LOS CONFLICTOS DE INTERESES APARENTES EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Ana Carina Larocca

Directora de Tesis: Dra. Miriam Ivanega

TESIS DE DOGMATICA JURIDICA

MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

FACULTAD DE DERECHO - UNIVERSIDAD AUSTRAL

Marzo de 2019

INDICE

INTRODUCCIÓN **4**

CAPÍTULO I: LOS CONFLICTOS DE INTERESES **7**

I.1. Ética pública y transparencia en el Estado Constitucional de Derecho ***7***

I.2. Los conflictos de intereses como herramienta para prevenir la corrupción ***9***

I.3. Concepto legal de conflicto de intereses ***12***

I.4. Elementos configurativos ***13***

a) Existencia de un interés público y un interés privado 13

b) Conexión entre la función pública y el interés privado 14

c) Calificación legal de esta situación como un conflicto de intereses 15

I.5. Efectos ***16***

I.6. Clasificación ***17***

I.7. El régimen argentino ***19***

a) Los conflictos de intereses actuales 19

b) Los conflictos de intereses potenciales 21

c) Limitaciones post empleo 22

d) Medidas adicionales de transparencia y control 24

I.8. Reflexiones del capítulo ***24***

CAPÍTULO II: LOS CONFLICTOS DE INTERESES APARENTES. SU IMPACTO NEGATIVO SOBRE LA ORGANIZACIÓN **26**

II.1. Los conflictos de intereses aparentes en el Estado Constitucional de Derecho ***26***

II.2. Necesidad de una correcta individualización ***27***

II.3. Casos de conflicto de intereses aparente ***28***

II.4. Elementos configurativos. Su diferencia con el conflicto de intereses real y con la simple ausencia de conflicto ***31***

a) Existencia de un interés público y un interés privado 32

b) Ausencia o irrelevancia de la conexión entre la función pública y el interés privado 32

c) Ausencia de calificación legal de la situación como conflicto de intereses 32

d) Razonable percepción de que existe un riesgo para la imparcialidad 33

e) Los bienes jurídicos tutelados 35

II.5. Efectos ***35***

II.6. El impacto negativo de una deficiente gestión de los conflictos de intereses aparentes ***35***

a) La pérdida de confianza en las instituciones públicas y el deterioro de la calidad democrática 35

b) El impacto sobre la eficiencia de la organización 39

c) El daño reputacional para el funcionario y para la organización 40

II.7. Reflexiones del capítulo 40

CAPÍTULO III: RÉGIMEN LEGAL DE LOS CONFLICTOS DE INTERESES APARENTES 42

III.1. Algunos casos de regulación expresa en el derecho comparado 42

a) Australia 42

b) Estados Unidos 43

c) Canadá 45

III.2. Su regulación parcial en la República Argentina 48

a) La gestión de los conflictos de intereses aparentes en los juicios en los que el Estado Nacional es parte (Decreto 201/17) 50

b) La gestión de los conflictos de intereses aparentes en las contrataciones del Estado Nacional (Decreto 202/17) 52

c) Consideración de los conflictos de intereses aparentes en el marco de los principios de la ética pública 56

d) Insuficiencia de la normativa actual 56

III.3. Anteproyecto de reforma a la Ley de Ética Pública 58

III.4. Reflexiones del capítulo 60

CAPÍTULO IV: LINEAMIENTOS PARA UNA ADECUADA GESTION DE LOS CONFLICTOS DE INTERESES APARENTES 61

IV.1. Reconocimiento normativo 61

IV.2. Segmentación por jerarquía del funcionario o impacto institucional 61

IV.3. Procedimiento que prevea la intervención de la autoridad de aplicación 62

IV.4. Herramientas predeterminadas 63

a) Medidas de transparencia 63

b) Mecanismos de control institucional o ciudadano 64

c) Abstención por motivos de decoro (aplicable cuando existen atribuciones) 64

IV.5. Sanciones por incumplimiento 64

IV.6. Categorización como conflictos de intereses reales de los conflictos de intereses aparentes por subregulación 64

IV.7. Reflexiones del capítulo 65

CONCLUSIONES 67

BIBLIOGRAFIA 70

LOS CONFLICTOS DE INTERESES APARENTES EN

EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

INTRODUCCIÓN

En los últimos años ha concitado gran interés –tanto en el ámbito jurídico como en la opinión pública- la cuestión relacionada con el manejo que los servidores públicos hacen de sus intereses privados: ¿qué ocurre, por ejemplo, si un funcionario presta -o prestó recientemente- servicios a una empresa privada sobre la que tiene atribuciones, si es proveedor del organismo donde se desempeña, o bien si debe tomar decisiones particularmente relacionadas con la sociedad en la que posee acciones o sobre cualquier otro asunto en el cual él mismo, un amigo cercano o sus familiares hasta el cuarto grado posean algún tipo de interés?.

En tales casos puede advertirse que existe un conflicto entre los intereses públicos y privados del agente -con el consiguiente riesgo para la imparcialidad en la toma de decisiones- y que tal situación amerita una respuesta del Estado a fin de garantizar la realización del bien común.

En nuestro régimen legal, la actuación de un funcionario incumpliendo los mecanismos de gestión establecidos normativamente[1], acarrea su responsabilidad, patrimonial, disciplinaria –y, en algunos casos, incluso penal- , así como la nulidad de los actos administrativos dictados en tal contexto.

Sin perjuicio de estas situaciones, existen otras en las que no se presenta una contraposición real entre los intereses o vínculos particulares del funcionario y sus deberes públicos, pero la ciudadanía percibe razonablemente que sí la hay, con el consecuente impacto en la organización. Aún resuena el caso del Ministro de Energía y Minería que poseía acciones en una petrolera internacional y a quien -aún cumpliendo con el deber de excusación que le imponía la ley- se lo señalaba como incurso en un conflicto de intereses.

En estos últimos supuestos estamos en presencia de *conflictos de intereses aparentes*, situaciones cuya persistencia y falta –o deficiencia- de gestión puede producir la deslegitimación de la autoridad y la obstrucción de la gestión pública, así como retraer la toma de decisiones de los funcionarios frente al temor de incurrir en una irregularidad.

[1] Ya sea la renuncia a la actividad privada como condición para acceder al cargo público o bien la abstención de intervenir respecto de determinados asuntos, según corresponda.

En el marco del Estado Constitucional de Derecho, en el que el ciudadano ha dejado de ser un sujeto pasivo para transformarse en un actor políticamente relevante que demanda a sus servidores públicos el cumplimiento de los más altos estándares de integridad y transparencia, resulta esencial reconocer, prevenir y gestionar adecuadamente no sólo los *conflictos de intereses reales* sino también los *aparentes*, para lo cual debe arribarse a un concepto claro y unívoco de esta categoría jurídica.

A lo largo de esta tesis procuraré demostrar que los *conflictos de intereses aparentes* no son conflictos de intereses de menor intensidad (es decir, con un menor grado de afectación de la imparcialidad en la toma de decisiones públicas), sino que se trata de situaciones en las que no existe una contraposición real y objetiva entre los intereses públicos y los particulares del funcionario, aunque una persona imparcial e informada podría percibir razonablemente lo contrario, comprometiendo ello la confianza de la ciudadanía en las instituciones, bien jurídico que también merece ser tutelado.

Su configuración no puede acarrear las mismas consecuencias que un conflicto de intereses real. Sin embargo, la falta o deficiencia de su regulación impacta en la credibilidad institucional, en la eficiencia y en la reputación de la organización y de sus funcionarios, deteriorando la calidad democrática, por lo que resulta necesario implementar una adecuada política pública en la materia.

La ausencia de una respuesta por parte del Estado no resulta una opción válida. Imaginemos qué hubiera ocurrido institucionalmente si, en el ejemplo brindado, la autoridad de aplicación no hubiera instado al Ministro de Energía y Minería a que venda las acciones de la empresa petrolera en cuestión, aún cuando ninguna norma se lo exigía.

Delimitar el concepto de conflicto de intereses aparente, distinguirlo del conflicto real y determinar el bien jurídico que afecta, no es una cuestión meramente teórica. De ello dependerá el abordaje jurídico, las interpretaciones sobre su alcance y los efectos ante su incumplimiento.

Se trata de un tema que atraviesa transversalmente el derecho administrativo pues no sólo comprende a la ética pública, a la transparencia institucional y a los lineamientos de buen gobierno, sino que impacta en materia función y empleo público, responsabilidad disciplinaria y patrimonial de los funcionarios, de procedimiento para la emisión de los actos administrativos y de su validez.

A fin de demostrar la tesis planteada, en la presente investigación, a partir de la aplicación del método deductivo, comenzaré con una descripción de la ética pública y la

transparencia como medio para prevenir la corrupción, para luego analizar una de sus principales herramientas, el conflicto de intereses: su concepto, características, clasificación y el régimen vigente en la República Argentina.

A continuación introduciré la problemática de los conflictos de intereses aparentes, aludiendo particularmente a los elementos que lo caracterizan y los que lo diferencian de los conflictos de intereses reales y de la simple ausencia de conflicto, con el objeto de arribar a una conceptualización que permita su reconocimiento y gestión.

Asimismo, referiré a la importancia de su consideración en el marco del Estado Constitucional de Derecho debido al impacto negativo que poseen sobre la organización estatal.

Luego de analizar su regulación normativa en el derecho comparado y en nuestro país, aportaré algunas ideas acerca lo que considero sería una adecuada política pública en la materia, teniendo en cuenta la experiencia que he recogido a lo largo de mi desempeño durante trece años en la Oficina Anticorrupción y más de cinco a cargo del Área de Conflicto de Intereses.

CAPÍTULO I: LOS CONFLICTOS DE INTERESES

I.1. Ética pública y transparencia en el Estado Constitucional de Derecho

El Estado Constitucional de Derecho, nacido de la consolidación y vital transformación del Estado de Derecho, "gira centralmente en tomo de la primacía efectiva de la Constitución y sus valores" e implica un "compromiso real de las instituciones con la dignidad del ser humano"[2].

Dentro de los valores esenciales plasmados en la Constitución Nacional Argentina se encuentra la ética pública. En tal sentido, el artículo 36 de la Constitución Nacional - introducido en la reforma constitucional de 1994- impuso al Congreso sancionar una ley sobre dicha materia. Este mandato fue incorporado en el capítulo segundo, titulado "Nuevos Derechos y Garantías", lo que resulta demostrativo del propósito de concebir a la ética pública no sólo como un deber de los agentes públicos, sino también como un *derecho de la ciudadanía*[3] y, al mismo tiempo, pilar esencial del Estado Democrático[4].

En esa línea se inscribe la Carta de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública (CLAD, 2013) la cual reconoce el *derecho fundamental de la persona a la buena Administración Pública*, instando al ciudadano a asumir una mayor conciencia de su posición central en el sistema administrativo y exigir de quienes ejercen funciones públicas que actúen siempre de manera objetiva y preservando el interés general[5.]

La ética pública se encuentra fundada en un conjunto de principios, entre ellos, el *principio republicano de gobierno*, contenido en el artículo 1º de nuestra Constitución, el cual orienta todo el ordenamiento jurídico a partir de la premisa de que siempre debe

---

[2] SAMMARTINO, Patricio M., "La noción de acto administrativo en el estado constitucional", diario El Derecho, 31/10/07, p.6.

[3] Conf. CANDA, Fabián O., "El Régimen Disciplinario de los empleados públicos (bases constitucionales y su aplicación bajo la Ley Marco de Regulación de Empleo Público y el Reglamento de Investigaciones Administrativas)", EDA (2003), p.565.

[4] Conf. Dictamen del Procurador General al que remitieron los jueces Highton de Nolasco y Petracchi, en autos CSJN, Bussi Antonio D c.Estado Nacional, ap.XII, 13/07/2007, La Ley 2007-E-33, cita online: AR/JUR/2753/2007. Allí se señala que la incorporación de las "pautas éticas implica una declaración, un reconocimiento y una directriz relativa a los valores propios de la Constitución; así como una definición ideológica de la Nación vinculada intrínsecamente a la defensa y promoción de los derechos humanos y el sistema democrático".

[5] CLAD, *Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública*, aprobada por el Consejo Directivo del CLAD, Caracas, 10/10/2013, http://intercoonecta.aecid.es/Documentos%20de%20la%20comunidad/Carta_%20Derechos%20y%20Deberes%20Ciudadano.pdf (disponible el 10/02/2019).

prevalecer el interés general[6].

Del *principio republicano de gobierno* se desprenden lógicamente otros principios de la ética pública tales como el de *integridad***,** que manda a los funcionarios públicos a actuar con rectitud y honradez, procurando satisfacer el interés general y desechando todo provecho o ventaja personal; el de *independencia de criterio* según el cual los funcionarios no deben involucrarse en situaciones, actividades o intereses incompatibles con sus funciones y abstenerse de toda conducta que pueda afectar su imparcialidad; el de *responsabilidad,* en virtud del cual los funcionarios deben hacer un esfuerzo honesto para cumplir con sus deberes, el cual será mayor cuanto más elevado sea el cargo que ocupan, el de *prudencia,* que insta a los funcionarios a actuar de un modo que preserve la confianza institucional *y* el de *transparencia y acceso a la información pública*, que incluso ha sido elevado al rango de derecho humano por la Corte Interamericana de Derechos Humanos[7].

Este último principio posee un importante valor instrumental en el marco del Estado Constitucional de Derecho, como herramienta para garantizar la realización de la ética y el buen gobierno[8], contribuir en una adecuada gestión de los conflictos de intereses y prevenir la corrupción, al colocar al ciudadano como un colaborador en la gestión del bien común. Como ha sostenido nuestra Corte Suprema de Justicia, "corresponde a cualquier persona para ejercer el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento a las funciones públicas"[9].

Reconociendo esta realidad, nuestro país, al suscribir la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción[10], se comprometió a "adoptar las medidas que sean necesarias para aumentar la transparencia en su administración pública…" e instaurar "…procedimientos o reglamentaciones que permitan al público en general obtener, cuando proceda, información sobre la organización, el funcionamiento y los procesos de adopción de decisiones de su administración pública y, con el debido respeto a la protección de la intimidad y de los datos personales, sobre las decisiones y actos jurídicos que incumban al

---

[6] Conf. CRUZ, Paulo M., "Sobre el Principio Republicano", Jurídicas, Vol 6, num 1, enero-junio 2009, Univ.de Caldas, Colombia, p.25. (http://www.redalyc.org/pdf/1290/129012572002.pdf) (disponible el 05/11/2018). El autor señala que el principio republicano de gobierno "matiza los demás valores jurídicos en los ordenamientos en los cuales es adoptado, y eso acontece inclusive en aquellos países en los cuales él no es expresamente previsto".

[7] *Claude Reyes y otros vs. Chile,* CIDH en el caso, 19/09/2006, Serie C, núm.151.

[8] CLAD, *Carta Iberoamericana…,* Capítulo Segundo, aps. 12, 14 y 22 y Capítulo Tercero, ap. 38.

[9] CSJN, Giustiniani, Rubén Héctor c/ YPF S.A. s/ amparo por mora, § 20, 10/11/2015, fallos 338:1258.

[10] CNUCC, Nueva York, 31/10/2003, aprobada por Ley 26.097.

público…" (art.10). Asimismo, asumió el deber de adoptar medidas adecuadas para fomentar la participación activa de personas y grupos que no pertenezcan al sector público, como la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones con base en la comunidad, en la prevención y la lucha contra la corrupción, la cual debería reforzarse con acciones como "b) Garantizar el acceso eficaz del público a la información" (art.13).

En la actualidad la ética pública ha dejado de ser concebida como un simple catálogo de pautas de comportamiento virtuoso para constituirse en un medio de prevención de la corrupción estructural que afecta a los gobiernos e instituciones de múltiples países, en especial a los de Latinoamérica.

La importancia de este rol fue destacada en la Declaración de Belém Do Pará, Brasil (1994), en la que representantes de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos instaron al "estudio de medidas, dentro del ordenamiento jurídico de cada país, destinadas a combatir la corrupción, mejorar la eficiencia de la gestión pública y promover la transparencia y la probidad en la administración de los recursos políticos…", destacando que esa acción debía complementarse "…con una reflexión conjunta sobre la importancia que la ética cívica y la probidad administrativa revisten para el fortalecimiento y la consolidación de la democracia en el Hemisferio"[11].

Y así lo señaló también Antonio Cafiero, miembro informante en la Convención Constituyente de 1994, al presentar el texto de la llamada *cláusula ética*: "… la democracia no puede prescindir de los valores … [L]a inclusión de esta cláusula constituirá una señal que los constituyentes del 94 le enviamos a toda la sociedad argentina. Nosotros somos los primeros en asumir el reto de la lucha contra la corrupción; nosotros somos quienes queremos que en el documento máximo que estamos reformando se inscriba el principio de que sin ética no hay democracia y que con corrupción vuelve el totalitarismo"[12].

I.2. Los conflictos de intereses como herramienta para prevenir la corrupción

Pese a que se trata de un término de uso generalizado, ni las leyes nacionales ni las convenciones internacionales en esta materia han aportado una definición jurídica de *corrupción*.

Transparencia Internacional la considera como el "abuso del poder para beneficio

[11] Asamblea General de las Naciones Unidas. Declaración 6 (XXIV-0/94), sesión plenaria del 06/06/1994, p.4, http://scm.oas.org/pdfs/agres/ag03808S01.pdf (disponible el 05/11/2018).
[12] Convención Nacional Constituyente, 12ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria, 19 y 20/07/1994, ps.1396/1400.

propio”[13]. Con un enfoque legal, se la ha conceptualizado como “un comportamiento que se aparta de las obligaciones normales de la función pública por motivos privados (la familia, el entorno cercano), pecuniarios o de incremento de status”[14]; o bien como “un comportamiento desviado asociado con una motivación particular, que es la del beneficio privado a costa del público”[15].

Desde un punto de vista sociológico, Carlos Nino expresa que corrupta es “la conducta de quien ejerce una cierta función social que implica determinadas obligaciones activas o pasivas destinadas a satisfacer ciertos fines, para cuya consecución fue designado en esa función, y no cumple con aquellas obligaciones o no las cumple de forma de satisfacer esos fines, de modo de obtener un cierto beneficio para él o para un tercero, así como también la conducta del tercero que lo induce a o se beneficia con tal incumplimiento”[16].

Más allá de las sutiles diferencias que pueden presentar las definiciones aportadas, todas ellas poseen un elemento común: presuponen la existencia de una situación de conflicto de intereses que el funcionario, lejos de gestionar, aprovecha para beneficiarse personalmente o a un tercero. Coincido con Moreno Ocampo en que, una de las notas salientes del acto de corrupción, es –precisamente- el “reemplazo de los fines públicos por el interés del autor”[17].

Por ello, dentro del sistema de ética pública, el régimen sobre conflictos de intereses (entendiendo como tal al conjunto de normas, sistemas y sus respectivos mecanismos de aplicación y control) adquiere suma relevancia como herramienta para prevenir la corrupción.

Si el hecho de corrupción implica privilegiar el interés privado por sobre el público y el conflicto de intereses es la situación objetiva en la que se encuentra el funcionario que realiza dicha elección, eliminar o gestionar este último (prohibiendo la realización de ciertas actividades o limitando la toma de decisiones) reducirá el riesgo de que se cometa el hecho ilícito, evitando el consiguiente perjuicio para el Estado y la ciudadanía.

La directa relación entre conflicto de intereses y prevención de la corrupción también

---

[13] TRANSPARENCIA INTERNACIONAL, *Guía de lenguaje claro sobre la lucha contra la corrupción*, 2009, p.14, https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2014/10/Gu%C3%ADa-de-lenguaje-claro-sobre-lucha-contra-la-corrupci%C3%B3n.pdf (disponible el 10/02/2019).

[14] NYE, Joseph, citado por MORENO OCAMPO, Luis; *En Defensa Propia, Cómo salir de la Corrupción*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1993, p. 109.

[15] FRIEDRIC, Carl, citado por MORENO OCAMPO, Luis; *En Defensa Propia …*, p.110.

[16] NINO, Carlos S., *Un país al margen de la ley*, Ariel, Buenos Aires, 2005, p.109.

[17] MORENO OCAMPO, Luis; *En Defensa Propia …*, p. 111.

ha sido contemplada en las distintas convenciones internacionales en la materia suscriptas por nuestro país.

En efecto, la Convención Interamericana contra la Corrupción[18] -que comprende de modo amplio el fenómeno, combinando componentes punitivos, preventivos, de asistencia y cooperación internacional- compromete a los Estados Parte a considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer normas y mecanismos para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas, para la prevención de conflictos de intereses, para el control y la transparencia de la gestión y la participación ciudadana (art.III).

Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción[19] provee un conjunto de instrumentos y herramientas para el diseño e implementación de políticas anticorrupción y dedica todo su Capítulo II a las medidas preventivas, dentro de las cuales señala, los "sistemas destinados a promover la transparencia y a prevenir conflictos de intereses, o a mantener y fortalecer dichos sistemas" en el sector público (art.7 ap.4). También prevé mecanismos aplicables al sector privado, tales como la imposición de "…restricciones apropiadas, durante un período razonable, a las actividades profesionales de ex funcionarios públicos o a la contratación de funcionarios públicos en el sector privado tras su renuncia o jubilación cuando esas actividades o esa contratación estén directamente relacionadas con las funciones desempeñadas o supervisadas por esos funcionarios públicos durante su permanencia en el cargo" (art.12 ap.e).

Prevenir la corrupción es un objetivo que debe presidir la agenda de las políticas públicas. Tiempo atrás se consideraba a la *corrupción* como un *delito sin víctimas* en la convicción de que sólo afectaba al Estado. Sin embargo, esta percepción se encuentra completamente superada. Como señala Ivanega, "comenzó a modificarse cuando se puso de relieve su impacto en la generación de la desigualdad social y empobrecimiento de las clases sociales menos favorecidas"[20].

La corrupción pública, además de erosionar las instituciones democráticas, posee un efecto altamente nocivo sobre la vida diaria de los ciudadanos que ven afectados los servicios que debe brindarles el Estado (en materia de salud, construcción de obras públicas, seguridad, educación, etcétera) por la administración infiel o la desviación irregular de los

[18] CICC, OEA, 29/03/1996, aprobada por Ley 24.759.

[19] CNUCC, Nueva York, 31/10/2003, aprobada por Ley 26.097.

[20] IVANEGA, Miriam M. y SAPPA, José R., "El Derecho Disciplinario: Instrumento de Estabilidad Social y Política", Congreso Internacional de Derecho Disciplinario, México, 2013.

recursos públicos.

I.3. Concepto legal de conflicto de intereses

Podemos definir al *conflicto de intereses* como la situación objetiva que se configura cuando se produce o es previsible que se produzca una contraposición jurídicamente relevante entre el deber público y los intereses privados de un funcionario. Es decir, éste tiene intereses personales que podrían influir sobre el desempeño de sus deberes y responsabilidades[21].

En tales casos el *régimen de conflicto de intereses* establece determinadas medidas y restricciones -tanto para el ejercicio de la función pública como para el desempeño de actividades privadas- con el objeto de prevenir que el funcionario pueda ver afectada su independencia de criterio, aunque de hecho tal afectación no ocurra[22], y al mismo tiempo preservar la confianza de la ciudadanía en las instituciones.

Cabe señalar que el conflicto de intereses no es en sí mismo una situación irregular o intrínsecamente negativa. Se produce por la naturaleza social y económica que posee todo ser humano. Pero si se presenta el caso, el funcionario deberá obrar de acuerdo a las directrices impuestas por las normas correspondientes.

Una de las características del régimen radica en su aplicación inmediata y objetiva, es decir, independientemente de la intención del funcionario y del beneficio o perjuicio para el erario público[23]. Basta la verificación de sus extremos fácticos para que se activen los mecanismos legalmente previstos, sin que deban indagarse aspectos subjetivos para su aplicación (constatación que conspiraría contra su celeridad y eficacia)[24]. Esta es, además, una de las características que lo distingue del delito penal, el cual requiere la configuración del tipo subjetivo.

Por ello no comparto la opinión de quienes –como García Mexía- sostienen que en el conflicto de intereses el funcionario subordina el interés general "… a su interés particular

---

[21] La OCDE define el Conflicto de Intereses como "… un conflicto entre el deber público y los intereses privados de un funcionario público, en el que el funcionario público tiene intereses particulares que podrían influir indebidamente en el desempeño de sus deberes y responsabilidades oficiales" (OECD, "*Recommendation of the Council on Guidelines for Managing Conflict of Interest in the Public Service*", 2003, p.4, traducción propia), http://www.oecd.org/gov/ethics/2957360.pdf (disponible el 05/11/2018).

[22] Conf.ZIN, Máximo, *Incompatibilidades de Funcionarios y Empleados Públicos*, Depalma, Buenos Aires, 1986, p.8.

[23] Resolución OA Nº133/09 (Cameron), 09/10/2009.

[24] Resolución OA Nº386/13 (Casá), 08/05/2013.

en forma de ánimo de lucro o especie"[25] (el destacado me pertenece). Su carácter objetivo hace que se considere configurado aún cuando el funcionario quiera beneficiar al Estado o perjudicar a la persona respecto de la cual debe excusarse de intervenir (v.gr. en los casos en los que dicho deber deriva de la enemistad manifiesta o de haber sido querellante o querellado por la parte interesada)[26].

I.4. Elementos configurativos

De la definición adoptada en el apartado precedente se desprende que la existencia del conflicto de intereses en el ámbito de una gestión pública presupone: que el funcionario posea un interés privado, que haya una conexión entre su función pública y dicho interés y que éste tenga una entidad tal que pueda ejercer una influencia sobre su intervención o decisión[27]. Finalmente, dicha situación debe encontrarse legalmente considerada como un conflicto de intereses.

A continuación analizaremos particularmente cada una de estas condiciones a fin de determinar luego si ellas se presentan en el caso de los conflictos de intereses aparentes.

a) Existencia de un interés público y un interés privado

La configuración de un conflicto de intereses presupone la existencia de un interés público y de uno o más intereses privados o particulares de un funcionario específico, presentes –en forma actual o potencial- en una situación determinada.

El *interés público* resulta inherente a toda función que posea tal carácter, pues en su ejercicio se persigue –o por lo menos debería perseguirse- la realización del *bien común*. Siguiendo a Ivanega, tales conceptos remiten a la noción de bienestar general contenida en el preámbulo de la Constitución, la cual "… encuentra su correlato en el interés público, el cual es la suma de una mayoría de intereses individuales coincidentes, personales, directos y el resultado de un interés que surge de la existencia de la vida en comunidad, en el cual los individuos pueden reconocer, también, un interés propio y directo"[28].

Ahora bien, más allá de la búsqueda del bien común, las personas que desempeñan

---

[25] GARCÍA MEXÍA, Pablo, "Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea", Colección Divulgación Jurídica, Aranzadi Elcano, Navarra, 2001, p. 97.

[26] Resolución OA Nº111/06 (Cirielli), 26/03/2006.

[27] Conf. TRANSPARENCIA INTERNACIONAL, Capítulo Chileno, *Normativas sobre Conflictos de Intereses y Legislación sobre Fideicomiso Ciego*, Doc.de trabajo Nº9, 2009, p.8, http://www.chiletransparente.cl/wp-content/files_mf/1347631488DT9_Conflicto_intereses_fideicomiso_ciego.pdf (disponible el 05/11/2018).

[28] IVANEGA, Miriam, "Reflexiones acerca del derecho administrativo y el régimen exorbitante del derecho privado", Revista de Administración Pública Nº 323, Ediciones RAP, id SAIJ: DACF070008.

funciones públicas también poseen una esfera de actuación privada, ajena al ámbito estatal, en la que buscan satisfacer sus propios *intereses particulares*, los cuales pueden o no tener contenido patrimonial. En efecto, pueden desarrollar otras actividades productivas, participar en asociaciones o en otras personas jurídicas con o sin fines de lucro, poseer participación en sociedades comerciales, así como relacionarse y generar vínculos con otras personas.

El interés privado relevante para la configuración de un conflicto de intereses es el del funcionario que debe emitir un juicio o intervenir en un determinado asunto. Quedan comprendidos sus propios intereses particulares, así como los de terceros cuyo bienestar la ley presume que importan al agente (v.gr. los que posean sus familiares dentro de cierto grado[29]).

Cabe señalar que el interés particular en cuestión debe ser *razonablemente conocido por el funcionario*, de otro modo carecerá de influencia sobre sus decisiones, resultando inocuo para afectar el principio de imparcialidad (v.gr.no configurará un conflicto de intereses que el funcionario adopte una decisión respecto de una empresa en la que su tío posee acciones adquiridas en la bolsa de comercio, si desconocía la referida inversión por no tener trato con dicho familiar).

Finalmente debe destacarse que el ejercicio de otra función pública no implica –en principio- un conflicto de intereses, pues en ambos casos se gestiona o procura el bien común[30]. Ello sin perjuicio de que pudiera existir una incompatibilidad administrativa por acumulación de cargos públicos o de que el conflicto se produzca pues en una de sus funciones el agente tiene control o poder de decisión sobre las tareas que desempeña o hubiere desempeñado en la otra (v.gr. si audita o controla la labor que él mismo ha cumplido), pues allí se encontraría presente su interés profesional o laboral e incluso penal[31].

b) Conexión entre la función pública y el interés privado

Para que se configure un conflicto de intereses, el interés público propio de la gestión pública y el interés privado del funcionario que la ejerce deben *concurrir* en una situación.

Preferimos aludir a concurrencia y no a contraposición, pues es posible que exista coincidencia entre los fines perseguidos en cumplimiento de ambas esferas de actuación -pública y privada- y, sin embargo, se presente un conflicto de intereses. En tal sentido, no

[29] Conf.Ley 25.188 [art.2 inc.i)] y CPCCN (art.17 inc.2).
[30] Resoluciones OA Nº235/11 (Consulta BCRA), 04/03/2011; Nº307/11 (Marchi), 28/12/2011; Nº 384/13 (Kicillof), 08/05/2013 y Nº419/13 (Forcieri), 27/12/2013.
[31] Resolución OA Nº307/11 (Marchi).

resultaría posible ser Ministro de Agroindustria y, simultáneamente, Presidente de la Sociedad Rural Argentina, aún cuando en ambos roles se pretenda promover la actividad agroindustrial[32]. En definitiva, el régimen procura evitar que la toma de decisiones se vea afectada por cualquier tipo de influencia, ya sea particular o sectorial, ajena al interés del Estado.

Ahora bien, para que se configure una situación de conflicto de intereses, el funcionario en cuestión debe poseer *atribuciones* (cualquiera sea su naturaleza) sobre tales intereses particulares (v.gr. si el Ministro de Transporte dirige, representa, patrocina, presta servicios o bien es accionista de una empresa concesionaria del servicio de transporte ferroviario, que como funcionario público debe regular).

Excepcionalmente, algunas normas consideran que existe conflicto de intereses, aún pese a la inexistencia de atribuciones formales respecto de tales intereses privados. Tal es el caso de la prohibición de proveer bienes o servicios en el organismo donde el funcionario se desempeña [art.13 inc.b) Ley 25.188], hipótesis que no requiere competencia funcional sobre la respectiva contratación.

Al respecto la Oficina Anticorrupción ha entendido que su fundamento reside en la convicción de que el funcionario puede valerse de los vínculos generados en ejercicio de su cargo y de la información a la que cotidianamente accede para colocarse en mejor posición que sus eventuales competidores, afectado la imparcialidad –no propia- sino de quien tiene que tomar decisiones al respecto[33]. Por lo que el fundamento del conflicto de intereses reside en la capacidad de *influir informalmente* sobre la contratación.

c) Calificación legal de esta situación como un conflicto de intereses

Finalmente, para que se configure un conflicto de intereses resulta necesario un elemento adicional: la *atribución legal de esta calificación*.

Ella se producirá, en primer lugar, cuando el legislador considere que el interés privado tiene la *entidad (actual o potencial) de influir sobre las decisiones del funcionario que lo posee*. No todo interés particular resultará jurídicamente relevante, es la norma quien fijará los límites por sobre los cuales lo será. A título de ejemplo, serán relevantes los intereses de un familiar de hasta determinado grado de parentesco (en nuestro ordenamiento jurídico, hasta el cuarto grado y segundo de afinidad[34]) o los de una persona o asunto con la

[32] Resolución 2018-10-APN-OA#MJ (Etchevehere), 07/03/2018.
[33] Resolución 2018-28-APN-OA#MJ (Cámera), 18/10/2018.
[34] Conf.Ley 25.188, art.2 inc. i) y CPCCN, art.17 incs. 1) y 2).

que el funcionario se hubiere vinculado profesionalmente en el pasado inmediato (de acuerdo al régimen argentino, dentro de los últimos tres años[35]).

En segundo término, la calificación de la situación como conflicto de intereses derivará de que el legislador considere que en la situación existe *un riesgo objetivo -actual o potencial- para la imparcialidad de un funcionario*. La política legislativa de cada Estado resultará más o menos estricta en la ponderación de cuáles son estas situaciones. Por ejemplo, la norma podrá determinar que existe conflicto de intereses sólo cuando se emiten actos particularmente relacionados con los asuntos en los que el funcionario tiene un interés o abarcar también los actos de carácter general; podrá limitar exclusivamente el ejercicio de actividades simultáneas o bien podrá prohibir también el previo desempeño en el sector regulado o establecer restricciones post empleo[36]; entre múltiples opciones.

Finalmente, la ley determinará *cuál es el mecanismo adecuado para neutralizar los efectos del conflicto de intereses*: le prohibirá al funcionario el desempeño de determinadas actividades, lo obligará a desprenderse de sus intereses financieros, le impondrá el deber de abstenerse de intervenir en las cuestiones o asuntos particularmente relacionados con el interés incompatible, etcétera.

I.5. Efectos

Incurrir en un conflicto de intereses, además de implicar una infracción a las normas sobre ética pública que amerita la imposición de una sanción disciplinaria al funcionario responsable[37], acarrea la nulidad absoluta del acto dictado en su contexto[38], el que se encontraría viciado en su objeto (por violación de la ley aplicable) o bien en la finalidad que inspiró su dictado.

Ello sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial del funcionario así como de los terceros beneficiados por la irregularidad cometida[39].

Si bien es cierto que actuar mediando un conflicto de intereses no es un delito[40] –sino,

---

[35] Conf.Ley 25.188, art.15 inc.b). Ver al respecto Resolución 2017-17-APN-OA#MJ (Marcolini), 20/07/2017. En el caso se denunció a un funcionario por no haberse abstenido de intervenir respecto de un proyecto en cuyo desarrollo había intervenido hacía casi cuarenta (40) años.

[36] Así lo hacía, por ejemplo, el originario art.15 de la Ley 25.188 (antes de su reforma por Decreto Delegado 862/01).

[37] Conf.Ley 25.188, art.3.

[38] Conf.Ley 25.188, art.17 1ºparr.

[39] Conf.Ley 25.188, art.17 2ºparr.

[40] PTN Dictámenes 247:188. Allí se señaló que "la irregularidad administrativa que nace con la mera omisión del deber de excusación es independiente de que la conducta del agente encuadre en el delito tipificado por el artículo 265 del Código Penal, el que exige un interés o espíritu de lucro por parte del funcionario".

en todo caso, una irregularidad administrativa- no debe soslayarse la posibilidad de que éste sea el antecedente o presupuesto de una infracción penal.

Ello ocurrirá, por ejemplo, si además de configurarse objetivamente la situación de conflicto de intereses prevista en la Ley de Ética Pública, el funcionario se interesa en el contrato u operación en miras a obtener un beneficio propio o de un tercero[41], o bien solicita o recibe un beneficio a cambio de hacer o dejar de hacer algo relativo a sus funciones[42] o de influir indebidamente ante un funcionario público para que actúe de una manera determinada[43].

En tales casos, más allá de la infracción al régimen de conflicto de intereses, el hecho configurará además un delito de corrupción que debe ser penalmente sancionado.

Respecto de la vinculación entre conflictos de intereses y corrupción, remitimos a lo expresado en el apartado I.2. De este capítulo.

I.6. Clasificación

En el ámbito de la ética pública se asume prácticamente sin discusión que los conflictos de intereses pueden presentarse bajo las siguientes modalidades, aunque esta clasificación no se refleja hoy en nuestra legislación:

- **Actual**: cuando existe una concurrencia directa y efectiva entre los deberes y responsabilidades de un funcionario público y sus intereses privados (por ejemplo, el funcionario está realizando en el ámbito privado una actividad sobre la que tiene atribuciones en ejercicio de su cargo público). En tal caso, la persona tiene un interés particular en relación con un determinado juicio o discernimiento y se halla ya efectivamente en una situación en la que tiene que ofrecer este juicio. Por ende, el riesgo es actual[44].
- **Potencial**: cuando la concurrencia de intereses se presenta de manera circunstancial, pues el funcionario tiene intereses particulares que podrían eventualmente causar un conflicto de intereses en el futuro[45]. En el conflicto potencial, la persona tiene un

[41] Conducta tipificada en el artículo 265 del Código Penal.
[42] Conducta tipificada en el artículo 256 del Código Penal.
[43] Conducta tipificada en el artículo 256 bis del Código Penal.
[44] BAENA GARCÍA, Lara; FOLGUERA FONDEVILA, Roger; GARCÍA MUÑOZ, Oliver; MIRALLES HIGÓN, Marisa; ROCA SAFON, Oscar. Coordinador del Informe. *La gestión de los conflictos de intereses en el Sector Público de Cataluña*, Primera Edición, Barcelona, 2016, p.34.
[45] Al respecto se ha dicho que "Un conflicto potencial surge cuando un funcionario público tiene intereses privados que son tales que surgiría un conflicto de intereses si el funcionario se viera involucrado en

interés particular que podría influir a la hora de emitir un juicio desde la posición o cargo que ocupa, pero todavía no se halla en una situación en la que deba ofrecer este discernimiento[46].

El conflicto de intereses potencial se actualiza (es decir, se transforma en real o actual) cuando el funcionario debe adoptar una decisión o intervenir de cualquier modo en una cuestión relacionada con su interés particular.

- **Aparente:** Se trata de una situación en la que no se configura un conflicto real o potencial, pero existe la razonable percepción de que la imparcialidad de las decisiones que adopte un funcionario podría encontrarse afectada.

Se ha sostenido que dentro de la definición de conflicto de intereses se incluyen "… no sólo las situaciones en las que, de hecho, existe un inaceptable conflicto entre los intereses como persona privada de un responsable público y sus obligaciones como tal responsable público, sino también aquellas situaciones en las que existe un aparente conflicto de interés o un potencial conflicto de interés. En suma, a efectos de la OCDE, el conflicto puede ser aparente: pueden darse pero no se dan los conflictos. O puede ser potencial: podría haber conflicto en el futuro si el funcionario/a asumiera ciertas responsabilidades. Pero ambos tipos de conflicto, aun cuando no sean reales y actuales, se incluyen en la definición y se regulan"[47].

Disiento con esta posición. Como veremos a lo largo de esta tesis, los conflictos de intereses aparentes no son estrictamente conflictos de intereses (carecen de sus características), por lo que desde el punto de visto lógico no pueden integrar ese conjunto.

Por ello resultaría adecuado clasificar las situaciones que pueden presentarse, en conflictos de intereses reales (abarcando como tales a los actuales y potenciales) y conflictos de intereses aparentes.

Si bien advertimos que la denominación *conflicto de intereses aparente* genera confusión y resultaría más adecuado hablar de *apariencia de conflicto de intereses*, hemos optado por utilizar ambos sintagmas indistintamente, teniendo en cuenta que el primero es el modo en que comúnmente se lo conoce en el ámbito del derecho público nacional y comparado.

---

responsabilidades oficiales relevantes (es decir contradictorias) en el futuro" (OECD, "Recommendation…", p.4., traducción propia).

[46] BAENA GARCÍA, p.34.

[47] VILLORIA, Manuel, "Políticas y Prácticas para gestionar los conflictos de interés en Europa: una visión comparada", Revista do Servicio Público, vol.57, nº3, (2006-I), Brasilia, p.298.

I.7. El régimen argentino

A fin de comprender la problemática planteada en esta tesis, resulta pertinente efectuar una breve aproximación a las normas sobre conflictos de intereses vigentes en nuestro país. Ello pues uno de nuestros objetivos es demostrar su insuficiencia para procurar una adecuada gestión de los conflictos de intereses aparentes.

El régimen de conflictos de intereses aplicable a los funcionarios públicos nacionales de la República Argentina se encuentra contenido principalmente en el Capítulo V de la Ley de Ética Pública -Ley 25.188- aplicable a todos aquellos que cumplen una función en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, cualquiera sea su nivel jerárquico y el Poder del Estado en el que se desempeñan (cfr.su artículo 1º)

Encontramos algunas disposiciones también en el Código de Ética Pública -Decreto 41/99- y en los recientes Decretos 201/17 y 202/17, todos ellos vigentes sólo en el ámbito del Sector Público Nacional. A los dos últimos aludiremos *in extenso* al referirnos a los conflictos de intereses aparentes, abordando en este capítulo únicamente la regulación de los conflictos de intereses propiamente dichos.

Cabe señalar que si bien la normativa nacional no ha receptado –como sí lo ha hecho el anteproyecto de reforma a la Ley de Ética Pública elaborado por la Oficina Anticorrupción en 2018[48]- la clasificación de los conflictos de intereses entre actuales y potenciales, adoptaré tal esquema a fin de facilitar su comprensión, sobre todo teniendo en cuenta que a cada uno de los grupos le corresponde el mismo mecanismo de gestión.

a) Los conflictos de intereses actuales

Son gestionados por el régimen a través del establecimiento de una incompatibilidad funcional: el funcionario debe renunciar a la actividad privada como condición para ejercer el cargo público.

Constituyen hipótesis de conflictos de intereses actuales las siguientes situaciones:

- ***El funcionario desempeña una actividad en el ámbito privado sobre la que posee atribuciones [art.13 inc. a) Ley 25.188]***

Se presenta cuando el funcionario -además del cargo público que cumple- dirige, administra, representa, patrocina o asesora o de cualquier forma presta servicios a quien

[48] El documento, sometido a la discusión pública y a la evaluación de juristas y miembros de organizaciones gubernamentales y de la sociedad civil en abril de 2018, puede ser consultado en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/documento_borrador_para_la_discusion_lep_definitivo_4.pdf

gestiona o tiene una concesión o es proveedor del Estado o realiza actividades reguladas por éste, siempre que el cargo público desempeñado tenga *competencia funcional directa*, respecto de la contratación, obtención, gestión o control de tales concesiones, beneficios o actividades.

También abarca los casos en los que el agente realiza por sí mismo –y no para un tercero- tal actividad.

La Ley 25.188 no define el concepto de *competencia funcional directa*, pero éste ha sido delimitado por la Oficina Anticorrupción en múltiples resoluciones, interpretando que el referido sintagma refiere a *cualquier atribución* del funcionario sobre determinado caso o asunto, sea o no decisoria[49].

- ***El funcionario es proveedor por sí o por terceros del organismo del Estado en donde desempeña sus funciones [art.13 inc.b) Ley 25.188]***

En el caso bajo análisis se prohíbe al agente proveer bienes o servicios en el organismo del Estado donde se desempeña, hipótesis que –según ha interpretado la autoridad de aplicación- no requiere para su configuración la existencia de atribuciones del agente sobre la respectiva contratación, pues se presupone la influencia informal sobre la toma de decisiones.

Históricamente la Oficina Anticorrupción ha considerado el concepto de *tercero* contenido en la norma con criterio extensivo[50], entendiendo que alcanza al cónyuge del funcionario y sus empresas[51], así como a las personas jurídicas o sociedades de hecho en las cuales el funcionario tiene participación suficiente para formar la voluntad social[52], ya sea en forma personal o cuando los otros socios son el cónyuge, hijos u otros familiares.

Por otra parte, conforme las resoluciones dictadas por la autoridad en esta materia, la alusión de la norma al "organismo del Estado donde [el funcionario] desempeñe sus funciones" debe entenderse referida a la jurisdicción donde el agente cumple tareas y –aún

[49] Resolución OA Nº386/13(Casá).

[50] Resoluciones OA Nº126/09 (Amadeo) y Nº130/10 (El Chapel S.A.), 05/08/2008.

[51] Resoluciones OA Nº45/00 (Farias Bouvier), 23/10/2000; Nº157/10 (Jacubovich), 03/03/2010 y Nº178/10 (Lozano), 01/07/2010.

[52] Resolución 2016-1-E-APN-OA#MJ y sus citas (Aranguren), 09/09/2016. En tal sentido se ha concluido que el artículo 13 inc.b) de la Ley 25.188 debe ser interpretado en forma conjunta con el artículo 28 del Decreto 1023/01 que expresa: "… no podrán contratar con la Administración Nacional (…) b) Los agentes y funcionarios del Sector Público Nacional y las empresas en las cuales aquéllos tuvieren una participación suficiente para formar la voluntad social, de conformidad con lo establecido en la Ley de Ética Pública, N°25.188".

más allá- a aquellos ámbitos fuera de tal jurisdicción donde podría extender su influencia[53].

b) Los conflictos de intereses potenciales

Son gestionados a través de la imposición del deber de abstención. Si se configura alguna de las situaciones legalmente previstas el agente no se encuentra obligado a renunciar a la actividad privada o a su cargo (como ocurre en el caso de un conflicto de interés actual), sólo debe apartarse de intervenir en cuestiones particularmente relacionadas a las personas o asuntos en cuestión.

Entre los supuestos contemplados en la Ley 25.188 encontramos:

- ***La configuración de una causal de excusación prevista en el régimen procesal civil [art.2 inc.i) Ley 25.188]***

El artículo 2º inc. i) de la Ley 25.188, dentro del capítulo II denominado Deberes y Pautas de Comportamiento Ético, expresa que los funcionarios públicos deben "abstenerse de intervenir en todo asunto respecto al cual se encuentre comprendido en alguna de las causas de excusación previstas en ley procesal civil."

El régimen al que remite la disposición precedentemente transcripta, es el contenido en los artículos 17 y 30 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

- ***El previo desempeño de actividades privadas sobre las que el funcionario hubiera tenido atribuciones [art.15 inc.b) Ley 25.188]***

La legislación actual no prevé un período de carencia *ex ante*, como sí hacía el artículo 15 de la Ley 25.188 en su redacción original[54]. El funcionario puede realizar tareas en el ámbito privado relacionadas al ejercicio de su función pública, hasta el mismo momento de su designación[55].

Sin embargo, conforme la redacción actual del artículo 15 de la Ley 25.188, debe: a) renunciar a tales actividades como condición previa para asumir el cargo; y b) abstenerse de tomar intervención, durante su gestión, en cuestiones particularmente relacionadas con las personas o asuntos a los cuales estuvo vinculado en los últimos tres (3) años o tenga

[53] Resolución OA Nº505/15 (Gennari), 13/11/2015.

[54] El art.15 de la Ley 25.188 –íntegramente reemplazado por decreto delegado 862/01- establecía: "Las inhabilidades o incompatibilidades establecidas en los artículos precedentes regirán, a todos sus efectos, aunque sus causas precedan o sobrevengan al ingreso o egreso del funcionario público, durante el año inmediatamente anterior o posterior, respectivamente", por lo que el funcionario no podía haber realizado, dentro del año inmediatamente anterior, una actividad sobre la que luego tendría atribuciones.

[55] Resoluciones OA Nº427/14 (Pronsato y Milano), 21/02/2014; Nº509/16 (Castro), 15/01/2016 y Nº510/16 (Federici y Talerico), 15/01/2016, entre muchas otras.

participación societaria.

El fundamento del deber de abstención reside en evitar que el servidor público pueda beneficiar a aquellas personas con las que tuvo una relación en el pasado reciente (últimos tres años), teniendo en cuenta que podría mantener vínculos o tener la intención de retomarlos en el futuro.

- ***La participación del funcionario en sociedades [art.15 inc b) in fine Ley 25.188]***

El artículo 15 inc.b) *in fine* de la Ley 25.188 también obliga al funcionario a excusarse de tomar intervención, durante su gestión, en cuestiones particularmente relacionadas con las empresas en las que "tenga participación societaria."

Por lo expuesto, aquel que posea cuotas o acciones en una sociedad sobre la que podría tener atribuciones no tiene –en principio- obligación legal de desprenderse de dicha inversión. Sin embargo, debe excusarse de intervenir en todas aquellas cuestiones relacionadas con ella.

c) Limitaciones post empleo

Luego de la derogación del artículo 15 de la Ley 25.188 que establecía un período de enfriamiento de un año posterior al egreso de la función pública[56], hoy subsisten las siguientes limitaciones post empleo:

- ***Restricciones al desempeño de actividades privadas (art.46 Decreto 41/99)***

El artículo 46 del Código de Ética Pública establece que el funcionario público "… no debe, durante su empleo y hasta un (1) año después de su egreso, efectuar o patrocinar para terceros, trámites o gestiones administrativas, se encuentren o no directamente a su cargo, ni celebrar contratos con la Administración Pública Nacional, cuando tengan vinculaciones funcionales con la actividad que desempeñe o hubiera desempeñado."

La Oficina Anticorrupción sostiene que la derogación del artículo 15 de la Ley de Ética Pública no afectó la vigencia del artículo 46 del Código de Ética Pública, aplicable a los agentes del Poder Ejecutivo Nacional, y que sus disposiciones se encuentran vigentes en tanto no contradicen el texto ni el espíritu del nuevo texto legal[57].

Si bien ambas normas procuran evitar perjuicios al organismo público del que se trate,

[56] El art.15 de la Ley 25.188 –íntegramente reemplazado por decreto delegado 862/01- establecía: "Las inhabilidades o incompatibilidades establecidas en los artículos precedentes regirán, a todos sus efectos, aunque sus causas … sobrevengan al … egreso del funcionario público, durante el año inmediatamente … posterior…"

[57] Resolución 2016-5-E-APN-OA#MJ (Tullio), 30/09/2016.

o el tráfico indebido de influencias, que pueda acelerar un trámite o gestión, o condicionar su resultado, el ámbito de aplicación del artículo 46 es más limitado: no prohíbe al ex funcionario desempeñar actividades en un sector sobre el cual poseía atribuciones, sólo le impide que, en ejecución de dicha actividad, efectúe o patrocine para terceros, trámites o gestiones administrativas y que celebre contratos[58].

- ***Restricciones al desempeño de actividades en el Estado (art.14 Ley 25.188)***

Esta restricción opera cuando un funcionario ha tenido intervención decisoria en la planificación, desarrollo y concreción de privatizaciones o concesiones de empresas o servicios públicos. En tal caso se le impide actuar en los entes o comisiones reguladoras de esas empresas o servicios, dentro de los tres años inmediatamente posteriores a la última adjudicación en la que hayan participado.

El sentido de la norma reside en evitar que quien –incluso como funcionario público- hubiere participado en un proceso de privatización o concesión de empresa o servicio público, actúe luego en un organismo con atribuciones para controlar o revisar dicho proceso, soslayando u ocultando la eventual infracción a las normas legales en las que pudiera haber incurrido o afectando su imparcialidad.

Cabe aclarar que la previsión se refiere expresamente al caso en el que una persona, haya tenido "…intervención decisoria en la planificación, desarrollo y concreción de privatizaciones o concesiones de empresas o servicios públicos…" (de hecho, el período de inhabilitación establecido se computa expresamente a partir de la "última adjudicación"). No basta la mera prestación de servicios en la empresa o servicio privatizado o concesionado.

- ***Restricciones previstas en regímenes específicos***

El artículo 16 de la Ley 25.188 establece que las incompatibilidades allí previstas "…se aplicarán sin perjuicio de las que estén determinadas en el régimen específico de cada función".

Entre ellas podemos mencionar, por ejemplo, las limitaciones post empleo vigentes en el ámbito de la Unidad de Información Financiera (conf.art.10 de la Ley 25.246 su Presidente, Vicepresidente y Vocales del Consejo Asesor no pueden ejercer durante los dos años posteriores a su desvinculación del organismo las actividades que la reglamentación

[58] Esta interpretación se condice con el art. 24 inc. a) de la Ley 25.164 (Ley Marco de Regulación del Empleo Público) que establece entre las prohibiciones "… Patrocinar trámites o gestiones administrativas referentes a asuntos de terceros que se vinculen con sus funciones", aclarando el mismo artículo del decreto reglamentario 1421/02 que "…esta prohibición se extenderá hasta después de un (1) año de su egreso".

establezca en cada caso) o para las autoridades de ciertos entes reguladores (conf.art.12 del Decreto 1388/96 –mod.por Decreto 1661/2015- el Director y Subdirector Ejecutivo de la CNRT no pueden, durante su mandato y hasta dos años después, ser propietarios ni tener interés alguno directo o indirecto en empresas de transporte, poseer en ellas la cantidad de acciones suficientes que les permitan ejercer una influencia dominante en la voluntad social, ni mantener relación laboral o profesional alguna).

d) Medidas adicionales de transparencia y control

Los recientes Decretos 201/17 y 202/17 han establecido herramientas adicionales de transparencia y control –institucional y ciudadano- aplicables tanto a situaciones de conflictos de intereses potenciales como a casos en los que éstos son sólo aparentes (el art.1º del Decreto 202/17 obliga a declarar el vínculo con los funcionarios superiores aún cuando estos "no tuvieran competencia para decidir sobre la contratación o acto de que se trata").

Si, por ejemplo, el conflicto de intereses que se gestiona es potencial (v.gr. el funcionario debe abstenerse de intervenir en la contratación por haber prestado servicios al oferente en los últimos tres años[59]), la publicidad tendrá por objeto asegurar que el deber de excusación sea ejercido en forma adecuada y real.

Aludiré a estos decretos al referirme a la regulación nacional de los conflictos de intereses aparentes.

I.8. Reflexiones del capítulo

La corrupción estructural constituye un fenómeno altamente nocivo, no sólo por su impacto directo sobre la gestión pública, sino también por el efecto que posee en la vida de cada ciudadano.

Su carácter complejo impide un abordaje limitado a la existencia y aplicación de un régimen sancionatorio –por más eficaz que éste pudiere resultar-. Requiere la definición e implementación de políticas preventivas[60], dentro de las que deben destacarse aquellas relacionadas con la ética pública y –en particular- con la transparencia y la gestión de los conflictos de intereses, en tanto procuran eliminar o limitar los contextos que resultan propicios para la comisión de delitos como el cohecho, la negociación incompatible o el tráfico de influencias.

---

[59] Conf.Ley 25.188, art.15 inc.b).

[60] En el mismo sentido, ver BARAGLI, Néstor, GIUPPONI, Leopoldo, GÓMEZ, Nicolás, CARO, Lorena, *Ética Transparencia y Lucha contra la Corrupción en la Administración Pública*, Oficina Anticorrupción, PNUD, 2013, p.20 y ss.

Es importante, perfeccionar estas herramientas, concebirlas de forma dinámica y a la luz de los derechos del ciudadano –actor esencial del sistema de ética- adecuándolas a los cambios sociales, institucionales y a los avances tecnológicos.

Ello demanda comprender qué son los conflictos de intereses y conocer su régimen actual, a fin de detectar las falencias que posee y proponer cambios que constituyan una mejora eficiente en la lucha contra la corrupción.

CAPÍTULO II: LOS CONFLICTOS DE INTERESES APARENTES. SU IMPACTO NEGATIVO SOBRE LA ORGANIZACIÓN

II.1. Los conflictos de intereses aparentes en el Estado Constitucional de Derecho

¿Qué ocurre en aquellos casos en los que no se configura un conflicto de intereses pero, no obstante ello, existe una razonable percepción de riesgo para la imparcialidad de las decisiones públicas?. En tales situaciones es posible que nos encontremos ante un supuesto de apariencia de conflicto que merece ser gestionado.

La ausencia de un riesgo objetivo de corrupción no los hace menos relevantes. Ya en 2005 la OCDE reconocía que para un funcionario público, "tener un conflicto de interés aparente puede ser tan serio como tener un conflicto real, por la potencial duda que puede surgir sobre la integridad del funcionario y de la organización"[61].

En el marco del Estado Constitucional de Derecho y sus principios, la gestión de los conflictos de intereses aparentes resulta imperativa ya que, como se ha señalado con acierto, la apariencia o percepción es una característica clave de la imparcialidad, neutralidad, equidad e integridad[62]. En otras palabras, los funcionarios públicos no sólo deben ser probos y honestos sino parecerlo.

Así lo ha considerado la Oficina Anticorrupción al dictaminar que "… en un momento institucional donde la ética y la transparencia se señalan como valores fundamentales de la gestión de gobierno, las autoridades deben no sólo actuar con rectitud, integridad e independencia de criterio sino proyectar una imagen de cumplimiento de dicho comportamiento, a fin de no debilitar la confianza de la ciudadanía en las instituciones"[63]. Una actitud u obrar equívoco "… afecta la credibilidad en las instituciones y deslegitima y arroja un manto de duda sobre las decisiones que adopte el funcionario las cuales deben estar presididas por el cumplimiento del deber de imparcialidad"[64].

Su falta de consideración como situación jurídicamente relevante soslaya la

---

[61] OECD, *Managing Conflict of interest in the Public Sector. A Toolkit*, OECD Publishing, Paris, 2005, p.13 (traducción propia).

[62] Conf.*Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455, § 22, https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/96/index.do (disponible 05/11/2017).

[63] Resolución OA 2018-17-APN-OA#MJ (Triaca), 25/04/2018. Allí se analizó la conducta del Sr. Ministro de Trabajo quien consintiera la contratación de su empleada doméstica en el SOMU, sindicato intervenido judicialmente.

[64] Resolución OA 2018-10-APN-OA#MJ (Etchevehere). Allí se analizó el caso del Ministro de Agroindustria quien había percibido de la Sociedad Rural Argentina una compensación especial por cese en oportunidad de asumir la función pública.

importancia que en la ecuación de las decisiones públicas posee su destinatario: el ciudadano. Éste ha dejado de ser un sujeto pasivo para transformarse en un actor políticamente relevante que demanda, a quienes manejan la cosa pública, el cumplimiento de los más altos estándares de integridad y transparencia. El control que ejerce constituye una herramienta imprescindible para el fortalecimiento de la democracia y la prevención de la corrupción.

Desde esta perspectiva adquiere relevancia la trasparencia y el acceso a la información, medidas que hacen posible que los individuos ejerzan su derecho a fiscalizar la imparcialidad de las decisiones públicas y la observancia de los mecanismos de control e incluso puedan hacerlos exigibles[65].

Por ello el diseño e implementación de una política pública en materia de ética y conflicto de intereses, con enfoque de derechos (fundada en los principios de universalidad, exigibilidad, participación social, integralidad y progresividad), deberá reconocer esta problemática y contemplar herramientas concretas cuyo cumplimiento pueda ser demandado y genere obligación de rendir cuentas.

II.2. Necesidad de una correcta individualización

La inexactitud e imprecisión de la forma en la que frecuentemente se ha definido a los conflictos de intereses aparentes, conspira contra su adecuada gestión.

Así, se lo ha considerado como aquella "… situación donde existe un interés personal que no necesariamente influye en el funcionario público, pero que podría dar lugar *a que otros consideren* que puede influir en la toma de decisiones y cumplimiento de los deberes del servidor público"[66]; o bien que "existe un aparente conflicto de intereses cuando parece que los intereses privados del funcionario público podrían influir indebidamente en el desempeño de sus funciones, *pero este no es de hecho el caso*"[67]. En ellas no se señala

[65] El derecho a acceder a la información pública se presenta como la contracara del deber constitucional de las autoridades de publicitar sus actos de gestión, principio íntimamente relacionado con la forma republicana de gobierno adoptada el artículo 1º de nuestra Carta Magna y contemplado en múltiples tratados internacionales, incorporados a nuestra legislación con jerarquía constitucional por imperio del art.75 inc.22 de la Constitución Nacional (art.19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art.19.2 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y art.13.1.de la Convención Americana).

[66] TRANSPARENCIA INTERNACIONAL, Capítulo Chileno, *Normativas ….*, p.5 (el destacado me pertenece). En el mismo sentido, ZALAQUET, José, "Conflictos de intereses, normas y conceptos", Anuario Derechos Humanos Universidad de Chile Nº 11, Santiago de Chile, 2011, https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/17363/20544 (disponible el 05/11/2018).

[67] OECD, "*Recommendation …",* p.4 (traducción propia, el destacado me pertenece). En igual sentido, AUSTRALIA PUBLIC SERVICE COMMISSION, *Values and Code of Conduct in Practice, APS electronic document,*

quiénes son los *otros* que deben considerar la apariencia de conflicto, bajo qué parámetros o condiciones ni por qué no se daría el supuesto de un conflicto real.

Por lo tanto, resulta relevante arribar a una noción clara de conflicto de intereses aparente, que lo diferencie del conflicto de intereses real y de la simple ausencia de conflicto, pues sólo en los dos primeros casos la situación ameritará la aplicación de mecanismos de gestión –diferenciados- para neutralizar sus efectos negativos sobre la organización.

Para ello comenzaré analizando qué casos se han calificado como tal, con el objeto de delimitar sus características y elementos comunes.

II.3. Casos de conflicto de intereses aparente

Los estudios en la materia han considerado como parte de este conjunto situaciones muy disímiles. Entre ellas podemos señalar las siguientes:

(i) Se adjudica un contrato público a una empresa cuyo representante legal tiene el mismo apellido que el titular del órgano de contratación, pero estas personas no tienen ninguna relación familiar. Un tercero podría pensar que existe una relación de parentesco entre ellos. Este conflicto de interés aparente se resolvería fácilmente presentando y publicitando la documentación que demuestra la inexistencia de vínculo parental[68].

(ii) El hijo del titular del área de adquisiciones de un órgano del Estado es compañero de clases del hijo de un empresario que recientemente ganó una licitación pública en la misma dependencia. Tanto el funcionario como el licitante desconocen esta situación hasta que un periódico local lo publica como un supuesto caso de corrupción[69].

(iii) Una persona lleva trabajando varios años en el área de compras de un organismo público. Se concursa un cargo en dicha organización, su primo participa del procedimiento y resulta seleccionado. El funcionario no participó en el proceso de selección ni está dentro de sus competencias hacerlo, pero es allegado y comparte sus tareas diarias con el personal de recursos humanos del organismo[70].

2017, p.41, https://www.apsc.gov.au/aps-values-and-code-conduct-practice (disponible el 05/11/2018); SECRETARÍA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA DEL GOBIERNO DE MÉXICO, Unidad especializada en ética y prevención de conflicto de interés, *Guía para identificar y prevenir conductas que puedan constituir conflictos de intereses de los servidores públicos,* México, 2017, p.8.

[68] BAENA GARCÍA, p.36.

[69] SECRETARÍA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA DEL GOBIERNO DE MÉXICO, *Guía* …, p.8.

[70] SECRETARÍA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA DEL GOBIERNO DE MÉXICO, *Guía* …, p.17.

(iv) Un funcionario de alto nivel mantiene negociaciones en representación de la empresa privada de la que es socio desde hace años, con el fin de obtener concesiones de una Secretaría de Estado. Ni el objeto del contrato ni la Secretaría en cuestión poseen relación directa con las atribuciones del alto funcionario, pero la sospecha de que pudo haber influencia indebida persiste en la opinión pública, afectando la imagen del gobierno[71].

(v) Un alto funcionario que posee acciones en una corporación ha hecho arreglos internos formales para apartarse de toda toma de decisión (excusación) en relación con el contrato para el que dicha Corporación está compitiendo. Los arreglos no son conocidos por el público en general, pero satisfactorios para la organización pública donde el funcionario se desempeña[72].

Por su parte, la Oficina Anticorrupción argentina, en su carácter de autoridad de aplicación del régimen de conflicto de intereses en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional, consideró que existía conflicto de intereses aparente en los siguientes casos:

(vi) El Ministro de Energía y Minería poseía acciones en una de las empresas petroleras sujetas a su regulación, en la que también había prestado servicios durante 36 años, hasta pocos meses antes de ingresar al cargo. Dichas acciones -que le habían sido entregadas en el marco de una política global de compensaciones y beneficios al personal-, representaban una suma insignificante en relación al capital de la sociedad.

De acuerdo a la Ley de Ética Pública, bastaba que el Ministro se abstenga de intervenir en las cuestiones particularmente relacionadas con la petrolera en cuestión, no quedando limitado respecto de las cuestiones generales de política pública, aún cuando la tuviera entre sus destinatarios [art.15 inc.b) Ley 25.188]. Sin embargo, pese a la inexistencia de un conflicto de intereses actual y la gestión del conflicto de intereses potencial presente en el caso (a través de la excusación), persistía una duda razonable sobre la integridad de las decisiones que se adoptaren en dicha cartera.

En el caso, la Oficina Anticorrupción consideró que existía un conflicto de intereses aparente y le recomendó la venta de las acciones o bien la constitución de un fideicomiso ciego, medidas que si bien no se encontraban legalmente previstas,

[71] ARELLANO, David; LEPORE, Walter; ZAMUDIO, Laura y AGUILAR, Israel; *Control de los Conflictos de Intereses: Mecanismos organizacionales en la experiencia internacional y lecciones para México*, Editorial CIDE, D.F. México, 2011, ps. 3/4.

[72] BERTÓK, János, "*Conflict of Interest: Tools for implementation and enforcement",* Jakarta, 2007, (traducción propia), https://www.oecd.org/site/adboecdanti-corruptioninitiative/39368002.pdf (disponible el 05/11/2018).

consideró derivadas de la aplicación del deber de prudencia previsto en el artículo 9 del Decreto 41/99[73].

(vii) El titular del Programa de Coordinación Nacional para el Combate del Lavado de Activos y la Financiación del Terrorismo continuaba ejerciendo en forma privada su profesión de abogado en materias vinculadas con el ejercicio de su cargo y –eventualmente- prestando servicios legales a personas investigadas por lavado de activos. Como funcionario público carecía de atribuciones concretas respecto de sus clientes particulares (ya que sus tareas eran más bien programáticas y de fijación de políticas públicas) por lo que no se presentaba la hipótesis de conflicto de intereses prevista en el artículo 13 de la Ley 25.188. Sin embargo, el ejercicio profesional de la abogacía en un área disciplinaria altamente especializada y directamente ligada a las tareas inherentes a su cargo público, generaba la razonable sospecha de que tal situación condicionaría su imparcialidad.

La Oficina Anticorrupción le indicó que, en cumplimiento de los deberes éticos, debía abstenerse de brindar servicios profesionales a entidades o particulares sobre materias en las que debe coordinar políticas públicas, así como de hacerlo sobre cualquier otra materia a personas involucradas o investigadas por lavado de activos, ya sea en forma particular o en el ámbito de su estudio jurídico.[74]

(viii) El Presidente de la Nación poseía vínculos de parentesco con los socios de la empresa controlante de la ex concesionaria del servicio postal, sociedad concursada deudora del Estado Nacional. El Ministro con atribuciones específicas en la materia, dispuso la aceptación de una propuesta de pago en el marco del concurso. La máxima autoridad del Estado no participó en dicha decisión, sin embargo, la Fiscal interviniente en el concurso y los medios de comunicación la cuestionaron por considerar que existían dudas sobre la imparcialidad de la aceptación del acuerdo.

Luego de expresar que, no habiendo intervenido el Presidente de la Nación, no se había materializado un conflicto de intereses actual, y que las causas de excusación del superior no se transmitían al inferior, la Oficina Anticorrupción destacó que esta conclusión no implicaba soslayar la importancia de gestionar los eventuales cuestionamientos que pudieren surgir con respecto a las decisiones que se adopten sobre la referida empresa, dotando al procedimiento de mayores herramientas de

[73] Resolución 2016-1-E-APN-OA#MJ (Aranguren).

[74] Resolución 2017-2-OA#MJ (Marteau), 20/01/2017.

transparencia y control institucional y ciudadano.

Se calificó dicha situación como un conflicto de interés aparente y se dispuso la aplicación del Decreto 201/2017 (al que referiremos luego y que regula los conflictos de intereses aparentes en el marco de procesos judiciales contra el Estado). Por lo que, además del deber de abstención del Presidente de la Nación [cfr.arts.2 inc.i) Ley 25.188 y 10 del Decreto 201/17], debían cumplirse los procedimientos especiales de mayor transparencia y control allí previstos[75].

(ix) En el marco del procedimiento de otorgamiento de una autorización para la prestación de servicios aéreos se presenta una empresa extranjera que –dentro del último año- había adquirido una sociedad argentina cuyas acciones pertenecían a familiares cercanos del Presidente de la Nación. Ello generaba la percepción de que la máxima autoridad podría beneficiar a quienes habían sido los recientes compradores de la sociedad. Las atribuciones relacionadas con el procedimiento de concesión de servicios aéreos regulares internos e internacionales de pasajeros, carga y correo se encontraban delegadas en el Ministro de Transporte. En consecuencia, al Presidente de la Nación sólo le correspondía intervenir si, por hipótesis, se recurriera alguna resolución ministerial (cfr.art.90 Decreto 1759/72).

La Oficina Anticorrupción, luego de concluir que no se configuraba en el caso ninguna de las hipótesis de conflictos de intereses actual o potencial previstos en la Ley de Ética Pública (máxime teniendo en cuenta que, a la fecha de inicio del procedimiento, ni el Sr. Presidente de la Nación ni sus familiares poseían interés económico en la sociedad vendida), concluyó que el eventual vínculo que pudiera haber tenido lugar con anterioridad, tendría relevancia a los efectos de encuadrar el trámite en las previsiones del Decreto 202/17. Por lo que, además del deber de abstención del Presidente de la Nación [cfr. art.4 inc.d) Decreto 202/17], debían cumplirse todos los procedimientos especiales de mayor transparencia y control allí previstos[76].

II.4. Elementos configurativos. Su diferencia con el conflicto de intereses real y con la simple ausencia de conflicto

La categorización del *conflicto de intereses aparente* como una especie dentro del género *conflicto de intereses*, no responde a la naturaleza de ambas situaciones, que difieren

[75] Resolución 2018-4-APN-OA#MJ (Macri, Aguad y Mocoroa), 14/06/2018.

[76] IF-2017-08147681-APN-OA#MJ, 05/05/2017, https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/if-2017-08147681-apn-oa23mj_0.pdf (disponible el 05/11/2018).

sustancialmente tanto respecto de sus elementos como de los bienes jurídicos que se pretende tutelar a través de su gestión.

De los ejemplos transcriptos surgen las principales características que debe poseer una situación para que se configure una apariencia de conflicto de intereses. A continuación desarrollaremos brevemente cada una de ellas.

a) Existencia de un interés público y un interés privado

Para que pueda hablarse de percepción de un riesgo para la imparcialidad de un funcionario debe existir un interés particular presente en el caso, ya sea en forma actual o potencial. Dicho interés podría ser también aparente, como en el ejemplo reseñado en el punto (i) del apartado precedente (la homonimia que no deriva de un vínculo de parentesco).

Sin embargo, a diferencia del conflicto de intereses actual o potencial, en el caso del conflicto de intereses aparente no es necesario que dicho interés sea inicialmente conocido por el funcionario [como ocurre en el ejemplo (ii)], pues basta que sea advertido por un tercero observador.

b) Ausencia o irrelevancia de la conexión entre la función pública y el interés privado

En el conflicto de intereses aparente no se presenta una real concurrencia de intereses.

Ello puede obedecer a la inexistencia de conexión entre la función pública ejercida y el interés privado, es decir, a la ausencia de atribuciones del funcionario sobre este último, ya sea porque no las posee en virtud del cargo desempeñado [ver ejemplos (iii), (iv), (vii) y (viii)] o porque ha adoptado las herramientas legalmente previstas para gestionar –por ejemplo a través del deber de abstención- el conflicto potencial presente en el caso [ver casos (v), (vi) , (viii) y (ix)].

Pero también puede deberse a que el interés en cuestión no tenga la entidad suficiente como para incidir sobre la voluntad del funcionario. Ello podría ocurrir, por ejemplo, en el caso (ii), en donde el supuesto vínculo refiere a la concurrencia de los hijos de ambas partes (funcionario y contratista) al mismo colegio.

c) Ausencia de calificación legal de la situación como conflicto de intereses

La situación no se encuentra calificada como un conflicto de intereses (actual o potencial) pues, precisamente, el régimen ha considerado que el interés presente en el caso no resulta apto para influir indebidamente en la imparcialidad de las decisiones que se adopten. Por lo tanto, la actuación en su contexto en principio –y salvo que alguna otra

norma estipule lo contrario- no acarrearía consecuencias jurídicas ni para el funcionario ni para la validez de los actos que se dicten.

Podría ocurrir que exista una concurrencia de intereses públicos y privados conectados y que estos últimos sean relevantes, pero que la ley no haya calificado la situación como conflicto de intereses o bien le haya asociado un mecanismo de gestión inadecuado. En este último caso estamos en un supuesto de *conflicto de intereses aparente por subregulación*, cuya solución debiera ser –como veremos a lo largo de este trabajo- la reforma normativa.

d) Razonable percepción de que existe un riesgo para la imparcialidad

El conflicto de intereses aparente, como categoría jurídica, posee un elemento adicional que resulta esencial: la *razonable percepción de que existe un conflicto de intereses* o de que subsiste pese a haberse adoptado los mecanismos de gestión legalmente previstos.

A diferencia del conflicto de intereses real –situación cuya valoración resulta totalmente objetiva-, el conflicto de intereses aparente requiere necesariamente que se pondere la mirada e interpretación de un tercero.

En efecto, su propia denominación remite a un juicio o consideración personal de un observador o analista: la situación no configura un conflicto de intereses pero se percibe como tal. Por ello se ha dicho que "[l]a apariencia de cualquier cosa, incluido un conflicto de intereses, seguramente reside en la mente del espectador, no en la conducta de la persona contemplada"[77].

Ahora bien, existe relativo acuerdo respecto de que para que ese juicio, observación o discernimiento del tercero tenga la virtualidad de crear un conflicto de intereses aparente, con relevancia jurídica, debe cumplir ciertos recaudos:

- ser imparcial, libre de condicionamientos políticos ajenos a las normas sobre conflictos de intereses[78];
- partir de un adecuado conocimiento de las circunstancias del caso, es decir, provenir de personas razonablemente bien informadas. Sin embargo no podrá exigirse un nivel

[77] *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455, § 22, (traducción propia), https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/96/index.do (disponible 05/11/2017).

[78] INDEPENDENT COMISSION AGAINST CORRUPTION & CRIME AND MISCONDUCT COMISSION OF AUSTRALIA *Managing Conflict of Interest in the Public. Toolkit*, Sydney, 2004, p.37, https://www.integrity.qld.gov.au/assets/document/catalogue/icac_info_sheets/Managing_conflicts_of_interest_in_the_public_sector_-_toolkit.pdf (disponible el 05/11/2018). Allí se alude a "la evaluación haría un miembro imparcial de la opinión pública sobre las circunstancias" (traducción propia).

de información demasiado alto por parte del observador externo -que requiera, por ejemplo, una investigación exhaustiva de la situación y conocimiento de todas sus circunstancias- pues ello limitaría injustificadamente su alcance y socavaría el fundamento de su consideración[79]; y

- ser razonable[80].

Este último recaudo, estrechamente relacionado con los anteriores, es a mi juicio el más significativo. Tiende a evitar que se ceda a la sospecha pública o a la crítica maliciosa y procura que la conclusión a la que se arribe resulte producto de un razonamiento lógico.

Recordemos lo que, en este aspecto, sostenía Adam Smith en su *Teoría de los Sentimientos Morales*: "… la virtud consiste en una conformidad con la razón, y con mucha justicia puede considerarse a esta facultad, en alguna medida, como causa y principio de la aprobación y la reprobación y de todo sano juicio relativo al bien y al mal. Es la razón la que descubre esas reglas generales de justicia según las cuales debemos normar nuestros actos, y por esa misma facultad formamos esas más vagas e indeterminadas ideas de lo que es prudente, de lo que es decoroso, de lo que es generoso y noble, ideas que siempre nos acompañan y a cuya conformidad procuramos modelar, en la medida en que mejor podemos, el tenor de nuestra conducta (…) Por lo tanto, como nuestros mejores fundados juicios relativos a lo bueno y a lo malo se norman por máximas e ideas obtenidas por una inducción de la razón, puede, con mucha propiedad decirse de la virtud que consiste en una conformidad con la razón y, hasta ese extremo, puede considerarse a esa facultad como causa y principio de aprobación y reprobación"[81].

Ello sin perjuicio de reconocer que este autor señala luego que la razón no es la única fuente de reglas generales éticas y de todos los juicios morales, a los que funda en un inmediato sentido y emoción. Al respecto explica que la aprobación de una acción tiene cuatro orígenes: "... Primero, simpatizamos con los motivos del agente; segundo compartimos la gratitud de quienes advertimos que su conducta ha sido conforme a las reglas generales por las que estas dos simpatías usualmente actúan, y, por último, cuando

---

[79] *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369, at p. 391, https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2574/index.do (disponible el 05/11/2018).

[80] La jurisprudencia canadiense ha aludido a la percepción "por un ciudadano inteligente", "un miembro del público razonablemente objetivo" [en Ennis and Treasury Board (Canada Employment and Immigration Commission), [1980], PSSRB file 166-2-8773, § 15 y 19] o a "la percepción de una persona razonable" [en *Lalla and Treasury Board (Industry, Science and Technology)*, [1994] C.P.S.S.R.B. No 4, p.22] (traducción propia).

[81] SMITH, Adam, *La Teoría de los sentimientos morales*, e-book, Editorial Dyalpa, 1980.

consideramos que tales actos forman parte de un sistema de conducta que tiende a fomentar la felicidad del individuo o de la sociedad, tal parece que derivan cierta belleza de esa utilidad, no muy distinta de la que atribuimos a cualquier máquina bien trazada".

Este elemento –la razonable percepción de la existencia de un conflicto de intereses por parte de una persona imparcial e informada- es el que diferencia la situación de *apariencia* de la de *simple ausencia de conflicto de intereses*, que no merece ninguna respuesta del Estado, porque no puede encontrarse ninguna relación lógica entre los intereses en juego o la percepción deriva de una mera opinión infundada.

e) Los bienes jurídicos tutelados

Si bien tanto en el conflicto de intereses real como en la apariencia de conflicto se busca preservar la confianza institucional, es decir, la creencia en el cumplimiento de las reglas comunes dentro de la organización y en la búsqueda del bien común, en el primer caso el principal bien jurídico ético tutelado es la *imparcialidad* y en el segundo la *prudencia*, entendida como el deber de los funcionarios de inspirar confianza en la comunidad y evitar acciones que pudieran poner en riesgo la finalidad de la función pública, el patrimonio del Estado o la imagen que debe tener la sociedad respecto de sus servidores.

II.5. Efectos

El conflicto de intereses aparente no compromete la imparcialidad del funcionario (ni implica un riesgo real y objetivo de corrupción), por lo que no debiera ocasionar la nulidad de los actos dictados en su contexto. Por excepción deben analizarse aquellos supuestos en los que una norma establezca mecanismos específicos para su gestión y estos no se respeten, en cuyo caso, la nulidad absoluta obedecerá a un vicio en el procedimiento.

Más allá de lo expuesto, la situación podrá implicar una infracción a las pautas de comportamiento ético que ameritará la imposición de una sanción disciplinaria al funcionario responsable.

II.6. El impacto negativo de una deficiente gestión de los conflictos de intereses aparentes

Los conflictos de intereses aparentes constituyen una problemática a la que debe brindarse una respuesta adecuada, por los efectos que –como veremos a lo largo de este capítulo- poseen sobre la organización.

a) La pérdida de confianza en las instituciones públicas y el deterioro de la calidad

democrática

Tal como se ha señalado en el ámbito de la OCDE, "En una sociedad cada vez más exigente, los conflictos de intereses de los funcionarios públicos que se abordan de manera inadecuada tienen el potencial de debilitar la confianza de los ciudadanos en las instituciones públicas"[82].

La confianza es la capacidad de anticipar una respuesta. Se basa en la creencia de que existen reglas comunes que serán respetadas, incluso "cuando nadie está mirando". Por ello, la confianza de la ciudadanía en el funcionamiento de los órganos y sistemas de gobierno reside, en primer lugar, en la existencia de reglas, y en segundo término, en la creencia de que los funcionarios van a obrar conforme a ellas, siguiendo los estándares técnicos, éticos y con razonabilidad y que, si no lo hacen, se activarán los mecanismos de control y sanción pertinentes.

Cuando ello no ocurre o la población percibe que no ocurre, se quiebra ese pacto de confianza, situación que repercute sobre la legitimidad y cuestionamiento de los actos administrativos y políticos.

América Latina tiene una larga tradición de desconfianza institucional, así lo ha señalado Latinobarómetro, organización sin fines de lucro con sede en Chile que efectúa un seguimiento de la opinión pública en las sociedades latinoamericanas.

En un informe presentado en el año 2015[83] destacó que las cifras de confianza interpersonal en América Latina –vinculadas directamente con la confianza respecto de todas las otras interacciones entre personas e instituciones- "son las más bajas de la Tierra, y son constantes en las últimas dos décadas"[84]. Al respecto señala: "El rango de confianza en que se mueven los partidos, el congreso y el poder judicial, las instituciones de la democracia en América Latina en los últimos 20 años no supera los 4 de cada 10 latinoamericanos. Ello sin considerar los gobiernos que se mueven por otros motivos. Es decir la mayor parte de la población desconfía de todas estas instituciones todo el tiempo"[85].

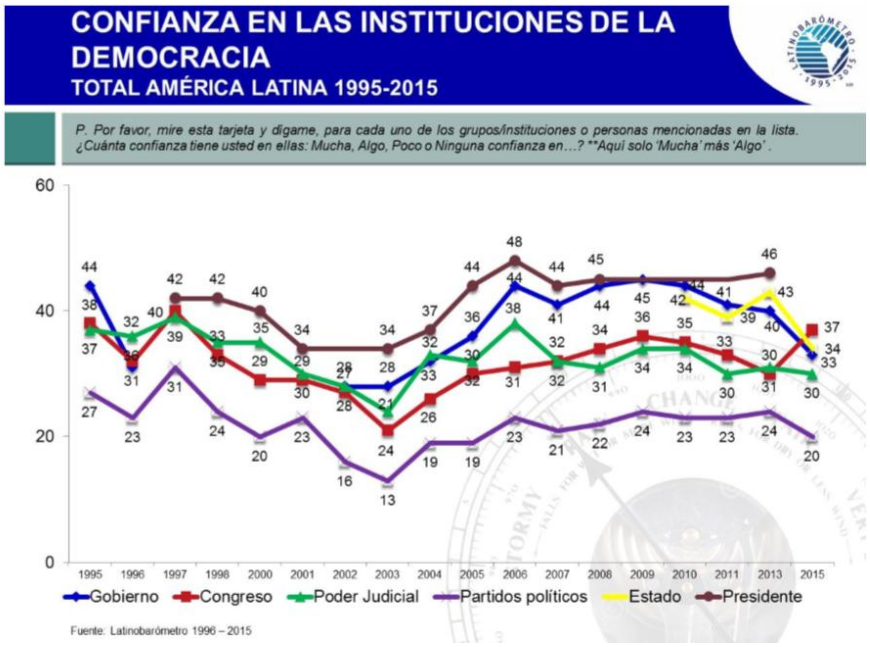
---

[82] OECD, "*Recommendation…"*, p.1 (Traducción propia)

[83] LATINOBARÓMETRO, *La confianza en América Latina 1995-2015. 20 años de opinión pública latinoamericana*, Banco de Datos en línea, www.latinobarómetro,.org., Santiago de Chile, 2015.

[84] LATINOBARÓMETRO, *La confianza en América Latina* … p.3/5.

[85] LATINOBARÓMETRO, *La confianza en América Latina* … p.9.



En un estudio más reciente, publicado en 2017[86], se ha constatado que uno de los aspectos más valorados para confiar en las instituciones públicas es el tratamiento igualitario (59%), principio estrechamente vinculado con la imparcialidad. Un 40% confía cuando se cumplen las promesas, es decir, cuando la institución hace lo que dice que va a hacer y los ciudadanos pueden anticipar ese suceso con certeza. En tercer lugar, el 33% confía si existen mecanismos de fiscalización o control.[87]

[86] LATINOBARÓMETRO, *Informe 2017*. Buenos Aires, 2017, file:///C:/Users/Soltec14/Downloads/F00006433-InfLatinobarometro2017%20(2).pdf (disponible el 05/11/2017).
[87] LATINOBARÓMETRO, *Informe 2017… ,* p.19.

En las conclusiones del informe de 2015 se señala que "La desconfianza no es otra cosa que la consecuencia de la falta de soberanía que sufre el ciudadano latinoamericano, donde las decisiones se saben tomadas bajo cuatro paredes, no necesariamente en beneficio de todos, sino demasiadas veces en beneficio de quienes la toman"[88] En otras palabras, reside en la percepción de que quien decide lo hace en su propio interés y no en el interés público.

En este contexto, la ineficiente gestión de los conflictos de intereses aparentes no hace sino agravar una predisposición ya existente (y persistente en la región). Si la respuesta estatal ante tales situaciones es insuficiente para que la ciudadanía considere que se garantiza la imparcialidad –y, por ende, la auténtica búsqueda del bien común-, ello impactará en la confianza que aquella posee en las instituciones, conducirá a la desafección por la cosa pública, desincentivará la participación y –por ende- deteriorará la calidad democrática[89].

[88] LATINOBARÓMETRO, *La confianza en América Latina* …, ps.26/27.

[89] Conf. BAENA GARCÍA, p.13. Al respecto cabe destacar el discurso del Convencional Constituyente por Córdoba Hernández quien –en oportunidad de discutirse el texto del actual art.36 de la CN- señalara: "…la íntima correlación que tiene la ética con la democracia. Ya Montesquieu nos decía que la República se basa en la virtud y cuando analizaba los presupuestos de la democracia el profesor de Córdoba César Enrique Romero, mencionaba como uno de los cinco precisamente la vigencia de la ética, como indispensable para el ejercicio

Esta cuestión ha sido advertida por el máximo tribunal de justicia canadiense, quien en *R. v. Hinchey (1996),* señaló que "proteger la integridad del gobierno es crucial para el buen funcionamiento de un sistema democrático"[90]. Y en un pasaje de gran importancia para comprender el aparente conflicto de intereses, agrega que "preservar la apariencia de integridad, y el hecho de que el gobierno está aplicando justicia de manera justa, son, en este contexto, tan importantes como el hecho de que el gobierno posee integridad real y imparte justicia real. (…) Proteger estas apariencias es más que una preocupación trivial. Esta sección reconoce que el proceso democrático se puede dañar con la misma facilidad por la apariencia de impropiedad que con la impropiedad real en sí"[91].

Al respecto resulta también interesante lo manifestado en nuestro país por el jurado de enjuiciamiento que removiera al Juez Herrera en marzo de 2005, pues si bien no se refiere a un conflicto de intereses sino a la configuración de la causal de mal desempeño de la magistratura, destacó la importancia de la imagen institucional y su vinculación con la calidad democrática. Allí se expresó: "… [la] buena imagen está vinculada con la trascendente finalidad proclamada en el Preámbulo de nuestra Constitución de 'afianzar la Justicia', valor supremo de la convivencia social (Cossio), generador del imprescindible consenso social que dota de legitimidad al ejercicio del poder público". Y concluye "el juicio político no solamente debe verificar la conducta delictiva o reprochable de los jueces, en términos de mal desempeño o de indignidad, sino también el grado de descrédito social que genera dicho mal desempeño, dado que, si ello no se toma en cuenta por los órganos encargados del enjuiciamiento, se deja de lado la necesidad de verificar el grado de consenso o de disenso social, como dato constitutivo y legitimante del sistema democrático…"[92].

b) El impacto sobre la eficiencia de la organización

Un conflicto de intereses aparente mal gestionado posee además un impacto directo sobre la eficiencia de la administración de los recursos públicos.

---

de la democracia". En similar sentido el Convencional por Santa Fe, Cullen destacó la importancia de "… poner una norma o una cláusula ética que preserve el valor esencial de la democracia, que es el de la transparencia en la gestión de los negocios públicos, la ética que debe presidir toda función de gobierno y la actividad y la actuación honesta con la que deben desempeñarse todos los dirigentes políticos" (Convención Nacional Constituyente, 12ªReunión, 3ªSesión Ordinaria, 19 y 20/07/1994, ps.1485 y 1468).

[90] *R v. Hinchey*, [1996] 3 S.C.R. 1128. §15 (traducción propia), https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1456/index.do (disponible el 05/11/2018).

[91] R.*v Hinchey*, §17 (traducción propia).

[92] CSJN, Jurado de Enjuiciamiento, Herrera Rodolfo A, voto de los Dres.Agúndez, Basla, Roca y Sagüés, § 60 y 61, 14/03/2005, cita on line AR/JUR/3044/2005.

Como señala Nino, el Estado de Derecho se encuentra relacionado con ciertos valores tales como la seguridad, la predecibilidad de las reacciones estatales y sociales y el orden, los cuales se encuentran indefectiblemente asociados con la eficiencia[93].

La falta de una conceptualización clara acerca de cuándo estamos ante un conflicto de intereses aparente que debe ser gestionado –es decir que requiere una respuesta del funcionario y/o de la Administración- y cuándo se trata de una errada interpretación de las normas jurídicas; o bien una respuesta ambigua, equívoca o no difundida, genera incertidumbre en los funcionarios sobre el alcance de sus restricciones, paraliza la toma de decisiones, e impone excusaciones innecesarias.

La ausencia de medidas o mecanismos preestablecidos de gestión, también conspira contra la eficiencia y pone al funcionario en la disyuntiva entre actuar –como le permite la ley- a costa de su propia reputación y la de la organización, o bien abstenerse de hacerlo, en perjuicio de la correcta administración pública y las normas atributivas de competencia.

Por otro lado, desde el punto de vista de la ciudadanía, eleva el índice de cuestionamiento y de denuncia sobre las decisiones públicas, poniendo en marcha mecanismos de investigación administrativos y judiciales para acreditar circunstancias que –aún de corroborarse- no encuadran en situaciones normativamente prohibidas.

c) El daño reputacional para el funcionario y para la organización

Indudablemente los conflictos de intereses aparentes representan riesgos reputacionales tanto para la institución como para los funcionarios, en tanto generan una errada percepción sobre la falta de fiabilidad de una determinada actuación[94].

El sostenido cuestionamiento a los funcionarios y sus decisiones, aún cuando se adopten en situaciones en las que no se encuentran concretamente ni potencialmente en juego sus propios intereses, socava el interés en el ejercicio de la función y desincentiva la participación en el manejo de la cosa pública por parte de funcionarios cuyo aporte podría resultar importante para la gestión.

II.7. Reflexiones del capítulo

De acuerdo a los valores que rigen en el Estado Constitucional de Derecho –en particular el principio republicano de gobierno y los que de él derivan- los funcionarios públicos deben actuar con independencia de criterio y, a la par, proyectar una imagen acorde

[93] Conf. NINO, Carlos S., *Un país al margen de la ley*, Ariel, Buenos Aires, 2005, p.43.
[94] Conf. BAENA GARCÍA, p.36.

con dicho cumplimiento. Ser y parecer, como dos caras –ambas importantes- de la integridad.

En este contexto en el que el ciudadano ha dejado de ser un sujeto pasivo del sistema de ética pública para ejercer un rol de garante de su observancia (a través de su derecho de acceder a la información pública, de controlar y de exigir rendición de cuentas), los conflictos de intereses aparentes, entendidos como una situación en la que existe una razonable percepción de riesgo para la imparcialidad, deben ser adecuadamente abordados.

Un primer paso de este abordaje es determinar de qué estamos hablando cuando aludimos a la apariencia de conflicto de intereses como categoría jurídica.

En tal sentido, considerando los elementos que lo integran y el análisis de la doctrina en la materia, podemos concluir que el *conflicto de intereses aparente* es aquella situación en donde no se presenta una contraposición real y objetiva de los intereses públicos y los particulares del funcionario, pero una persona imparcial e informada podría percibir razonablemente que sí la hay, afectándose la confianza de la ciudadanía en las instituciones.

Entendemos que la definición propuesta, a diferencia de las que se han ensayado en algunos documentos de organismos intergubernamentales, resulta más precisa respecto de sus elementos, en particular, de las características que debe poseer la observación del tercero para que la percepción de existencia de un riesgo de parcialidad resulte jurídicamente relevante y no se trate de un simple caso de ausencia de conflicto de intereses.

CAPÍTULO III: RÉGIMEN LEGAL DE LOS CONFLICTOS DE INTERESES APARENTES

III.1. Algunos casos de regulación expresa en el derecho comparado

A continuación mencionaré algunos regímenes que han contemplado expresamente –con mayor o menor intensidad- esta problemática y que pueden servir de guía para una política pública en la materia.

a) Australia

Las disposiciones sobre conflictos de intereses reales y aparentes en Australia se encuentran contenidas en múltiples cuerpos normativos.

En primer término cabe mencionar la *Public Governance, Performance and Accountability Act* (2013)[95], entre cuyos objetivos se encuentra establecer un sistema coherente de gobierno y responsabilidad y un marco de desempeño en todas las entidades del Commonwealth, exigiendo el cumplimiento de altos estándares de gobierno, rendimiento y responsabilidad. Allí se alude al deber del funcionario de una entidad del Commonwealth que tenga un interés personal importante relacionado con los asuntos de la entidad, de revelar los detalles de tales intereses[96].

La *Public Service Act (1999),* compilada en 2017[97], por su parte, describe los valores, principios de empleo y el código de conducta del Servicio Público de Australia (APS) conformado por los jefes de agencia y los empleados públicos en el ámbito del Commonwealth. Dentro de tales valores se destaca la ética -entendida como el liderazgo, confiabilidad y actuación íntegra- y la imparcialidad[98].

Allí se establece como pauta de conducta que el servicio público debe: "(a) tomar medidas razonables para *evitar cualquier conflicto de interés (real o aparente)* en relación con su empleo en la APS; y (b) divulgar detalles de cualquier interés personal importante del empleado en relación con su empleo en la APS"[99]. Agrega –entre otros deberes- que los empleados deben comportarse en todo momento de una manera que confirmen " … la integridad y la buena reputación de la Agencia del empleado y el APS". Y aquellos que presten servicio en el extranjero, actuar "… de una manera que mantenga la buena

[95] https://www.legislation.gov.au/Details/C2017C00269 (disponible el 05/11/2018).
[96] *Public Governance, Performance and Accountability Act*, art. 29.
[97] https://www.legislation.gov.au/Details/C2017C00270 (disponible el 05/11/2018).
[98] *Public Service Act*, art.10.
[99] *Public Service Act*, art.13 (7) (traducción propia).

reputación de Australia"[100].

Una violación del Código de conducta de la APS puede resultar en sanciones que incluyen: una reprimenda, una multa, una reducción en el salario, reasignación de tareas, una reducción en la clasificación y desafectación del empleo[101].

En el documento *Values and Code of Conduct in Practice* publicado por el Gobierno de Australia[102], se establecen algunas precisiones sobre el alcance de los *conflictos de intereses* y, en particular, respecto de la situación de *apariencia de conflicto,* la que es definida como aquella que se produce "… cuando parece que los intereses personales de un empleado podrían influir indebidamente en el desempeño de sus funciones, pero de hecho no es así"[103].

Conforme sus términos, el público tiene derecho a confiar en la integridad de sus funcionarios públicos y a saber que los intereses personales de un empleado del Servicio Público Australiano no entran en conflicto con sus obligaciones. En tal sentido, éstos deben tomar medidas razonables para evitar cualquier *conflicto de intereses, real o aparente*, en relación con su empleo[104].

b) Estados Unidos

Las Normas de Conducta Ética para los empleados del Poder Ejecutivo de los Estados Unidos (2011)[105], contienen múltiples previsiones que refieren al principio de prudencia y a la necesidad de evitar situaciones de apariencia de conflicto, que puedan afectar la credibilidad de las instituciones, brindando herramientas que permiten una adecuada gestión.

Partiendo de la importancia de respetar las reglas impuestas y "garantizar que cada ciudadano tenga confianza completa en la integridad del Gobierno Federal"[106] señala, entre los principios generales de la ética pública, que "[l]os empleados deben esforzarse por evitar cualesquier acciones que den la apariencia de que están violando la ley o las normas de ética que se estipulan en esta parte. Se determinará si las circunstancias dan la apariencia de que

[100] *Public Service Act,* art.13 (11) y (12) (traducción propia).
[101] Conf. *Public Service Act*, art.15.
[102] https://www.apsc.gov.au/aps-values-and-code-conduct-practice (disponible el 05/11/2018).
[103] AUSTRALIA PUBLIC SERVICE COMMISSION, *Values* …, p. 41 (traducción propia).
[104] AUSTRALIA PUBLIC SERVICE COMMISSION, *Values* …, p. 41 (traducción propia).
[105] Reglamento expedido por la Oficina de Ética del Gobierno de los Estados Unidos, codificado en la Sección 2635 del Título 5 del Código de Reglamentos Federales, 01/07/2011, https://www.oge.gov/web/oge.nsf/0/FD5306194A9723B385257EA6006557FB/$FILE/f4a78089e27c418bbd727a4d29a540e21.pdf (disponible el 05/11/2018).
[106] Subparte A, Secc.2635.101 (a)

la ley o estas normas se han violado desde la perspectiva de una persona razonable que tenga conocimiento de los hechos relevantes"[107].

Esta alusión a la percepción de un tercero razonable para determinar la apariencia de conflicto de intereses es reiterada a lo largo de toda la regulación, particularmente en la Subparte E, en la que se prevén específicamente las medidas que un empleado debe adoptar para evitar la apariencia de falta de imparcialidad y su cuestionamiento[108].

Allí se establece que cuando un empleado se encuentra en una de estas situaciones: (i) puede buscar la ayuda de su supervisor, de un oficial de ética de una agencia, o del designado de la agencia; y (ii) deberá usar el proceso allí descrito para determinar si debe o no participar en una materia particular. En definitiva, no deberá hacerlo a menos que haya informado a la autoridad de aplicación sobre el problema que existe con las apariencias y haya recibido autorización para intervenir, de conformidad a lo que expresamente se estipula[109].

Si bien se alude a la percepción por parte de un tercero imparcial, quien decide o no sobre la existencia de un conflicto de intereses aparente y su forma de gestión es el llamado *designado de la agencia* u *oficial de ética*[110]. Esta denominación refiere a cualquier empleado al que, mediante un reglamento, instrucción, u otra disposición expedida por la agencia (organismo de gobierno), se le ha delegado la autoridad de hacer cualquier determinación, de dar cualquier aprobación, o de tomar alguna otra acción requerida o permitida por las Normas de Conducta Ética con respecto a otro empleado[111].

En definitiva, frente a una situación de apariencia de conflicto, el *designado de la agencia* podrá:

- determinar que no es probable que se cuestione la imparcialidad del empleado, pudiendo avisarle al empleado e incluso al denunciante que no corresponde la excusación[112];
- determinar que es posible que la imparcialidad del empleado sea cuestionada y decidir que éste debe excusarse de intervenir[113];
- determinar que es posible que la imparcialidad del empleado sea cuestionada, pero

[107] Subparte A, Secc.2635.101 (b) inc.14.
[108] Subparte E, Secc.2635.501 (a) y Secc.2635.502 (c) (d) (e).
[109] Subparte E, Secc.2635.502 (a).
[110] Subparte E, Secc.2635.502 (c).
[111] Subparte A, Secc.2635.102 (b).
[112] Subparte E, Secc.2635.502 (c) inc.2).
[113] Subparte E, Secc.2635.502 (c) inc.1).

de todos modos autorizar su participación si no existe una violación al Código de los EEUU[114] y el interés del Gobierno en dicha intervención pesa más que la preocupación de que una persona razonable pueda cuestionar la integridad de los programas y operaciones de la agencia. Para ello se tomarán en cuenta: la naturaleza de la relación en cuestión; el efecto que la resolución de la materia puede tener sobre los intereses financieros de la persona que participa en la relación; la naturaleza e importancia del papel del empleado, incluso el grado al cual le corresponde intervenir; lo delicado del asunto; la dificultad de su reasignación a otro empleado y los ajustes que habría que hacer en sus deberes para reducir o eliminar la posibilidad de que una persona razonable cuestione su imparcialidad[115].

c) Canadá

La apariencia de conflicto de intereses posee, en el derecho público canadiense, un notable desarrollo normativo y jurisprudencial (este último asociado a casos en donde se discutía la procedencia de una sanción por casos de aparente afectación de la imparcialidad).

Las reglas éticas para el servicio público canadiense se encuentran plasmadas en el Código de Valores y Ética para el Sector Público (2012)[116], que describe los principios y comportamientos esperados por parte de los servidores públicos en el cumplimiento de sus obligaciones profesionales. Tales premisas deben ser cumplidas como condición para acceder y preservar el empleo público.

A lo largo de su desarrollo, el Código contiene múltiples referencias a la confianza pública en las instituciones y su estrecha vinculación con la fortaleza democrática[117]. En dicho contexto, menciona a la integridad como un valor que constituye la piedra angular del buen gobierno y la democracia, destacando que "al defender los más altos estándares éticos, los servidores públicos conservan y mejoran la confianza pública en la honestidad, la justicia y la imparcialidad en el sector público federal"[118].

Siguiendo los estándares fijados por la OCDE, expresa que los servidores públicos servirán al interés actuando "…en todo momento con integridad y de una manera que cuente

[114] Específicamente la sección 208 (a) del Título 18 del Código de los EE.UU.
[115] Subparte E, Secc.2635.502 apartado (d).
[116] https://www.canada.ca/en/canadian-heritage/corporate/publications/general-publications/values-ethics-code.html (disponible el 05/11/2018).
[117] Parte I "The Role of Federal Public Servants y Objectives"; Parte II "Requirements for Public Servants to Prevent and Deal with Conflict of Interest and Post-Employment Situations".
[118] Parte I "Statement of Values" (traducción propia).

con el escrutinio público más cercano, una obligación que puede no satisfacerse completamente simplemente actuando dentro de la ley". En tal sentido deben tomar "… todas las medidas posibles para prevenir y resolver cualquier conflicto de intereses real, aparente o potencial entre sus responsabilidades oficiales y sus asuntos privados a favor del interés público" y actuar "… de tal manera que se mantenga la confianza de su empleador".

En este contexto, establece que los funcionarios deben buscar asesoramiento en situaciones en las que prevean "un posible conflicto de intereses o la percepción de un conflicto de intereses"[119].

Su Parte II regula específicamente la prevención y gestión de los conflictos de intereses y las restricciones post empleo. A diferencia de nuestra legislación, la norma opta por definir el conflicto de intereses, y lo hace como aquella "… situación en la que el servidor público tiene intereses privados que podrían influir indebidamente en el desempeño de sus deberes y responsabilidades oficiales o en los que el servidor público utiliza su oficina para beneficio personal". Asimismo, adopta la clasificación entre los conflictos de intereses reales, potenciales y aparentes y delimita cada una de estas categorías, señalando que "un verdadero conflicto de intereses se refiere a una situación que existe actualmente. Un conflicto de intereses aparente es una situación en la que podría haber una percepción razonable de que existe un conflicto de intereses, sea o no el caso. Un potencial conflicto de intereses es una situación que se puede prever razonablemente que exista en el futuro"[120].

Bajo el subtítulo *Prevención de los Conflictos de Intereses* señala que los servidores públicos de Canadá "… mantienen la confianza pública en la objetividad del servicio público al evitar y prevenir situaciones que puedan dar la apariencia de conflicto de intereses o resultar en un conflicto de intereses real o potencial." Agrega que los conflictos de interés en cualquier área de actividad "… pueden tener un impacto negativo en la objetividad percibida del servicio público. Con la naturaleza permanente y generalizada de la tecnología de la información, los servidores públicos deben ser particularmente sensibles a los conflictos de intereses reales, aparentes o potenciales que puedan surgir de los mensajes y la información transmitida a través de Internet y otros medios"[121].

Sin establecer hipótesis concretas de *conflictos de intereses* –como sí lo hace nuestra normativa- el sistema prevé que cuando el funcionario considere su posible existencia o se presenten ciertas situaciones señaladas expresamente en el Código (tales como la tenencia de

[119] Parte I "Expected Values and Behaviours", ap.3 (traducción propia).
[120] Parte II "Requirements …" (traducción propia).
[121] Parte II "Requirements …", ap.1 (traducción propia).

acciones en ciertas empresas o el desempeño de actividades en corporaciones vinculadas al gobierno), debe informar al *Deputy Minister* o a su delegado de manera oportuna, completando un formulario predeterminado y confidencial y presentándolo a la Oficina de Valores y Ética. Cuando dicha autoridad determina la posible existencia de un conflicto de intereses real, aparente o potencial en relación con sus deberes, puede requerir que los servidores públicos se despojen de activos o que tomen otras medidas para su resolución[122].

Cabe señalar que todas las obligaciones establecidas para los casos de conflictos de intereses (ya sea de declaración de intereses, información, consulta, declinación de obsequios) aplican a los casos de conflictos aparentes, los que no tienen un tratamiento específico.

La responsabilidad de neutralizar la posibilidad de conflicto de intereses real, aparente o potencial, alcanza también a los que se presenten entre sus responsabilidades más recientes dentro del servicio público federal y su posterior empleo fuera del servicio público (restricciones post empleo)[123] .

Respecto a los arreglos necesarios para prevenir conflictos de interés reales, aparentes o potenciales, o para cumplir con los requisitos establecidos anteriormente, se espera que las situaciones se resuelvan mediante la discusión y el acuerdo entre el servidor público y el *Deputy Minister* o su delegado. En caso de desacuerdo se resolverá a través de determinados procedimientos[124].

Un servidor público que no cumpla con el Código está sujeto a medidas disciplinarias, hasta e incluyendo la terminación del empleo[125].

La Corte Suprema Canadiense ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto de la importancia preservar la apariencia o percepción de un comportamiento imparcial, enfatizando su vinculación con el buen gobierno. Así, en el caso *Fraser v. Public Service Staff Relations Board* (1985), el Tribunal, luego de destacar que "el servicio público tiene dos dimensiones, una relacionada con las tareas del empleado y la forma en que las realiza, la otra relacionada con la percepción de un trabajo que tiene el público"[126], señaló “el compromiso del interés público en la imparcialidad real y aparente del servicio público”[127].

---

[122] Parte II “Requirements …”, ap 2, Sub.2.2.
[123] Parte II “Requirements …”, ap.3.
[124] Parte II “Resolution”.
[125] Parte II “Consequences”.
[126] *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455, §38 (traducción propia), https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/96/index.do (disponible el 05/11/2018).
[127] *Fraser v. Public Service Staff Relations Board,* § 42 (traducción propia).

A juicio del tribunal, "se requiere que un servidor público ejerza un cierto grado de moderación en sus acciones (…), a fin de garantizar que el servicio público sea percibido como imparcial y efectivo en el cumplimiento de sus funciones"[128].

En *R. v. Hinchey (1996),* antes citado, el máximo tribunal canadiense señaló que lo crucial "… no es simplemente preservar la integridad del gobierno, sino también preservar la apariencia de la integridad"[129] y que "… la apariencia de justicia es tan importante como la justicia misma. Y la apariencia de honestidad e integridad en los tratos por parte de los empleados del gobierno, en particular cuando se trata de grandes sumas de dinero público, debe preservarse a toda costa, no sea que la falta de hacerlo pueda resultar en una corrupción de facto, una tal vez deslizarse imperceptiblemente en la otra"[130].

Por otra parte, el Tribunal Federal de Apelaciones en *Threader v. Canada (Treasury Board) (1987)* rechazó el planteo de un servidor público que había argumentado que la apariencia de un conflicto de intereses no podría apoyar legalmente una sanción. Allí se subrayaron los estándares más altos que se esperan del servicio público y, con cita del fallo de *Fraser* (respecto de la necesidad de garantizar que el servicio público se perciba como imparcial y eficaz en el cumplimiento de sus deberes), se señaló que el servicio público no será percibido como imparcial y efectivo en el cumplimiento de sus deberes si se toleran conflictos aparentes entre los intereses privados y los deberes públicos de los servidores[131].

III.2. Su regulación parcial en la República Argentina

La Ley 25.188 no menciona ni regula los conflictos de intereses aparentes. Ello pese a que en los proyectos antecedentes –sometidos a discusión de las Cámaras en oportunidad de su sanción- se pretendía su reconocimiento.

En efecto, en el *Proyecto del Ley de Ética Pública, Transparencia y Protección de la Confianza en las Instituciones Democráticas*, presentado por la entonces diputada María Laura Leguizamón, se incluía un capítulo titulado *Protección de la confianza pública*. Allí se señalaba que los funcionarios públicos debían "… preservar en todas sus acciones el decoro y la rectitud ética, resguardando a las instituciones, entes, reparticiones u organismos a los que pertenezcan o representen de eventuales rupturas de la integridad o confianza

[128] *Fraser v. Public Service Staff Relations Board,* § 30 (traducción propia).
[129] *R.v Hinchey,* §16 (traducción propia).
[130] *R.v Hinchey,* §16 (traducción propia).
[131] *Threader v. Canada (Treasury Board),* [1987] 1 F.C. 41, citado en *Aparent Conflict of Interest*. §15 (traducción propia), https://www.canada.ca/en/treasury-board-secretariat/services/values-ethics/conflict-interest-post-employment/apparent-conflict-interest.html (disponible el 05/11/2018).

pública" (art.43)[132].

Bajo el epígrafe *Conflicto de intereses aparente* se establecía: "En caso de producirse un conflicto de intereses aparente deberán adoptarse mecanismos para resguardar la integridad y confianza pública en la institución en cuestión" (art.45), remitiendo en lo pertinente al artículo anterior, referido a la obligación del funcionario públicamente cuestionado, de defender la integridad propia y la de la institución a la que pertenecía a través de las explicaciones pertinentes, debiendo instar al acusador a rectificarse.

Idéntica regulación había propuesto el Senador San Millán En los fundamentos, luego de referir a la "institucionalización de la necesidad de proteger la confianza pública en las instituciones de gobierno …", explica que "…[l]os conflictos de intereses pueden ser reales o aparentes …. Los primeros implican que efectivamente la voluntad del agente se encontrará viciada de intereses vinculados al mismo. El segundo, contrariamente, implica que el funcionario podría adoptar su decisión en forma objetiva e imparcial. Ambos, sin embargo, atentan contra la confianza pública. Por ello, cuando se dictare un acto materialmente administrativo (por parte de cualquiera de los tres poderes del Estado) otorgando beneficios a un particular mediando un comprobado conflicto de intereses (real o aparente), el mismo adolecerá de vicios de nulidad e insanable, debiendo ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad en sede administrativa (artículo 17, LLAPA) o iniciarse acción de lesividad si el acto estuviere firme y consentido y hubiera generado derechos subjetivos que se estuvieran cumpliendo (artículo 18, LNPA) …"[133].

Y agrega "… Más allá de ello, en el caso de conflicto de intereses real, deberán seguirse los pasos pertinentes para sancionar la desviación del funcionario, mientras que en el caso de conflicto de intereses aparente se entiende procedente adoptar mecanismos de aclaración e información pública a fin de proteger la confianza pública (artículo 35)".

En el proyecto de Ley de Ética Pública del Senador Menem, por su parte, se incluye entre los deberes éticos, el de "[m]antener una posición de independencia, con el fin de evitar tomar decisiones o desenvolver actividades inherentes a sus funciones en situaciones de conflicto de intereses o que aparenten estarlo", aunque luego no profundiza sobre su regulación. En sus fundamentos expresa que la norma pretende alcanzar las situaciones más comunes, pero no agota la riqueza que pueden presentar los casos concretos, "de ahí que

[132] Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, 29ª Reunión-10ªSesión Ordinaria-20 y 21/08/1997, ps.3237/3248.

[133] Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, 26ª Reunión-16ª Sesión Ordinaria- 24/06/1998, ps.3889/3900.

también se contemple la situación de apariencia, aun cuando de hecho el conflicto de intereses no exista”[134].

No obstante lo reseñado, el texto finalmente sancionado no contempló esta categoría ni la relevancia asignada a la confianza pública en las instituciones y debió esperarse casi dos décadas para que esta situación tenga una respuesta normativa específica.

Con fecha 21 de marzo de 2017 se dictaron los Decretos 201/2017 y 202/2017 que tienen el mérito de introducir los conflictos de intereses aparentes en las normas sobre ética pública[135].

En sus considerandos se señala que su principal objetivo es el “fortalecimiento de los pilares básicos del sistema republicano y la confianza de los ciudadanos en las instituciones, evitando situaciones que la puedan debilitar.”

a) La gestión de los conflictos de intereses aparentes en los juicios en los que el Estado Nacional es parte (Decreto 201/17)

Por Decreto 201/17, se aprobó un procedimiento especial de representación del Estado en juicio, con directa intervención de la Procuración del Tesoro de la Nación y recaudos adicionales de transparencia, para los casos en que pudiera existir un conflicto de interés potencial o aparente, por la vinculación entre una de las partes y las máximas autoridades del Poder Ejecutivo, que suscite dudas en la ciudadanía sobre la debida gestión de los intereses del Estado.

Su artículo 1º establece que el Estado Nacional será representado y/o patrocinado en forma directa por la Procuración del Tesoro de la Nación en los procesos judiciales y extrajudiciales en que un organismo o entidad del Sector Público Nacional (definido en el artículo 8º de la Ley 24.156) sea parte (tanto actora, como demandada) y en los que el Presidente de la Nación, el Vicepresidente de la Nación, el Jefe de Gabinete de Ministros o cualquier Ministro del Poder Ejecutivo Nacional o autoridad de igual rango, tenga con alguna de las partes en el proceso (o sus representantes legales o letrados patrocinantes) alguno de los siguientes supuestos de vinculación: a) parentesco por consanguinidad dentro del cuarto grado y segundo de afinidad, b) sociedad o comunidad, c) pleito pendiente, d) ser

[134] Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, 24/06/1998, ps.3900-3905.

[135] Su redacción –promovida por la Oficina Anticorrupción- fue fruto de un proceso de discusión abierto a la ciudadanía a través del portal web https://www.argentina.gob.ar/anticorrupcion/queremos-conocer-tu-opinion (actualmente inactivo) y de una mesa de trabajo de la que participaron diferentes áreas del Poder Ejecutivo Nacional y representantes de organizaciones de la sociedad civil.

deudor o acreedor, e) haber recibido beneficios de importancia, f) amistad pública que se manifieste por gran familiaridad y frecuencia en el trato, g) en el caso de las personas jurídicas, cualquiera de los vínculos anteriores en relación a un director, accionista o socio que posea participación, por cualquier título, idónea para formar la voluntad social o que ejerza una influencia dominante como consecuencia de acciones, cuotas o partes de interés poseídas.

De tal modo, de acuerdo a sus considerandos, se procura "por un lado, suprimir la competencia de las referidas autoridades en los casos de vinculación especial con las partes del proceso, a fin de evitar su intervención, de cualquier manera, en tales casos; y por el otro, proveer a la mayor transparencia posible en la gestión del interés público comprometido en dichos procesos….", sometiendo su tratamiento "… a los más altos estándares de responsabilidad institucional, transparencia y defensa del interés público".

Si se configura el supuesto previsto en el artículo 1º del Decreto, el procedimiento aplicable es el siguiente:

- La Procuración del Tesoro de la Nación –además de asumir la representación del Estado Nacional- deberá publicar y mantener actualizada a través del portal web del organismo, un listado de causas judiciales y otras actuaciones indicando carátula, número de expediente y radicación y el enlace de acceso al expediente digital del Poder Judicial de la Nación, así como también, información actualizada sobre su estado y las audiencias o reuniones a celebrarse, de acuerdo con las reglas y excepciones previstas en materia de acceso a la información pública (art.3°).
- Los servicios jurídicos permanentes deberán comunicar en forma inmediata y fehaciente a la Procuración del Tesoro de la Nación, mediante un informe del Director del Servicio Jurídico permanente de cada organismo, el inicio de todo proceso alcanzado por este régimen, junto con la totalidad de las actuaciones y su documentación (art.4°).
- Sin perjuicio de lo establecido en el Decreto N° 411/80 (t.o. 1987), previo a formular allanamientos y desistimientos, otorgar quitas y esperas, transigir, conciliar, o rescindir convenios, la Procuración del Tesoro de la Nación deberá comunicar la voluntad de actuar en alguno de aquellos modos, con una antelación no menor a 10 días hábiles de la presentación o celebración del acto pertinente, a la Oficina Anticorrupción, a la SIGEN y a la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas de la Administración del Congreso de la Nación (art.6°).

- Asimismo, deberá publicar, en forma previa a la realización de los actos referidos, un informe público que contenga: a) el análisis circunstanciado de los hechos y, en su caso, de las opiniones recibidas de los organismos de control; y b) la fundamentación de la posición jurídica. No obstante, cuando dicha publicación pudiera afectar la estrategia de defensa, podrá efectuarse junto con la presentación (art.7º).
- Las autoridades respecto de las cuales se declare un vínculo, deberán abstenerse de tomar cualquier tipo de intervención en los casos previstos (art.10).

Cabe señalar que a la comunicación de la iniciación de demandas contra la Nación que el actor debe hacer a la Procuración del Tesoro de la Nación (conforme los artículos 5° y 12 del Anexo III del Decreto N° 1116/00), se agregó una declaración jurada relativa a que la causa se encuentra alcanzada o no por el régimen del Decreto 201/17 (art.5°).

Las disposiciones de este Decreto son complementarias de la Ley 25.188 y del artículo 6 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549 sobre recusación y excusación de funcionarios (art.9º).

Como puede advertirse, quedan abarcadas por el Decreto situaciones de conflictos de intereses potenciales [artículos 2 inciso i) y 15 inciso b) de la Ley 25.188] y casos en los que éstos son sólo aparentes (el artículo 1º del Decreto obliga a declarar el vínculo con los funcionarios superiores independientemente de las atribuciones de estas autoridades en el marco del procedimiento) aplicando un procedimiento con estándares de publicidad y control más elevados, a fin de disipar al máximo las eventuales sospechas de parcialidad.

b) La gestión de los conflictos de intereses aparentes en las contrataciones del Estado Nacional (Decreto 202/17)

Por Decreto 202/17 se aprobó un procedimiento especial aplicable a las contrataciones públicas o al otorgamiento licencias, permisos, autorizaciones, habilitaciones o derechos reales sobre bienes de dominio público o privado del Estado del Sector Público Nacional, en los que podría existir un conflicto de interés potencial o aparente, por la vinculación entre una de las partes y las máximas autoridades del Poder Ejecutivo (o las autoridades de rango inferior a Ministro con competencia o capacidad para decidir sobre la contratación o acto), que suscite dudas en la ciudadanía sobre la debida gestión de los intereses del Estado.

En sus considerandos se señala que "…a los fines de preservar el uso adecuado de los recursos públicos, dando acabado cumplimiento de las reglas sobre ética e integridad, resulta imprescindible establecer procedimientos y mecanismos especiales para los casos en que

pudiera existir un conflicto de interés o vinculación particular relevante entre uno de los interesados en contratar u obtener el otorgamiento de algunos de los actos mencionados por parte del Estado, y el Presidente de la Nación, el Vicepresidente, el Jefe de Gabinete, los ministros y autoridades de igual rango y/o los titulares de cualquier organismo o entidad del Sector Público Nacional con competencia para contratar o aprobar cualquiera de las referidas formas de relación jurídica, que suscite dudas sobre la debida gestión del interés público."

Se procura, por un lado, "… la abstención del ejercicio de competencia por parte de las referidas autoridades en los casos de vinculación especial con los particulares interesados, a fin de evitar cualquier intervención de dichas autoridades en tales casos; y por el otro, proveer a la mayor transparencia posible en la gestión de las contrataciones y demás actos afectados por las situaciones descriptas".

El Decreto 202/17 prevé la presentación de una *Declaración Jurada de Intereses* por parte de toda persona que se presente en un procedimiento de contratación pública o de otorgamiento de una licencia, permiso, autorización, habilitación o derecho real sobre un bien de dominio del Estado, en el ámbito del Sector Público Nacional (art.8° Ley 24.156).

En esta declaración, el oferente o peticionante debe consignar si posee determinados vínculos con relación a: a) Presidente, Vicepresidente, Jefe de Gabinete, Ministros y autoridades de igual rango del Poder Ejecutivo Nacional, tengan o no atribuciones sobre el procedimiento de que se trate (art.1º); b) funcionarios de rango inferior que tengan competencia o capacidad para decidir sobre la contratación o acto que interese al declarante (art.2º).

Los vínculos entre el declarante y el funcionario que el Decreto considera demostrativos de un interés son: a) parentesco por consanguinidad dentro del cuarto grado y segundo de afinidad, b) sociedad o comunidad, c) pleito pendiente, d) ser deudor o acreedor, e) haber recibido beneficios de importancia, y f) amistad pública que se manifieste por gran familiaridad y frecuencia en el trato.

Si el declarante es una persona jurídica, deberá consignar los vínculos actuales y los existentes "dentro del último año calendario". De este modo se evitan transferencias patrimoniales simuladas a efectos de excluir la contratación del procedimiento previsto en el Decreto.

Asimismo, la entidad deberá declarar los vínculos entre el funcionario y la persona jurídica, así como la de sus representantes legales, sociedades controlantes o controladas o

con interés directo en los resultados económicos o financieros, director, socio o accionista que posea participación, por cualquier título, idónea para formar la voluntad social o que ejerza una influencia dominante como consecuencia de acciones, cuotas o partes de interés poseídas.

Si bien la norma se refiere a "directores" de la sociedad, debe considerarse que dicho término refiere a todas aquellas personas que ejercen funciones directivas en los distintos tipos de sociedades, asociaciones o fundaciones. Tal es el caso de los socios gerentes de las sociedades de responsabilidad limitada, los miembros del Consejo de Administración de las fundaciones, etcétera.

Para el caso de sociedades sujetas al régimen de oferta pública conforme a la Ley N° 26.831 la vinculación se entenderá referida a cualquier accionista o socio que posea más del cinco por ciento (5%) del capital social.

Si se denuncia uno de los referidos vínculos, se abre un procedimiento con mayores herramientas de publicidad y control (art.4º):

- Se debe comunicar dicha circunstancia a la SIGEN y a la Oficina Anticorrupción. Esta última examinará las posibles violaciones a la Ley 25.188 (art.5º).
- La autoridad contratante/interviniente deberá arbitrar los medios para dar publicidad total a las actuaciones en su página web y en la de la Oficina Anticorrupción. Teniendo en cuenta que la publicidad es una " … medida preventiva, para disuadir la venalidad de la función pública"[136], se eleva el estándar de transparencia previsto en los Decretos 1023/01 y 1030/16, permitiendo al ciudadano acceder en forma centralizada y rápida a los expedientes de las contrataciones, sin necesidad de invocar interés alguno para su consulta.
- Se debe adoptar fundadamente -y dando intervención a la Oficina Anticorrupción y a la SIGEN- al menos uno de los siguientes mecanismos: celebración de pactos de integridad, participación de testigos sociales, veeduría especial de organismos de control y/o audiencias públicas. No descartándose la implementación de otros procedimientos que puedan resultar adecuados.
- Exista o no conflicto de intereses en los términos de la Ley 25.188, el funcionario con competencia para resolver y respecto del cual se hubiera declarado alguno de los vínculos señalados, deberá abstenerse de continuar interviniendo en el procedimiento.

[136] COMADIRA, Julio y otros, *Curso de Derecho Administrativo, Tomo I*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p.298.

- Cuando se tratare de un procedimiento de contratación directa, la oferta podrá ser declarada inadmisible, salvo en los casos contemplados en el artículo 25 inc.d) apartados 2, 3 y 6 del Decreto 1023/01. No se prohíbe la contratación del oferente vinculado al funcionario (lo que podría objetarse por inconstitucional), sólo se limita la posibilidad de que ésta sea directa.
- En los casos en que la persona seleccionada en el respectivo procedimiento hubiera declarado alguna de las situaciones previstas en el Decreto, los mecanismos precedentes deberán aplicarse en todas las etapas del procedimiento y de ejecución del contrato.

Cabe señalar que conforme el artículo 6º del Decreto 202/201, la omisión de presentar oportunamente la *Declaración Jurada de Intereses* podrá ser considerada causal suficiente de exclusión del procedimiento correspondiente, y la falsedad en la información consignada será considerada una falta de máxima gravedad, a los efectos que correspondan en los regímenes sancionatorios aplicables.

Esta reglamentación no deroga ni modifica el régimen de conflicto de intereses previsto en la Ley 25.188, con el que coexiste (como surge de su art.5º).

Al igual que en el Decreto 201/17, quedan abarcadas por la norma bajo análisis situaciones de conflictos de intereses potenciales [arts.2 inc.i) y 15 inc.b) Ley 25.188] y casos en los que éstos son sólo aparentes (el art.1º del Decreto obliga a declarar el vínculo con los funcionarios superiores aún cuando estos "no tuvieran competencia para decidir sobre la contratación o acto de que se trata").

Si, por ejemplo, el funcionario debe abstenerse de intervenir en la contratación por haber prestado servicios al oferente en los últimos tres años [art.15 inc.b) Ley 25.188], la publicidad tendrá por objeto asegurar que el deber de excusación sea ejercido en forma adecuada y real. Además obliga a las autoridades intervinientes –expuestas frente a la ciudadanía- a fundar debidamente sus decisiones.

Si, en cambio, el funcionario sobre el cual se denuncia un vínculo no tuviera ningún tipo de atribución en la contratación (por ejemplo el Ministro de una jurisdicción no contratante), la declaración de intereses positiva tendrá como efecto gestionar un conflicto de intereses aparente, aplicando un procedimiento con estándares de publicidad y control más elevados, a fin de disipar al máximo las eventuales sospechas de parcialidad.

Por supuesto, si se configurase la hipótesis prevista en el artículo 13 de la Ley 25.188 (v.gr. si el funcionario es dueño de la empresa oferente y la contratación tiene lugar en su

jurisdicción) la contratación sería nula. En tal caso la declaración de intereses servirá a los fines de que ésta no se concrete (situación que deberá advertir la Oficina Anticorrupción en su intervención).

c) Consideración de los conflictos de intereses aparentes en el marco de los principios de la ética pública

Sin perjuicio de los mecanismos citados en los apartados precedentes, nada impide que se acuda a los principios y deberes éticos como pauta de interpretación e integración del régimen de conflicto de intereses, a fin de poder gestionar los denominados conflictos de intereses aparentes y formular recomendaciones específicas al respecto.

Así lo hizo la Oficina Anticorrupción en las Resoluciones 2016-1-APN-MJ#OA, 2017-2-OA#MJ y 2018-4-APN-OA#MJ, analizadas en el apartado II.3. *Casos de conflicto de intereses aparente* de esta tesis, a las que remito por razones de brevedad.

No obstante ello, y de las posibilidades que brinda la interpretación jurídica tal como ha sido concebida por el Estado Constitucional de Derecho[137], resulta adecuado establecer mecanismos claros, concretos y conocidos a fin de dotar de previsibilidad, agilidad y legitimidad la toma de decisiones en el contexto de un conflicto de intereses aparente.

d) Insuficiencia de la normativa actual

Si bien los Decretos 201/17 y 202/17 constituyeron un significativo avance en el camino al reconocimiento jurídico de los conflictos de intereses aparentes, resultan insuficientes por sí solos como un abordaje completo de la materia.

Siguiendo a Carlos Nino, en el marco de un Estado de Derecho, las normas jurídicas que deben observarse deben ser de índole general, tanto respecto de sus sujetos como a la ocasión espacial o temporal de las normas prescriptas; universales, aplicables a todos, sin establecer diferencias no justificadas; irretroactivas; estables y públicas. Además, deben ser lo más definidas posibles, evitándose la vaguedad y las ambigüedades, los hechos condicionantes deben ser empíricamente verificables y deben ser aplicadas estricta e

[137] Se ha señalado que en el marco del Estado Constitucional de Derecho es preferible hablar de *argumentación* en lugar de *interpretación*, pues ya no se concibe a ésta como la búsqueda de respuestas autoritativas en la ley, sino como la elección de una respuesta a un caso particular –frecuentemente entre varias posibles- y la argumentación de dicha selección, reconociendo a la Constitución, a sus principios y valores, no sólo como un programa político dirigido al legislador, sino como la "fuente de las fuentes" del derecho [Conf. VIGO, Rodolfo, *Interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*, Capítulo II, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2015, p.25 y ss.]

imparcialmente por órganos independientes[138].

En tal contexto, cabe señalar entre sus puntos débiles:

(i) Su relativa inestabilidad

Al tratarse de decretos del Poder Ejecutivo, su vigencia depende de un simple acto del poder de turno que puede decidir, por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, derogar total o parcialmente sus disposiciones.

(ii) Los límites de su aplicación subjetiva

Resultan aplicables sólo:

- en el ámbito del Sector Público Nacional, quedando fuera de tal regulación la actividad administrativa de los poderes legislativo y judicial;
- respecto de los conflictos de intereses aparentes de las altas autoridades del Poder Ejecutivo (con rango igual o superior a Ministro), salvo la mención del artículo 2º del Decreto 202/17 a los funcionarios de rango inferior que tengan competencia o capacidad para decidir sobre una contratación o acto.

(iii) Los límites y déficits de su aplicación objetiva

- Refieren sólo a los procesos en los que es parte el Estado Nacional (Decreto 201/17) o a los procedimientos de contratación pública o de otorgamiento de una licencia, permiso, autorización, habilitación o derecho real sobre un bien de dominio del Estado; quedando excluidas múltiples hipótesis de apariencia de conflicto que pueden resultar significativas (v.gr. las que pueden presentarse en el marco de procesos de designación, en el otorgamiento de créditos por entidades bancarias oficiales, en el dictado de otro tipo de actos administrativos, etcétera).
- Se limita a la apariencia de conflicto generada por los vínculos que expresamente menciona, no agotando los casos que pueden presentarse en la realidad (v.gr. la apariencia por homonimia o parentesco que exceda el grado que obliga a una excusación en los términos del artículo 17 del CPCCN).
- La referencia a los sujetos obligados a declarar no es del todo clara (v.gr. se alude a sociedades controlantes o controladas sin que resulte indubitable si estas deben presentar declaración sólo por sí o también por sus directivos y representantes legales o socios; se refiere a los directores de la sociedad, cargo que corresponde a un tipo

[138] NINO, Carlos S., *Un país al margen de la ley*, Ariel, Buenos Aires, 2005, ps.42/43.

societario determinado, cuando debió mencionarse a los miembros de los órganos de gobierno). Ello obliga a la autoridad de aplicación a efectuar interpretaciones cuyo grado de difusión no es equiparable al de la norma, generando confusión entre sus destinatarios.

- No contempla los supuestos de contrataciones interadministrativas los que, por su naturaleza, quedarían fuera de su ámbito cuando el capital es íntegramente estatal ante la imposibilidad de que se configure un conflicto de intereses entre dos sujetos o funciones públicas[139].

(iv) La dependencia del mecanismo de la declaración de un tercero

En el caso del Decreto 202/17, la puesta en marcha de los mecanismos de transparencia y control dependen de la declaración del tercero contratante o peticionante (no se prevé expresamente la posibilidad de que el propio funcionario los aplique ante la falta o falsedad de la declaración).

(v) La ausencia de un adecuado enforcement

No se establece un adecuado sistema de sanciones, quedando la situación dentro del estándar del régimen disciplinario, lo que resulta ineficiente en el caso de que el incumplimiento provenga de un funcionario político, no sujeto a este tipo de procedimientos (más allá de que siempre quede abierta la posibilidad de remoción).

Sin perjuicio de lo expuesto, debe destacarse que los mencionados decretos han abordado de forma novedosa algunos supuestos de apariencia de conflicto, en casos de alto impacto institucional, y brindan un correcto catálogo de herramientas para la gestión de los conflictos de intereses aparentes.

Además, la puesta en agenda de la temática no es un tema menor y debe ser celebrada, sin perjuicio de la necesidad de insertar estas medidas aisladas en el contexto de una política pública a largo plazo que incida sobre la cultura de integridad del Estado Nacional.

III.3. Anteproyecto de reforma a la Ley de Ética Pública

En abril de 2018 el Poder Ejecutivo elaboró un anteproyecto de reforma a la Ley de Ética Pública que sometió a discusión de calificados juristas y destacados representantes de los distintos poderes del Estado.

Allí se reconoce a los conflictos de intereses como categoría jurídica, expresando que

---

[139] Resoluciones OA Nº235/11, Nº307/11, Nº384/13 y Nº419/13, ya citadas.

estos se presentan “cuando no se configura ninguna de las situaciones previstas en los capítulos II [conflictos de intereses reales] y III [conflictos de intereses potenciales] …, pero existe la percepción general de que la imparcialidad de las decisiones que adopte un funcionario podría encontrarse afectada” (art.28).

En cuanto a su gestión, se establece que “En aquellos casos en los que no se configure un conflicto de intereses actual o potencial en los términos de la presente Ley, pero la significación institucional, social o económica de una situación amerite fortalecer la confianza de la ciudadanía en la imparcialidad de las decisiones, la autoridad de aplicación podrá recomendar medidas adicionales de control, transparencia y/o participación ciudadana” (art.42).

Cabe señalar que el anteproyecto aborda lo que he denominado un caso de *conflicto de intereses aparente por subregulación*: la inadecuada gestión de la participación societaria de las altas autoridades en empresas del sector que regulan.

En efecto, se mantiene para los funcionarios públicos -en general-, el deber de abstenerse de intervenir en cuestiones particularmente relacionadas a “las empresas en las que tenga participación societaria, en los supuestos en los que ésta no se encuentra vedada por la presente Ley, mientras se mantenga la titularidad” [art.39 inc.c)]. Sin embargo se incluye como una hipótesis de conflicto de intereses actual, el caso de los funcionarios con rango equivalente o superior a Ministro del Poder Ejecutivo, titulares de participaciones societarias o inversiones en sociedades anónimas abiertas cuyo objeto social se encuentre sujeto al ámbito de su competencia o su cotización pudiera verse influenciada sustancialmente por los actos que emitan. En tal supuesto, se le brinda al funcionario la opción de vender los valores a un tercero no relacionado o bien constituir un fideicomiso ciego que deberá respetar ciertas pautas (art.34).

Si la titularidad recae en participaciones sociales en sociedades cerradas cuyo objeto social se encuentre sujeto al ámbito de su competencia y en una cantidad suficiente para formar la voluntad social o para controlarla por cualquier otro medio, los funcionarios deberán optar por vender tales participaciones a un tercero no relacionado o bien ceder el ejercicio de los derechos políticos correspondientes, quedando prohibido emitir instrucciones o indicaciones de ninguna índole al respecto (art.35).

De este modo se brinda respuesta a una generalizada demanda de adecuación normativa a fin de gestionar adecuadamente este tipo de situaciones.

Infelizmente, las disposiciones relacionadas a los conflictos de intereses aparentes no

se han incluido en el proyecto finalmente remitido por el Poder Ejecutivo al Honorable Congreso de la Nación con fecha 6 de marzo de 2019[140] (más allá de la mención de la *prudencia* entre los principios de la ética pública[141]), sin perjuicio de lo cual es esperable que su tratamiento sea objeto de debate en las comisiones parlamentarias correspondientes.

III.4. Reflexiones del capítulo

El abordaje de los *conflictos de intereses aparentes* en la República Argentina resulta insuficiente y se ha limitado a su análisis a la luz del principio de prudencia y al dictado de los Decretos 201/17 y 202/17.

Ello amerita considerar la inclusión de esta figura en un futuro proyecto de reforma a la Ley de Ética Pública, cuestión que se encuentra hoy en la agenda del Poder Ejecutivo Nacional.

A tal fin pueden constituir un significativo aporte las regulaciones que se han aprobado en otros países, como Estados Unidos y Canadá, que contemplan la problemática y procuran darle una solución a través de mecanismos concretos tendientes a neutralizar su impacto negativo. Ello sin perjuicio de ponderar adecuadamente las diferencias entre dichos sistemas legales y el de nuestro país.

---

[140] El proyecto puede ser consultado en el sitio web de la Oficina Anticorrupción, accesible en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/proyecto_de_ley_de_etica_publica_0.pdf (disponible el 13/03/2019).

[141] El artículo 3º del Proyecto de Ley, bajo el título Principios de la Ética Pública establece que quienes ejerzan función pública deben respetar una serie de principios que orientan la interpretación e integración de la ley, entre ellos el de *prudencia*, conforme al cual los agentes deben "obrar con cuidado, diligencia y previsión, evitando poner en riesgo el servicio público, los bienes colectivos *o la confianza que deben inspirar los funcionarios en la sociedad*" (el destacado me pertenece).

CAPÍTULO IV: LINEAMIENTOS PARA UNA ADECUADA GESTION DE LOS CONFLICTOS DE INTERESES APARENTES

Excede el marco de esta tesis proponer un texto normativo concreto, por lo que me limitaré a desarrollar brevemente los lineamientos que debería poseer una política regulatoria en la materia.

IV.1. Reconocimiento normativo

Implica su inclusión en el régimen de ética pública como una categoría jurídica y su definición clara y simple[142]. Así lo ha hecho el anteproyecto de reforma a la Ley de Ética Pública elaborado por la Oficina Anticorrupción (en su art.28)[143].

Debe efectuarse no sólo a nivel de los principios éticos, sino también como un deber concreto de los funcionarios, estableciendo procedimientos y herramientas de gestión y asociando consecuencias ante su incumplimiento.

Ello no supone asimilar sus efectos a los de los conflictos de intereses reales (nulidad de actos administrativos, sanción y responsabilidad patrimonial de los funcionarios y de los terceros involucrados), sino admitir que se trata de situaciones que no pueden ser soslayadas y que requieren de una respuesta a fin de evitar sus efectos nocivos.

En tal sentido, no comparto la concepción de aquellos regímenes que equiparan el conflicto de intereses real al aparente, sin perjuicio de reconocer que en tales sistemas, la apreciación de las consecuencias no está impuesta normativamente, dejándose un amplio margen a la autoridad de aplicación[144].

IV.2. Segmentación por jerarquía del funcionario o impacto institucional

Si bien la apariencia de conflicto de intereses puede presentarse en todos los ámbitos y funciones del Estado, su regulación debería variar en función de la importancia de las atribuciones del funcionario en cuestión, por el riesgo de influencia –formal o informal-

---

[142] Ver al respecto el Código de Valores y Ética para el Sector Público canadiense (2012): "Un conflicto de intereses aparente es una situación en la que podría haber una percepción razonable de que existe un conflicto de intereses, sea o no el caso" (Parte II "Requirements …") (traducción propia).

[143] Conf.el anteproyecto, el conflicto de intereses se presenta como aparente "cuando no se configura ninguna de las situaciones previstas en los Capítulos II y III del presente Título [conflictos actuales o potenciales], pero existe la percepción general de que la imparcialidad de las decisiones que adopte un funcionario podría encontrarse afectada"

[144] En el sistema canadiense, todas las obligaciones establecidas para los casos de conflictos de intereses (ya sea de declaración de intereses, información, consulta, declinación de obsequios) aplican a los casos de conflictos aparentes (conf. Código de Valores y Ética para el Sector Público, Parte II).

sobre el dictado de las decisiones que se adopten.

Este ha sido el criterio seguido por el Poder Ejecutivo Nacional al dictar los Decretos 201/17 y 202/17. Y también se ha insinuado, sin demasiadas precisiones, en el anteproyecto de reforma a la Ley de Ética Pública sometido a discusión en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional (art. 42)[145].

Una correcta segmentación de la normativa debería efectuarse distinguiendo entre casos de alto impacto o riesgo institucional y casos de bajo impacto o riesgo.

Quedarán abarcados por la primera categoría aquellos supuestos referidos a agentes con labores de conducción y atribuciones en la fijación de políticas públicas (v.gr. autoridades con rango igual o superior a secretario del Poder Ejecutivo) o bien que dirijan áreas de riesgo por su significativa vinculación con el sector privado (v.gr. entes reguladores de servicios públicos o de actividades de interés público). En este caso podrá ser mayor la incidencia de la autoridad de aplicación en la definición de las medidas de gestión o en su supervisión.

En los casos de bajo impacto o riesgo institucional, podrá haber un mayor margen para la autogestión.

IV.3. Procedimiento que prevea la intervención de la autoridad de aplicación

Como se ha reseñado en los capítulos precedentes, la legislación norteamericana establece que cuando un empleado se encuentra en una de estas situaciones: (1) puede buscar la ayuda de su supervisor, de un oficial de ética de una agencia, o del designado de la agencia; y (2) deberá usar el proceso allí descrito para determinar si debe o no participar en una materia particular. Dicho procedimiento consta de una instancia de información, otra de intervención de la autoridad de aplicación y una tercera de formulación de indicaciones[146].

En Canadá, por otra parte, el sistema prevé que cuando el funcionario considere la posible existencia de un conflicto de intereses (ya sea real o aparente) debe informar a la autoridad correspondiente. Y si ésta determina la posible existencia de un conflicto de intereses real, aparente o potencial, puede requerir que los servidores públicos se despojen de activos o que tomen otras medidas para su resolución[147].

---

[145] Allí se expresa: "En aquellos casos en los que no se configure un conflicto de intereses actual o potencial en los términos de la presente Ley, pero la significación institucional, social o económica de una situación amerite fortalecer la confianza de la ciudadanía en la imparcialidad de las decisiones, la autoridad de aplicación podrá recomendar medidas adicionales de control, transparencia y/o participación ciudadana"

[146] Conf.Sección 2635.502 del Título 5 del Código de Reglamentos Federales.

[147] Conf.Código de Valores y Ética para el Sector Público, Parte II "Requirements …", ap2. Sub.2.2.

Independientemente del modelo o procedimiento que se adopte y más allá de los mecanismos de autogestión que se prevean normativamente, la regulación debería contemplar –en ciertos casos- la previa intervención de la autoridad de aplicación o de un tercero al que ésta delegue su competencia en distintas áreas de la organización (oficiales de ética), quienes ejercerán el rol de tercero imparcial razonable y con conocimiento del caso y, de corresponder, indicarán la adopción de medidas o formularán recomendaciones específicas que, sin obstruir innecesariamente la gestión pública, permitan restablecer la confianza de la ciudadanía en las instituciones. Dicha intervención podrá efectuarse de oficio, a instancia del propio funcionario o de un tercero.

En otros supuestos, en cambio, resultaría adecuado que el funcionario acuda directamente a mecanismos de autogestión, sin perjuicio de la posterior actuación de la referida autoridad. De otro modo, la numerosa cantidad de casos que podrían presentarse y la imposibilidad de que una autoridad los aborde adecuadamente en tiempo oportuno paralizaría el ejercicio de la función pública.

IV.4. Herramientas predeterminadas

Implican la pre-definición de mecanismos de transparencia y control frente a la ocurrencia de determinados presupuestos que resulten configurativos de un conflicto de intereses aparentes.

Las reglas y procedimientos preestablecidos otorgan mayor previsibilidad al sistema, lo que redunda en un beneficio tanto institucional como para el propio funcionario que sabe cómo debe actuar frente a estas situaciones y no queda –como hoy- enteramente sujeto a los criterios de la autoridad de aplicación.

Estos mecanismos –algunos de los cuales han sido recogidos por los Decretos 201/17 y 202/17 para los casos que allí se contemplan- permiten la autogestión del conflicto y el tratamiento uniforme de las situaciones e incrementa el nivel de objetividad de la actuación de la autoridad de aplicación.

A título de ejemplo podemos mencionar los siguientes:

a) Medidas de transparencia

Como vimos en el estudio de Latinobarómetro (2015), uno de los motivos de desconfianza institucional reside en la sospecha de actuación en propio beneficio, o en la deficiente intervención de los mecanismos de control. La transparencia resulta esencial para permitir el control ciudadano y aliviar la sospecha de parcialidad.

Estas medidas podrán consistir, por ejemplo, en la publicidad *on line* de los expedientes administrativos donde tramiten contrataciones o el dictado de actos en el contexto de conflictos de intereses aparentes, de los expedientes judiciales afectados por esta circunstancia, de las audiencias de gestión de intereses, etcétera.

b) Mecanismos de control institucional o ciudadano

Otra posible herramienta podría ser habilitar la intervención de:

- organismos de control internos de los respectivos poderes y organismos (en el caso del Poder Ejecutivo, por ejemplo, las unidades de auditoría interna, la SIGEN, la Oficina Anticorrupción, como acertadamente lo ha hecho el Decreto 202/17, en su art. 4º);
- de órganos de control ajenos al respectivo Poder, si la importancia de la situación lo amerita (ver al respecto Decreto 201/17 que habilita la intervención de la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas de la Administración del Congreso de la Nación, art. 6º);
- de ciudadanos especialmente convocados para actuar como testigos sociales, efectuar veedurías, entre otras intervenciones (Decreto 202/17, art. 4º).

c) Abstención por motivos de decoro (aplicable cuando existen atribuciones)

Puede ocurrir que el interés particular presente en el caso resulte insustancial pero que, no obstante ello, resulte adecuada la excusación a fin de neutralizar una apariencia de conflicto.

IV.5. Sanciones por incumplimiento

Un elemento significativo a la hora de pensar una regulación es establecer consecuencias ante el incumplimiento de los mecanismos establecidos. Se trata, en definitiva, de un incumplimiento ético.

Entendemos que ello no debiera extenderse a la validez de los actos dictados mediando un conflicto de intereses aparente, salvo que se haya soslayado un mecanismo de gestión previsto como parte del procedimiento (como ocurre en el caso del Decreto 202/17), en cuyo caso, existirá un vicio en uno de sus elementos esenciales que lo tornará nulo.

IV.6. Categorización como conflictos de intereses reales de los conflictos de intereses aparentes por subregulación

Es posible que haya casos no considerados legalmente como conflictos de intereses reales y que, sin embargo, lo sean. O que su mecanismo de gestión sea el deber de excusación y no la prohibición de realizar determinada actividad o de poseer cierto interés financiero, regulación que no satisface los estándares éticos cuando se trata de altos funcionarios.

Ello es lo que ocurre, por ejemplo, cuando funcionarios con responsabilidades de conducción o en la fijación de políticas públicas son propietarios de participaciones en empresas sobre las que poseen atribuciones [situación a la que se aludiera en el punto II.4.c) y III.3. de esta tesis]. En el derecho comparado se han ofrecido otras soluciones o mecanismos de gestión que resultan más adecuados tales como el otorgamiento de un mandato especial de administración de cartera de valores[148], la enajenación de activos[149], la constitución de fideicomisos ciegos o diversificados calificados[150], la suscripción de acuerdos éticos[151], etcétera.

Si bien en nuestro país la situación se ha gestionado como un conflicto de intereses aparente y se han formulado recomendaciones de desinversión o bien la constitución de mecanismos ciegos de administración[152], la ausencia de reglas claras y concretas (sobre cuándo deben desprenderse los funcionarios de sus participaciones societarias) genera soluciones dispares que atentan contra la realización del principio de igualdad y conspiran contra la autogestión de las situaciones por parte de los funcionarios.

En estos casos, correspondería que se reevalúe el mecanismo de gestión que resulta adecuado para preservar la imparcialidad, no tratándose únicamente de una cuestión de prudencia o confianza institucional.

IV.7. Reflexiones del capítulo

La propia naturaleza del conflicto de intereses aparente lo encuadra en una figura de carácter subjetivo y dependiente de la interpretación de un tercero, lo que dificulta la autogestión por parte del funcionario y la eficacia de los mecanismos de regulación estatal. De allí la importancia de determinar, en ciertos casos y bajo ciertas condiciones, una respuesta normativa previamente establecida.

Si bien una adecuada política pública no debe agotarse en una reforma legal y debiera

[148] CHILE, Ley 20.880 arts.24 a 44.
[149] CHILE, Ley 20.880 art.45.
[150] ESTADOS UNIDOS, Secc.2634 Suparte D del Código de Reglamentos Federales.
[151] ESTADOS UNIDOS, Secc.2634 Suparte H del Código de Reglamentos Federales.
[152] Resolución 2016-1-E-APN-OA#MJ (Aranguren), 09/09/2016.

complementarse con actividades de difusión y capacitación y la creación de mecanismos de transparencia y control ciudadano, resulta indispensable incluir normativamente estos casos a fin de dotar de previsibilidad el régimen y, de este modo, restablecer la creencia de la ciudadanía en la integridad de la organización.

CONCLUSIONES

A lo largo del desarrollo de los capítulos precedentes hemos demostrado que:

1. El *conflicto de intereses aparente*, es una categoría distinta del *conflicto de intereses real* pero que de todos modos, en el marco del actual Estado Constitucional de Derecho, merece una respuesta jurídica. Su deficiente consideración dentro del sistema de ética pública impacta sobre la confianza institucional, la eficiencia y la reputación tanto del funcionario como de la organización, deteriorando la calidad democrática.
2. En el marco de los principios y valores del Estado Constitucional de Derecho, deben establecerse mecanismos claros, concretos y difundidos a fin de dotar de previsibilidad, agilidad y legitimidad la toma de decisiones en el contexto de un conflicto de intereses aparente. Ello teniendo en cuenta, además, que el ciudadano es hoy un sujeto activo que demanda a los servidores públicos los más altos estándares de integridad y transparencia.
3. Arribar a un concepto preciso de esta categoría ético-jurídica resulta esencial a efectos de su correcto abordaje. La dificultad de distinguir si estamos ante un conflicto de intereses real o sólo ante una apariencia de conflicto -que deber ser gestionada-, genera incertidumbre en los funcionarios sobre el alcance de sus restricciones, paraliza la toma de decisiones, e impone excusaciones innecesarias. Ello además de elevar el índice de cuestionamiento de los actos de gobierno, activando innecesariamente los mecanismos de investigación administrativos y judiciales para acreditar circunstancias que –aún de corroborarse- no encuadran en situaciones normativamente prohibidas.
4. En tal sentido, podemos definirlo como *aquella situación en la que no se presenta una contraposición real y objetiva de los intereses públicos y los particulares del funcionario, pero una persona imparcial e informada podría percibir razonablemente que sí la hay, afectándose la confianza de la ciudadanía en las instituciones*.
5. La *razonable percepción* de que existe un riesgo para la imparcialidad de la decisión que deba adoptarse, elemento determinante para la apariencia de conflicto de intereses, debe ser cuidadosamente ponderada, para distinguir esta situación de la simple ausencia de conflicto o bien de una mera ilusión generada por los medios de comunicación o la crítica maliciosa.

Para que esta apreciación posea relevancia jurídica debe ser imparcial, partir de un adecuado conocimiento de las circunstancias del caso (sin que sea necesario un elevado nivel de información por parte del observador externo) y fundamentalmente, ser razonable.

6. Si bien en nuestro país esta problemática ha sido parcialmente regulada a través de los decretos 201/17 y 202/17, tal abordaje resulta insuficiente dado que su estabilidad es relativa, posee limitaciones subjetivas y objetivas y algunas inconsistencias y carece de un adecuado *enforcement*.
7. En este contexto resulta conveniente promover una reforma de la Ley de Ética Pública 25.188 que brinde mayor claridad y previsibilidad a su tratamiento, evitando que la respuesta a tales situaciones dependa de su interpretación circunstancial o bien exclusivamente de la falible actuación de los organismos de control.
8. Una adecuada regulación en materia de conflicto de intereses aparentes demandará su expreso reconocimiento, el establecimiento de procedimientos y herramientas de gestión –segmentadas de acuerdo a la jerarquía del funcionario o el impacto institucional del caso- y la asociación de consecuencias ante su incumplimiento, reconociendo las diferencias que esta situación posee con los conflictos de intereses reales y los bienes jurídicos que se tutelan en uno y otro supuesto. En tal sentido se inscriben los lineamientos esbozados en el capítulo IV de esta tesis.
9. Adquirirán mayor preponderancia aquellas medidas que tiendan a transparentar las situaciones e incrementar los mecanismos de control –internos y externos a la Administración- a fin de disipar las sospechas de parcialidad y la consecuente afectación de la credibilidad en la organización.

   Ello evitará que el ciudadano perciba, en tales casos, que la decisión pública ha sido adoptada privilegiando un interés particular, sea del funcionario o de un tercero. Y al mismo tiempo le permitirá al funcionario ejercer su competencia –la cual resulta obligatoria- libre de cuestionamientos infundados.
10. Finalmente debe tenerse en cuenta que una política pública en la materia no podrá agotarse en la mera reforma legal. Las reglas o normas que se adopten deben ser difundidas. Ello en el convencimiento de que su conocimiento y comprensión fortalece el compromiso de los funcionarios con su cumplimiento y les permite autogestionar los conflictos de intereses o las situaciones de apariencia que

pudieran presentarse, sin necesidad de procurar –en todos los casos- una previa decisión de la autoridad de aplicación al respecto.

Acertadamente se ha expresado que "La democracia no es invulnerable. El riesgo siempre está presente, y para erosionarla basta con la duda, con la desconfianza en el personal público o el funcionamiento de las instituciones… [E]s preciso detectar los puntos débiles del sistema y encontrar soluciones, se precisa perspectiva de futuro; un objetivo que exige trabajar para mejorar el sistema democrático, para hacerlo más transparente, para adaptarlo a las necesidades y exigencias de nuestra sociedad y nuestro tiempo".[153]

La ética pública plantea cada día nuevos desafíos y uno de ellos es un correcto y creativo abordaje de estas situaciones que, sin paralizar la gestión pública, contribuya a atemperar la siempre creciente desconfianza institucional en la región. Si la respuesta estatal ante tales situaciones es insuficiente para que la ciudadanía considere que se garantiza la imparcialidad y la búsqueda del bien común, ello afectará la confianza que aquella posee en las instituciones, conducirá a la desafección por la cosa pública y desincentivará la participación.

En este contexto, la reciente puesta en agenda de la reforma a la ley de ética pública se presenta como una inmejorable oportunidad de regular esta materia de una forma madura y moderna.

[153] BAENA GARCÍA, p.11.

BIBLIOGRAFIA

Bibliografía citada

- ARELLANO, David; LEPORE, Walter; ZAMUDIO, Laura y AGUILAR, Israel; *Control de los Conflictos de Intereses: Mecanismos organizacionales en la experiencia internacional y lecciones para México*, Editorial CIDE, D.F. México, 2011.
- BAENA GARCÍA, Lara; FOLGUERA FONDEVILA, Roger; GARCÍA MUÑOZ, Oliver; MIRALLES HIGÓN, Marisa; ROCA SAFON, Oscar. Coordinador del Informe. *La gestión de los conflictos de intereses en el Sector Público de Cataluña*, Primera Edición, Barcelona, 2016.
- BARAGLI, Néstor, GIUPPONI, Leopoldo, GÓMEZ, Nicolás, CARO, Lorena, *Ética Transparencia y Lucha contra la Corrupción en la Administración Pública*, Oficina Anticorrupción, PNUD, 2013.
- BERTÓK, János (Public Governance and Territorial Development Directorate, OECD), *Conflict of Interest: Tools for implementation and enforcement,* Jakarta, 2007, https://www.oecd.org/site/adboecdanti-corruptioninitiative/39368002.pdf.
- CANDA, Fabián O., "El Régimen Disciplinario de los empleados públicos (bases constitucionales y su aplicación bajo la Ley Marco de Regulación de Empleo Público y el Reglamento de Investigaciones Administrativas)", EDA (2003).
- COMADIRA, Julio y otros, *Curso de Derecho Administrativo, Tomo I,* Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.
- CRUZ, Paulo M., "Sobre el Principio Republicano", Jurídicas, Vol 6, num 1, enero-junio 2009, Univ. de Caldas, Colombia, http://www.redalyc.org/pdf/1290/129012572002.pdf.
- GARCÍA MEXÍA, Pablo, "Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea", Colección Divulgación Jurídica, Aranzadi Elcano, Navarra, 2001.
- IVANEGA Miriam M. y SAPPA, José R., "El Derecho Disciplinario: Instrumento de Estabilidad Social y Política", Congreso Internacional de Derecho Disciplinario, México, 2013.
- IVANEGA, Miriam M., "Reflexiones acerca del derecho administrativo y el régimen exorbitante del derecho privado", Revista de Administración Pública Nº 323, Ediciones RAP, id SAIJ: DACF070008.
- MORENO OCAMPO, Luis, *En defensa propia. Cómo salir de la corrupción,* Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1993.

- NINO, Carlos S., *Un país al margen de la ley*, Ariel, Buenos Aires, 2005.
- SAMMARTINO, Patricio M., "La noción de acto administrativo en el estado constitucional", diario El Derecho, 31.10.07.
- SMITH, Adam, *La Teoría de los sentimientos morales*, e-book, Editorial Dyalpa, 1980.
- VILLORIA, Manuel, "Políticas y Prácticas para gestionar los conflictos de interés en Europa: una visión comparada", Revista do Servicio Público, vol.57, nº3, (2006-I), Brasilia, 2006.
- VIGO, Rodolfo, *Interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2015.
- ZALAQUET, José, "Conflictos de intereses, normas y conceptos", Anuario Derechos Humanos Universidad de Chile Nº 11, Santiago de Chile, 2011, https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/17363/20544.
- ZIN, Máximo, *Incompatibilidades de Funcionarios y Empleados Públicos*, Depalma, Buenos Aires, 1986.

Documentos gubernamentales citados

- AUSTRALIA PUBLIC SERVICE COMMISSION, *Values and Code of Conduct in Practice*, *APS electronic document*, 2017, https://www.apsc.gov.au/aps-values-and-code-conduct-practice.
- INDEPENDENT COMISSION AGAINST CORRUPTION & CRIME AND MISCONDUCT COMISSION OF AUSTRALIA, *Managing Conflict of Interest in the Public. Toolkit*, Sydney, 2004, https://www.integrity.qld.gov.au/assets/document/catalogue/icac_info_sheets/Managing_conflicts_of_interest_in_the_public_sector_-_toolkit.pdf .
- SECRETARÍA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA DEL GOBIERNO DE MÉXICO, Unidad especializada en ética y prevención de conflicto de interés, *Guía para identificar y prevenir conductas que puedan constituir conflictos de intereses de los servidores públicos*, México, 2017, https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/188012/GUIA_CONFLICTO_DE_INTER_S_UEEPCI__2_.pdf.

Documentos de organismos internacionales citados

- CLAD, *Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública*, 2013, http://intercoonecta.aecid.es/Documentos%20de%20la%20comunidad/Carta_%20Derechos%20y%20Deberes%20Ciudadano.pdf.

- OECD, *Recommendation of the Council on Guidelines for Managing Conflict of Interest in the Public Service*, 2003, http://www.oecd.org/gov/ethics/2957360.pdf.
- OECD, *Managing Conflict of interest in the Public Sector. A Toolkit*, Publishing, Paris, 2005, https://www.oecd.org/gov/ethics/49107986.pdf
- PNUD, "Mecanismo de control de los conflictos de intereses (dedicación exclusiva)", http://www.cl.undp.org/content/dam/chile/docs/gobernabilidad/undp_cl_gobernabilidad_minuta_ComisionConstitucion_06julio.pdf
- LATINOBARÓMETRO, *La confianza en América Latina 1995-2015. 20 años de opinión pública latinoamericana*, Banco de Datos en línea, www.latinobarómetro.org., Santiago de Chile, 2015.
- LATINOBARÓMETRO, *Informe 2017. Buenos* Aires, 2017, file:///C:/Users/Soltec14/Downloads/F00006433-InfLatinobarometro2017%20(2).pdf.
- TRANSPARENCIA INTERNACIONAL, Capítulo Chileno, *Normativas sobre Conflictos de Intereses y Legislación sobre Fideicomiso Ciego*, Doc.de trabajo Nº9, 2009, p.8, http://www.chiletransparente.cl/wp-content/files_mf/1347631488DT9_Conflicto_intereses_fideicomiso_ciego.pdf

Jurisprudencia nacional citada

- Jurado de Enjuiciamiento, Herrera Rodolfo A, 14/03/2005, cita on line AR/JUR/3044/2005.
- CSJN, Bussi Antonio D c. Estado Nacional, Dictamen del Procurador General, 13/07/2007, La Ley 2007-E-33, cita online: AR/JUR/2753/2007.
- CSJN, Giustiniani, Rubén Héctor c/ YPF S.A. s/ amparo por mora, 10/11/2015, fallos 338:1258.

Jurisprudencia internacional citada

- *Claude Reyes y otros vs. Chile,* CIDH, 19/09/2006, Serie C, núm.151.
- *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369, https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2574/index.do.
- *Ennis and Treasury Board (Canada Employment and Immigration Commission),* [1980], PSSRB file 166-2-8773.
- *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455, https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/96/index.do.
- *Lalla and Treasury Board (Industry, Science and Technology)*, [1994] C.P.S.S.R.B. No 4.

- *R v. Hinchey*, [1996] 3 S.C.R. 1128, https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1456/index.do.
- *Threader v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 1 F.C. 41, citado en Aparent Conflict of Interest., https://www.canada.ca/en/treasury-board-secretariat/services/values-ethics/conflict-interest-post-employment/apparent-conflict-interest.html.

Resoluciones Oficina Anticorrupción citadas

- Resolución OA 45/00, Farias Bouvier Nestor, 23/10/2000, http://archivo.anticorrupcion.gob.ar/Resol%2045%20Farias%20Bouvier%20Nestor.pdf.
- Resolución OA 111/06, Cirielli Ricardo, 26/03/2006, http://archivo.anticorrupcion.gob.ar/documentos/Resoluci%C3%B3n%20111%20Cirielli.pdf.
- Resolución OA 126/09, Amadeo Susana, http://archivo.anticorrupcion.gob.ar/documentos/Res%20126-09%20_S%20Amadeo%20-AFIP_2.pdf.
- Resolución OA 130/10, El Chapel S.A., 05/08/2008, http://archivo.anticorrupcion.gob.ar/documentos/Resolucion13009.pdf.
- Resolución OA 133/09, Cameron Daniel, 09/10/2009, http://archivo.anticorrupcion.gob.ar/documentos/Res%20133-09%20(D%20Cameron%20-%20Secr%20Energ%C3%ADa).pdf.
- Resolución OA 157/10, Jacubovich David, 03/03/2010, http://archivo.anticorrupcion.gob.ar/documentos/Res%20157-10%20(CI%20-%20Jacubovich).pdf.
- Resolución OA 178/10, Lozano Paula, 01/07/2010, http://archivo.anticorrupcion.gob.ar/documentos/Res%20178-10%20(CI%20-%20Lozano).pdf.
- Resolución OA 235/11, Consulta BCRA, 04/03/2011, http://archivo.anticorrupcion.gob.ar/documentos/Res%20235-11%20(CI%20-%20Hugo%20ALVAREZ).pdf.
- Resolución OA 307/11, Marchi Daniel, 28/12/2011, http://archivo.anticorrupcion.gob.ar/documentos/Res%20307-11%20(CI-MARCHI).pdf.
- Resolución OA 384/13, Kicillof Axel, 08/05/2013, http://archivo.anticorrupcion.gob.ar/documentos/Res%20384-13%20CI%20Kicillof.pdf.

- Resolución OA 386/2013, Casá Eduardo, 08/05/2013, http://archivo.anticorrupcion.gob.ar/documentos/Res%20386-13%20CF%20Casa.pdf.
- Resolución OA 419/13, Forcieri Cesar, 27/12/2013, http://archivo.anticorrupcion.gob.ar/documentos/Res%20419-13_CI-Forcieri_.pdf.
- Resolución OA 427/14, Pronsato Antonio, 21/02/2014, http://archivo.anticorrupcion.gob.ar/documentos/Res%20427-14_CI-Pronsato%20y%20Milano_.pdf.
- Resolución OA 505/15, Gennari Horacio, 13/11/2015, http://archivo.anticorrupcion.gob.ar/documentos/Resoluci%C3%B3n%20OA-DPPT%20505-16.pdf.
- Resolución OA 509/16, Castro Carolina, 15/01/2016, http://archivo.anticorrupcion.gob.ar/documentos/Resoluci%C3%B3n%20OA-DPPT%20509-16.pdf.
- Resolución OA 510/16, Federici Mariano, 15/01/2016 http://archivo.anticorrupcion.gob.ar/documentos/Resoluci%C3%B3n%20OA-DPPT%20N%C2%BA%20510-16.pdf.
- Resolución 2016-1-E-APN-OA#MJ, Aranguren Juan, 09/09/2016, http://archivo.anticorrupcion.gob.ar/documentos/aranguren.pdf.
- Resolución 2016-5-E-APN-OA#MJ, Tullio Alejandro, 30/09/2016, http://archivo.anticorrupcion.gob.ar/documentos/Documentos%20(%20Tullio).pdf.
- Resolución 2017-2-OA#MJ, Marteau Felix, 20/01/2017, http://archivo.anticorrupcion.gob.ar/documentos/Documentos%20(%20Marteau).pdf.
- Informe IF-2017-08147681-APN-OA#MJ, Avian Líneas Aéreas, 05/05/2017, https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/if-2017-08147681-apn-oa23mj_0.pdf.
- Resolución 2017-17-APN-OA#MJ, Marcolini Jorge, 20/07/2017, http://archivo.anticorrupcion.gob.ar/documentos/RESOL-2017-17-APN-OA_MJ.pdf.
- Resolución 2018-4-APN-OA#MJ, Macri Mauricio, Aguad Oscar, Mocoroa Juan Manuel, 14/06/2018, http://archivo.anticorrupcion.gob.ar/documentos/Documentos%20(%20Correo%20Argentino).pdf.
- Resolución 2018-10-APN-OA#MJ, Etchevehere Luis, 07/03/2018, http://archivo.anticorrupcion.gob.ar/documentos/RS-2018-09881532-APN-OA-MJ.pdf.

- Resolución OA 2017-17-APN-OA#MJ, Triaca Jorge, 25/04/2018, http://archivo.anticorrupcion.gob.ar/documentos/Documentos%20(triaca).pdf.
- Resolución 2018-28-APN-OA#MJ, Cámera Fabián, 18/10/2018, http://archivo.anticorrupcion.gob.ar/documentos/Documentos%20(Camera).pdf.