

Actualidad extranjera

ANÍBAL ZÁRATE¹

JORGE IVÁN RINCÓN²

Una de las maneras de asegurar que las administraciones públicas tomen decisiones imparciales y hagan un uso adecuado de los recursos públicos consiste en la implementación de programas encaminados a prevenir y detectar conflictos de interés. Esta es la misión principal del Programa de Ética de la rama ejecutiva del Gobierno federal de Estados Unidos (*Executive Branch Ethics Program*)³. Como autoridad encargada de supervisar la implementación de este programa, la Oficina de Ética Gubernamental (*Office of Government Ethics, OGE*)⁴ expide las regulaciones en materia de conflictos de interés, estándares de conducta, declaraciones patrimoniales y financieras, los requisitos que deben cumplir los programas de ética de las agencias y administra el sistema de registro de ética gubernamental. Ella puede además solicitar a las agencias federales que remitan archivos, formatos e informaciones necesarios para adelantar sus funciones de supervisión⁵ y recomendar, cuando encuentre mérito para ello o por solicitud del Comité de Ética del Congreso, parlamentarios o cualquier interesado, que el oficial designado para los asuntos de ética en cada agencia (*Designated Agency Ethics Official, DAEO*)⁶ investigue y tome las medidas disciplinarias y correctivas correspondientes.

1 Doctor en Derecho Público, Universidad Paris II, Panthéon-Assas, París, Francia. Docente investigador y director del Grupo de Investigación del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Correo-e: anibal.zarate@uexternado.edu.co

2 Doctor en Derecho, Universidad de Barcelona, Barcelona, España, con estudios posdoctorales en la Universidad de Córdoba, Córdoba, España. Director de posgrados de la Facultad de Derecho y docente del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Correo-e: jorge.rincon@uexternado.edu.co
Para citar el artículo: ZÁRATE, A., RINCÓN, J. I., "Actualidad extranjera", *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 18, segundo semestre, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 13-19. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n18.03>

3 5 U.S.C. APP. § 109(18).

4 5 USCA APP. 4 § 401.

5 5 U.S.C. APP. §§ 402(b)(10), 403(a)(2).

6 5 USCA APP. 4 § 211. "Designated agency official' means an officer or employee who is designated to administer the provisions of this title within an agency".

En una situación que ha sido calificada de inusual⁷, las diferencias entre la OGE, agencia independiente del ejecutivo, y funcionarios del Gobierno federal se han agudizado desde que tomó posesión en enero de 2017 el Presidente número 45 de Estados Unidos. Una primera confrontación tendría lugar a raíz de las declaraciones hechas en televisión nacional por una consejera de la Casa Blanca, en las que invitaba a comprar productos de la marca Ivanka Trump. La indignación causada por las declaraciones de la funcionaria darían lugar a un requerimiento del Comité de Supervisión y Reforma Gubernamental de la Cámara de Representantes (*House Committee on Oversight and Government Reform*) a la OGE para que se pronunciara y emitiera las recomendaciones correspondientes. En respuesta a esta solicitud, el director de la agencia recomendó al DAEO de la Casa Blanca abrir una investigación e imponer las respectivas sanciones disciplinarias a la funcionaria. "De probarse, estos hechos constituirían una clara violación de la prohibición de hacer mal uso del cargo público". En efecto, la regulación de la OGE ofrece como ejemplo de mal uso de un cargo público el hipotético caso en que un funcionario nombrado por el Presidente aparece en televisión para promover un producto⁸.

En comunicación de 28 de febrero de 2017, la Casa Blanca respondió sin embargo que la actuación de la funcionaria había sido inadvertida y que era improbable que se repitiera, por lo que solo se dio consejo y entrenamiento en el programa de ética a la funcionaria⁹. Ante esto, la OGE mostró su inconformidad manifestando que cuando la conducta de un empleado viola las normas sobre conflicto de intereses¹⁰ la acción disciplinaria sirve para prevenir violaciones futuras. "No sancionar disciplinariamente a un alto funcionario bajo estas circunstancias pone en riesgo el programa de ética del gobierno"¹¹. Ahora bien, puesto que el Congreso no atribuyó a la OGE poderes de investigación o recursos para contratar investigadores, esta agencia no puede, como sí ocurre con el Comité de Supervisión y Reforma Gubernamental de la Cámara de Representantes, emitir citaciones u órdenes para comparecer ante la agencia, rendir testimonio, presentar información o tomar medidas contra individuos que se rehúsan a cooperar, pudiendo la OGE sancionar disciplinariamente

7 Ver *infra* nota 21.

8 "I note that OGE's regulation of misuse of position offers as an example the hypothetical case of a Presidential appointee appearing in a television commercial to promote a product. Ms. Conway's actions track that example almost exactly. I request that you notify OGE in writing of the findings of your investigation and any disciplinary or other corrective taking in connection with this matter by February 28, 2017. Please be advised that OGE will share a copy of that written notification with Representatives Chaffetz and Cummings".

9 <http://i2.cdn.turner.com/cnn/2017/images/03/01/white-house-letter-office-of-government-ethics-feb28.pdf?iid=EL>

10 En concreto, 5 C.F.R. § 2635.702.

11 Comunicación de la OGE del 9 de marzo de 2017. Disponible en: <https://oge.app.box.com/s/r2t4v8ftjmkx4cfgolqzievuhcvrfj2>

únicamente a los funcionarios de esa entidad¹². En el caso que se estudia, esta solo podrá insistir en una recomendación formal, luego de haber dado la oportunidad a la funcionaria de pronunciarse sobre lo ocurrido, para que sea disciplinada por su superior y, dependiendo de si hay lugar a sanciones administrativas o penales, la OGE podrá, como último recurso, compulsar copias a los comités de ética del Congreso, a la oficina del Inspector General de la Agencia, al Departamento de Justicia y a la Oficina de Rendición de Cuentas del Contralor General (*Government Accountability Office, GOA*). De ahí que sea posible cuestionarse acerca de la necesidad de atribuir mayores "dientes" al órgano encargado de liderar el Programa de Ética del Gobierno.

Volviendo al caso en cuestión, llama la atención el pronunciamiento de la Casa Blanca en el sentido de que muchas de las regulaciones expedidas por la OGE no aplicarían a los empleados de la Oficina Ejecutiva del Presidente¹³. Para el director de la OGE esta conclusión es incorrecta y no se cita el fundamento legal para llegar a la misma. La situación es además inusual, toda vez que ningún gobierno anterior había considerado apropiado cuestionar la aplicación de las reglas de ética a la totalidad de la rama ejecutiva del poder público. "Es crítico para la confianza pública en la integridad del gobierno que los funcionarios de la Casa Blanca estén sometidos al mismo estándar de responsabilidad ética que cualquier otro empleado de la rama ejecutiva"¹⁴. Al centro de la discusión está la definición misma de agencia que, según el *Administrative Procedure Act* (APA) de 1946¹⁵, es toda autoridad del gobierno de Estados Unidos, ya sea que se encuentre o no sometida al control de otra autoridad, a excepción del Congreso¹⁶, las cortes de Estados Unidos, los gobiernos de los territorios o posesiones de Estados Unidos y el gobierno del Distrito de Columbia. Se trata de una definición negativa en la medida en que es agencia toda autoridad gubernamental que no se encuentre expresamente excluida de la misma, y con independencia de que el legislador federal la etiquete o no como tal. El DAEO de la Casa Blanca manifiesta en su respuesta que una subsección de la oficina ejecutiva del Presidente (*Executive Office of the President*) no es agencia. Este argumento sin embargo podría ser una pelea perdida para el ejecutivo, toda vez

12 5 U.S.C. APP. § 402.

13 Comunicación del DAEO de la Casa Blanca de 28 de febrero de 2017, cit. "We note initially that although many regulations promulgated by the Office of Government Ethics ('OGE') do not apply to employees of the Executive Office of the President, the Office of the White House Counsel has instructed all such employees to abide by 3 CFR 100.1, the segment of ethics law that pertains to Executive Office employees".

14 Comunicación de la OGE de 9 de marzo de 2017, cit.

15 Codificada en 5 U.S.C.A., sec. 551.

16 Ver, a propósito, *Clark v. Library of Congress*, 750 F.2d 89 (D.C. Cir. 1984).

que si bien la figura del presidente no es una agencia en los términos del APA¹⁷, su Oficina Ejecutiva en ocasiones ha sido reconocida como tal¹⁸.

En un intento por escapar a las directrices impartidas por la OGE, el director de la Oficina de Gerencia y Presupuesto Público del Ejecutivo (*Office of Management and Budget*, OMB) solicitó a esta autoridad, mediante comunicación de 16 de mayo de 2017, suspender una directiva que obligaba a todas las agencias federales a enviar información, documentos y archivos necesarios para fiscalizar el cumplimiento del Programa de Ética de la rama ejecutiva a más tardar el 1 de junio de 2017. Esto, con el fin de revisar la aplicación del Programa de Ética por parte de las agencias federales y, en particular, las actividades relacionadas con funcionarios recién nombrados que estarían participando en asuntos frente a los cuales habrían debido declararse impedidos u obtener una autorización. En efecto, dentro de las medidas para "drenar el pantano de Washington D.C. de la corrupción", el Presidente expidió en enero de 2017 una orden ejecutiva que acaba con la prohibición que en el año 2009 el gobierno de Obama había expedido para que quienes estuvieran registrados como lobistas durante el año inmediatamente anterior no pudieran ser nombrados al interior de la administración sin una autorización o permiso (*waiver*). La nueva orden ejecutiva establece no obstante que aquellos lobistas registrados durante los dos últimos años cuando son nombrados, además de las limitaciones contenidas en otras disposiciones, no podrán participar durante sus funciones en cualquier asunto relacionado con la actividad de lobista o en las áreas en las que dicho asunto recaerá¹⁹. Esto le permitiría a la Administración actual nombrar a varios lobistas en distintas posiciones a lo largo del gobierno federal, dándoles incluso en ocasiones permisos para trabajar en asuntos relacionados con sus antiguos

17 *Franklin v. Massachusetts*, 505 U.S. 788, 112 S. Ct. 2767, 120 L. Ed. 2d 636 (1992), indicando que si bien el examen de la constitucionalidad de los actos del Presidente compete a los jueces federales, dicho examen no puede tratar sobre el abuso de discreción o *exceso de poder* regulado en el APA de 1946.

18 No solo no está excluida expresamente del APA, sino que además ha sido reconocida como agencia sujeta a las disposiciones de leyes como la *Freedom of Information Act* (FOIA). Ver *Soucie v. David*, 448 F.2d 1067, 2 Env't. Rep. Cas. (BNA) 1626, 1 Media L. Rep. (BNA) 2435, 1 Env't. L. Rep. 20147 (D.C. Cir. 1971); *Judicial Watch, Inc. v. Consumer Financial Protection Bureau*, 985 F. Supp. 2d 1 (D.D.C. 2013). A pesar de que esta ley no aplica a todos los funcionarios, en la medida en que "el personal de la residencia presidencial tiene como deber manejar el hogar del Presidente bajo su discreción y aprobación, función que desempeña sin una delegación substancial de autoridad independiente"; *Armstrong v. Executive Office of the President*, 90 F.3d 553, 165 A.L.R. Fed 739 (D.C. Cir. 1996). Si en algunos casos no ha sido considerada agencia, no cabe duda, para el director de la OGE, de que para las reglas de éticas lo es: "However, its status as an 'executive agency' for purposes of the Ethics in Government Act is not in doubt. To the contrary, the attached materials include examples of the successful exercise of OGE's authority to require the White House Office to produce information and records over the years since enactment of the Ethics in Government Act": comunicación de 22 de mayo de 2017 al director de la OMB.

19 *Executive order* 13770 de 28 de enero de 2017.

clientes²⁰. De ahí la preocupación de la OGE en establecer las condiciones en que dichas autorizaciones fueron otorgadas.

En respuesta a la comunicación del director de la OMB, la OGE es enfática en recordar el deber que tienen los DAEO de cada agencia, incluida la Casa Blanca, de enviar la información que solicita. En términos de las secciones 402 y 403 de la Ley de Ética Gubernamental, cada agencia debe enviar al director de la OGE "toda la información y los registros en su poder" cuando este estime que son necesarios para el cumplimiento de su labor. "Esta información y los registros deben ser enviados a la Oficina de Ética del gobierno de forma completa y en los plazos previstos"²¹. Le recuerda asimismo que la OGE tiene autoridad para tomar las medidas correctivas e iniciar las acciones correspondientes en contra de las agencias que no cumplan con esta obligación, o contra los individuos que de manera impropia impidan a los oficiales de ética cumplir con la Ley de Ética Gubernamental, y que tanto el Inspector General como la Oficina de Consejo Especial de Estados Unidos (*U.S. Office of Special Counsel*) tienen además autoridad para investigar cualquier retaliación contra un oficial de ética por atender los requerimientos de información hechos por la OGE. En esta guerra que libran la agencia independiente y el ejecutivo, el director de la OGE busca un aliado en el Congreso²². El cumplimiento de la directiva por el ejecutivo dentro del plazo establecido por la agencia sugiere que esta salió victoriosa, al menos en esta batalla. En otros frentes, como el estatus ambiguo que tienen algunos familiares del Presidente como consejeros y la aplicación de las reglas de ética a los mismos²³, o en las eventuales investigaciones que, como consecuencia de la información remitida, recomiende la OGE adelantar a los DAEO de las agencias federales, la guerra continúa. Sin embargo, la reciente renuncia del director de la agencia preocupa, ya que, con un Senado de mayoría republicana, el Presidente obtendrá fácilmente la confirmación en el cargo de alguien de su propio partido. Esperemos que el nuevo director actúe con la misma independencia del funcionario saliente.

Comparativamente, en el caso colombiano, el ordenamiento jurídico establece varios dispositivos para asegurar los principios de transparencia e imparcialidad en el obrar administrativo²⁴. De una parte, se establece un ré-

20 Como lo denuncian los medios; ver, p. ej.: <http://nymag.com/daily/intelligencer/2017/05/trump-declares-war-on-the-office-of-government-ethics.html> [consultado el 1 de junio de 2017].

21 Comunicación de 22 de mayo de 2017, disponible en: <https://assets.documentcloud.org/documents/3728657/OGE-Letter-to-OMB-Director-Mulvaney.pdf>

22 <http://www.npr.org/2017/04/17/524354874/as-trump-inquiries-flood-ethics-office-director-looks-to-house-for-action>

23 Comunicación del director de la OGE a los senadores Elizabeth Warren y Thomas Carper de 25 de abril de 2017, acerca de la aplicación de las normas de ética a Ivanka Trump, hija del Presidente de Estados Unidos.

24 Principios establecidos en el artículo 209 de la Constitución Política.

gimen disciplinario en el que se fijan un conjunto de deberes, obligaciones y prohibiciones, así como también un régimen de inhabilidades e incompatibilidades²⁵. De otro lado, se establece la obligación de crear modelos de control interno que no solo aseguren el cumplimiento de parámetros de legalidad sino que también aseguren el cuidado de los recursos públicos y la consecución de resultados utilizando de la manera más racional posible los recursos de que se dispone²⁶. Para alcanzar este objetivo, los dispositivos con que cuenta la Administración son variados, entre los que se encuentran la definición de valores institucionales en códigos de ética, la determinación de los cauces a través de los cuales se genera la información y el establecimiento de procedimientos para que dicha información sea conocida por los usuarios de los servicios y utilizada internamente para el correcto ejercicio de las competencias. Finalmente, se disponen cauces para la protección del patrimonio público que van desde la declaración de bienes y rentas de los servidores públicos²⁷ cuando comienzan a laborar para el Estado, hasta juicios de responsabilidad fiscal cuando su actuar doloso o gravemente culposo genera un detrimento patrimonial²⁸.

Resulta curioso que, tradicionalmente, en el ordenamiento jurídico colombiano la búsqueda de mayor transparencia se haya enmarcado en instrumentos de carácter reactivo o sancionatorio y en la expedición de estatutos anticorrupción²⁹. Sin embargo, aun cuando estos dispositivos son necesarios, no son suficientes, toda vez que no es útil el castigo si no se complementa con la búsqueda de fórmulas *ex ante* que permitan la introducción de mecanismos que concienticen a los servidores públicos respecto del importante papel que juegan en la materialización de intereses colectivos³⁰. No es suficiente pretender que las respuestas jurídicas sean las adecuadas, pues además estas deben interactuar con las soluciones que ofrecen las disciplinas como la sociología o la ciencia de la administración respecto del funcionamiento de organizaciones públicas o privadas, sobre todo aquellos discursos que desde lo pragmático han buscado generar que los intereses de los individuos que la conforman sean reconducidos a aquellos que se identifican directamente con el objeto misional.

Finalmente, debe señalarse que tales respuestas se enmarcan dentro de una actividad administrativa poco estudiada, específicamente el llamado control administrativo. La doctrina nacional tiene una deuda en la construcción de un concepto que comprenda todas las posibilidades que pueda ofrecer esta

25 Régimen establecido en la Ley 734 de 2002.

26 Modelo establecido en la Ley 87 de 1993 y el Modelo Estándar de Control Interno adoptado en el Decreto 943 de 2014.

27 Artículo 122 de la Constitución Política.

28 Ley 617 de 2000.

29 Como ocurrió, por ejemplo, con la Ley 617 de 2000.

30 JORGE IVÁN RINCÓN CORDOBA, *Derecho administrativo laboral*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

forma de obrar estatal y, sobre todo, encuadrarla como un modo de asegurar administraciones transparentes e imparciales. Máxime cuando dentro de tal construcción se contemplan relaciones ínter y extra orgánicas³¹, y la supervisión del manejo de los bienes, el cumplimiento de las normas, el mantenimiento de estándares éticos, etc.

31 Ínter orgánicas cuando, como en el caso del control interno o del control disciplinario, se ejercen al interior de las entidades u organizaciones públicas. Extra orgánicas cuando se desarrollan por autoridades externas, como ocurre con las competencias que ejerce la Procuraduría General de la Nación sobre los servidores públicos del Estado.