés financiero si la cadena de causalidad se atenúa o depende de la ocurrencia de eventos que son especulativos o que son independientes de la materia y no están relacionados con ella.

El término asunto particular abarca solo asuntos que involucran deliberación, decisión o acción que se enfoca en los intereses de personas específicas, o una clase de personas identificable. No se extiende a la consideración o adopción de amplias opciones de política que están dirigidas a los intereses de un grupo grande y diverso de personas.

Participar personalmente significa participar directamente. Incluye la supervisión directa y activa de la participación de un subordinado en el asunto. Participar sustancialmente significa que la participación del empleado es importante para el asunto. La participación puede ser sustancial aunque no sea determinante del resultado de un asunto en particular. La participación personal y sustancial puede ocurrir cuando, por ejemplo, un empleado participa a través de la decisión,

aprobación, desaprobación, recomendación, investigación o la prestación de asesoramiento en un asunto particular.

Los intereses financieros de las siguientes personas son las consideradas como relacionadas con un empleado, en la misma medida que si fueran intereses propios del empleado:

- (i) El cónyuge del empleado;
- (ii) El hijo menor del empleado;
- (iii) El socio general del empleado;
- (iv) Una organización o entidad en la que el empleado se desempeña como funcionario, director, fideicomisario, socio general o empleado; y
- (v) Una persona con quien el empleado está negociando o tiene un acuerdo con respecto a un posible empleo.

La segunda disposición, es titulada "Intereses financieros prohibidos", contiene el mandato por el cual las agencias pueden prohibir que el empleado adquiera o retenga ciertos intereses financieros. Según dicha disposición, no existe un estatuto de aplicabilidad a nivel gubernamental que prohíba a los empleados conservar o adquirir ningún interés financiero. Las restricciones legales sobre la materia, están contenidas en los estatutos particulares de cada agencia.

3.3. Mal uso de la posición

Otro aspecto regulado en el C.F.R. 5, Subparte E, tiene relación con la imparcialidad en el desempeño de deberes oficiales. Esta subparte contiene dos disposiciones destinadas a garantizar que el empleado tome las medidas adecuadas para evitar la aparente pérdida de imparcialidad en el desempeño de sus funciones oficiales.

La primera disposición, titulada "Relaciones personales y comerciales", establece que los empleados deben obtener una autorización específica antes de participar en ciertos asuntos del Gobierno donde es probable que se cuestione su imparcialidad. Los asuntos específicamente cubiertos por este estándar incluyen aquellos que puedan afectar los intereses financieros de una persona con la que se tiene una relación. Esto incluiría, por ejemplo, asuntos relacionados con empleadores recientes, empleadores de cónyuges o hijos menores, o cualquier persona con quien los empleados tengan o busquen una relación comercial o financiera.

Para evitar ese tipo de conflictos, se fijan procedimientos mediante los cuales se puede autorizar a los empleados a participar en tales asuntos. El proceso establecido en la Subparte E se debe usar para abordar cualquier asunto en el que la imparcialidad de un empleado pueda ser cuestionada.

La segunda disposición, titulada "Pagos extraordinarios de antiguos empleadores", restringe la participación de los empleados en ciertos asuntos que involucran a antiguos empleadores.

Finalmente, la Subparte G, regula el uso indebido de la posición, contiene cuatro disposiciones diseñadas para garantizar que los empleados no hagan mal uso de sus puestos oficiales. Éstas incluyen:

Una prohibición contra los empleados que utilizan cargos públicos para su propio beneficio privado para el beneficio privado de amigos, parientes o personas con quienes están afiliados en una capacidad no gubernamental, o para el endoso o cualquier producto, servicio o empresa;

Una prohibición de participar en transacciones financieras utilizando información no pública, o permitir el uso indebido de información no pública para promover intereses privados;

Un deber afirmativo de proteger y conservar la propiedad del Gobierno y de usar la propiedad del Gobierno solo para fines autorizados; y

Una prohibición contra el uso del tiempo oficial que no sea un esfuerzo honesto para realizar tareas oficiales y una prohibición contra alentar o solicitar a un subordinado el uso del tiempo oficial para realizar actividades no autorizadas.

Referencias

Ragone, Sabrina (2014). La Administración en los EEUU: Un breve recorrido entre sus reformas hasta la crisis actual, REDCE, número 21. Enero-junio de 2014. Disponible en: https://www.ugr.es/~redce/REDCE21pdf/02_ragone.pdf (agosto, 2018).

Servicio Civil (2008), Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Manual de Transparencia y Probidad de la Administración del Estado. Disponible en: https://www.serviciocivil.cl/wp-content/uploads/2017/07/141009_Manual_transparencia.pdf (agosto, 2018).

Office of Government Ethics, OGE (2018). Disponible en: <https://www.oge.gov/web/oge.nsf/Employee%20Standards%20of%20Conduct> (agosto, 2018).

Colombia. (2009) Departamento Administrativo de la Función Pública. Cartillas de Administración Pública. Inhabilidades e incompatibilidades funcionarios públicos. Disponible en: https://www.registraduria.gov.co/descargar/cartilla_adminpublica.pdf (agosto, 2018).

Textos normativos

Chile

Estatuto Administrativo DFL 29, que fija el texto refundido coordinado y sistematizado de la Ley N°18.834, sobre Estatuto Administrativo. Disponible en: <https://www.leychile.cl/navegar?idNorma=236392> (agosto, 2018).

Ley de Bases de la Administración del Estado, DFL 1-19653, Fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N°18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Disponible en: <https://www.leychile.cl/navegar?idNorma=191865> (agosto, 2018).

Estados Unidos de Norteamérica

Código Reglamentario Federal C.F.R. Disponible en: https://www.ecfr.gov/cgi-bin/text-idx?c=ecfr&SID=06f812f26e7ed9f364bb87944757b912&rqn=div5&view=text&node=5:3.0.10.10.9&idn_o=5 (agosto, 2018).

Colombia

Constitución Política Colombia. Disponible en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Constitucion/1687988> (agosto, 2018).

Código Disciplinario Único. Disponible en: <https://www.procuraduria.gov.co/guiamp/media/file/Macroproceso%20Disciplinario/L-734-02.htm> (agosto, 2018).

La Ley N° 190 de 1995, por la cual se dicta normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijan disposiciones con el objeto de erradicar la corrupción administrativa.

Disponible en:

<https://www.procuraduria.gov.co/guiamp/media/file/Macroproceso%20Disciplinario/L-190-95.htm> (agosto, 2018).

España.

Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11719> (agosto, 2018).

Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-3444&tn=1&p=20150331#preambulo> (agosto, 2018).

Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas Jefatura del Estado «BOE» núm. 4, de 4 de enero de 1985 Última modificación: 31 de octubre de 2015 Referencia: BOE-A-1985-151