

## **Los conflictos de intereses: su análisis a partir de los principios de ética, transparencia y objetividad en el marco de la buena administración pública**

**Mirian Mabel Ivanega**

### **I- Introducción**

La “simbiosis” existente entre el derecho administrativo y los derechos fundamentales, está ya fuera de toda discusión. Las incertidumbres que pudieron haber empañado esa fusión, han quedado disipadas por una realidad que obliga a todos los actores políticos, económicos, sociales, jurídicos y culturales a respetar y propender la aplicación de aquellos derechos.

El derecho administrativo, disciplina forjada en sus orígenes bajo esquemas rígidos y la concepción de constituir un régimen exorbitante del derecho privado en la que centraba principalmente su justificación, pasó a recoger los frutos obtenidos por la aplicación de los tratados de derechos humanos y su interpretación por tribunales nacionales e internacionales. De esta forma, esta rama del derecho fue constituyendo su impronta articulando tales herramientas normativas, para dar lugar a una renovada visión de las instituciones y conceptos tradicionales, entre ellas al acto y al contrato administrativos, la organización de la Administración Pública, el procedimiento administrativo, la responsabilidad estatal y de los funcionarios públicos, la prestación de los servicios públicos, los límites y ejercicio del poder de policía, las técnicas de fomento, la formación y ejecución del presupuestaria.

En tal sentido, se sostuvo que la regulación de la relación Hombre – Estado bajo la dimensión social, en el que confluye la dignidad, la libertad y la igualdad, nos llevan a un punto de común entre ambos. Por un lado, el hombre es presenta como un ser responsable del ambiente comparte con el Estado el deber de prevenir el daño ambiental y de preservarlo para sí y para las generaciones futuras) activo promotor de la igualdad, colaborador en la concreción del interés común, e involucrado en la gestión de los asuntos públicos. Por otra parte, la Administración en tanto una de las gestoras del interés público (ero ya no exclusiva) deberá aprehender cuál es el nuevo alcance de ese interés y el rol que debe cumplir para satisfacerlo (Gutiérrez Colantuono Pablo, 2010).

La reafirmación de que el hombre y su dignidad son el eje del derecho administrativo, han permitido modular la actuación pública y el interés público perseguido.

En ese contexto cabe ubicar a la buena administración, cuya concreción configura una consecuencia necesaria de la reformulación de las potestades estatales y del rol que tienen todas las organizaciones en el logro de la satisfacción de los derechos fundamentales.

Los principios inspiradores de la Carta Iberoamericana de derechos y deberes del ciudadano en relación con la Administración Pública (aprobada por el Consejo Directivo del CLAD en reunión presencial-virtual celebrada desde Caracas el 10 de octubre de 2013) y cuya esencia se reflejan en su Preámbulo, traducen límites al ejercicio del poder público y fijan los cimientos y herramientas para construir un nuevo vínculo Estado-ciudadano en el Estado Social y Democrático de Derecho.

De ahí la importancia de recordar que “La buena Administración Pública adquiere una triple funcionalidad.

En primer término, es un principio general de aplicación a la Administración Pública y al Derecho Administrativo.

En segundo lugar, es una obligación de toda Administración Pública que se deriva de la definición del Estado Social y Democrático de Derecho, especialmente de la denominada tarea promocional de los poderes públicos en la que consiste esencialmente la denominada cláusula del Estado social: crear las condiciones para que la libertad y la igualdad de la persona y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan su cumplimiento y facilitando la participación social.

En tercer lugar, desde la perspectiva de la persona, se trata de un genuino y auténtico derecho fundamental a una buena Administración Pública, del que se derivan, como reconoce la presente Carta, una serie de derechos concretos, derechos componentes que definen el estatuto del ciudadano en su relación con las Administraciones Públicas y que están dirigidos a subrayar la dignidad humana” (Preámbulo, 6to párrafo).

## **II- Precisiones conceptuales**

### **1- ¿En qué consisten los conflictos de intereses?**

Suele hacerse referencia a las incompatibilidades de los servidores públicos, para referirse genéricamente a diversas situaciones de imposibilidad para ejercer una función o cargo motivada en diversas causas: acumulación de empleos, de retribuciones, antagonismos de intereses, etc.

Entendida como una de las cuestiones más enojosa de la organización administrativa (Bielsa, Rafael, 1960), la configuración de incompatibilidades ha comenzado a ser diferenciada de los casos de conflictos de intereses, al entenderse que son figuras distintas que tienden a prevenir tipos de perjuicios diferentes. Mientras que con las incompatibilidades se protege al erario público frente al riesgo de que resulte imposible cumplir funciones al mismo tiempo o que el Estado pueda abonar más de un salario, en aquellos conflictos se protege la imparcialidad, la igualdad de trato y la independencia de criterio.

Lo cierto es, que referirse a un conflicto de intereses en el ámbito de la función pública presupone una confrontación que se manifiesta en dos planos: uno institucional y otro personal.

El primero surge cuando como resultado de otras actividades o relaciones, la organización no puede prestar servicios imparciales y su objetividad para realizar sus tareas se ve afectada o, también en los casos en que la organización tiene una ventaja competitiva injusta. El conflicto de interés personal en cambio, es la situación que se presenta cuando los intereses privados de una persona interfieren con el cumplimiento de sus funciones oficiales (Oficina de Ética de las Naciones Unidas).

La creciente preocupación por prevenir ese tipo de coaliciones, parece estar dada no por la configuración de una irregularidad que afecta la independencia del servidor, sino por constituir una modalidad de actuación que favorece la corrupción. En este punto, la experiencia indica que deben puntualizarse tres aspectos.

El primero, la importancia que tiene la posición del funcionario frente al conflicto, esto es su conocimiento sobre esa situación y los medios que utiliza ya sea para evitarla o para abstenerse de actuar a fin de evitar su configuración. Existe en aquí una valoración subjetiva de las circunstancias que como paso previo involucra sus principios éticos.

Luego, es necesario considerar que tales conflictos deben ser analizados con independencia de sus efectos sobre los actos que realiza. De esta forma, la conducta reprochable por actuar no obstante la coalición de intereses, es separable de las consecuencias que el ordenamiento jurídico prevea respecto a la validez o no de las decisiones adoptadas e incluso de las sanciones aplicables a los particulares que intervinieron en la configuración del conflicto.

En tercer lugar, como se advirtió debe entenderse que sin perjuicio de constituir en sí mismas situaciones irregulares, son una vía que permite la configuración de otras conductas corruptas, de las cuales el servidor público y/u otros funcionarios y/o particulares se benefician. Esa "facilitación" está presente en las normas internacionales y en los Códigos de Ética dictados por los países, que incluyen dicha figura dentro de las prohibiciones de aquellos.

En ese contexto, una de las herramientas utilizadas para prever y controlar las incompatibilidades y los conflictos de intereses, es el de la obligación impuesta a los funcionarios de declarar no sólo su patrimonio sino también las actividades y cargos desarrollados -anteriores o concomitantes con el desarrollo de la función- en los sectores públicos y privados.

En consonancia con las Convenciones contra la corrupción, en la República Argentina la Ley 25.188 -Ética en el ejercicio de la función pública- reguló los deberes, prohibiciones e incompatibilidades aplicables a todos aquellos que se desempeñen en la función pública del Estado. Incluyó a los empleados y funcionarios en todos sus niveles y jerarquías, permanentes o transitorios, por elección popular, designación directa, por concurso o cualquier otro medio legal, extendiéndose a magistrados.

Específicamente establece<sup>1</sup>:

- Para los funcionarios cuyo acceso a la función pública no sea un resultado directo del sufragio universal, el deber de incluir en sus declaraciones juradas patrimoniales, los antecedentes laborales a fin de facilitar el control respecto de los posibles conflictos de intereses.
- Bajo el capítulo de Incompatibilidades y Conflicto de intereses, se incluyen las situaciones de: a) dirigir, administrar, representar, patrocinar, asesorar, o, de cualquier otra forma, prestar servicios a quien gestione o tenga una concesión o sea proveedor del Estado, o realice 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; y b) ser proveedor por sí o por terceros de todo organismo del Estado en donde desempeñe sus funciones.

---

<sup>1</sup> También la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, reguló esos supuestos (Ley 4895) aunque con una mayor precisión en la determinación de las conductas de conflicto.

- Los funcionarios que hayan tenido intervención decisoria en la planificación, desarrollo y concreción de privatizaciones o concesiones de empresas o servicios públicos, tienen vedada su actuación en los entes o comisiones reguladoras de esas empresas o servicios, durante tres años inmediatamente posteriores a la última adjudicación en la que hayan participado.

- Si a la época de la designación, el funcionario se encuentra alcanzado por alguna de las incompatibilidades antes mencionadas debe: a) renunciar a tales actividades como condición previa para asumir el cargo, 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 o tenga participación societaria.

-Estas incompatibilidades se aplican sin perjuicio de las que correspondan en atención del régimen específico de cada función.

Un aspecto relevante es la regulación de los efectos de los actos dictados en contravención de las disposiciones sobre incompatibilidades y conflictos de intereses. Conforme al artículo 17 de la ley, tales actos serán nulos de nulidad absoluta, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe. En el supuesto de actos administrativos, se los considerará viciados y nulos de nulidad absoluta conforme a los términos de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Con un criterio consecuente se establece la responsabilidad solidaria de las firmas contratantes o concesionarias, por la reparación de los daños y perjuicios que por esos actos le ocasionen al Estado.

Además de esta normativa en materia de contrataciones públicas un decreto del año 2017 ha previsto un supuesto especial, tal como se considerará en párrafos posteriores.

### **III- Los instrumentos de la "buena administración"**

#### **1. Las conductas debidas. La Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes del Ciudadano en relación a la Administración Pública**

Sin desconocer que las principales regulaciones en materia de incompatibilidades e inhabilitados han estado siempre presentes en Códigos de Ética y en estatutos o leyes marco de la función pública, las Convenciones contra la Corrupción han dado un impulso a la prevención de conflictos de intereses.

La Convención Interamericana (en vigor desde 1996) contiene una norma general (Artículo III Medidas preventivas) vinculada al deber de los Estado de adoptar instrumentos destinados a crear, mantener y fortalecer -entre otros aspectos- normas de conducta orientadas a prevenir tales conflictos.

Mayores especificaciones incluye la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, pilar principal de la mayoría de las reformas constitucionales y legislativas de Iberoamericana posteriores al año 2004. Su artículo 7 establece expresamente: "4. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, procurará adoptar sistemas destinados a promover la transparencia y a prevenir conflictos de intereses, o a mantener y fortalecer dichos sistemas".

Esta disposición se engarza con la previsión del artículo 8 apartado 5, que hace referencia a que los Estados deben procurar que los funcionarios declaren sus actividades, empleos, inversiones, activos, regalos, beneficios, que pueden dar lugar a tales conflictos. Esta exigencia se traduce en los regímenes dictados por los países instituyendo sistemas de declaraciones juradas patrimoniales y de cargos o empleos.

Tal como se desprende de esa Convención, no solo el sector público está involucrado en la figura del conflicto de intereses, el ámbito privado también.

Por ejemplo, el artículo 12 incluye como deber estatal la de prevenir los conflictos de intereses "(...)imponiendo 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".

Este tipo de colisiones de intereses no es esporádico; muy por el contrario, la conexión entre entornos que en el siglo pasado parecían estar diferenciados e incluso en algunas regiones enfrentadas, es -hace algunas décadas- directa y continua.

Ello por diversas causas, por ejemplo los nuevos roles del Estado en su carácter de regulador, la aplicación al sector público de los criterios de gestión por resultados propios del ámbito privado, los modelos de participación público-privada, además de factores sociológicos, económicos y hasta culturales que han favorecido tales vínculos.

En la misma línea, la Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes del Ciudadano en relación a la Administración Pública contiene preceptos que indican la importancia de regular, prevenir y sancionar situaciones de conflictos que inciden negativamente en la gestión pública y que afectan la credibilidad de la estructura estatal y de sus funcionarios.

En ese sentido, cabe mencionar el Capítulo Segundo, dentro de cuyos principios se prevén: ética, ejercicio normativo del poder, objetividad y buena fe. Éstos - enmarcados en el contexto de la buena administración- a nuestro entender tienen un efecto expansivo principal respecto a las condiciones que debe reunir una organización administrativa dirigida a la satisfacción de los derechos fundamentales.

Es decir, sin perjuicio de la incidencia que tienen respecto al comportamiento exigido a los servidores públicos, configuran reglas sustanciales y pilares de la organización, que no pueden ser obviados a la hora de diseñar la estructura estatal (es decir no solo administrativa) y fijar los procedimientos internos, los recursos materiales y tecnológicos y los controles internos.

Con esas argumentaciones, tales principios deben ser analizados en forma sistémica descartándose su aplicación e interpretación aislada.

En síntesis, resulta inviable propender a la buena administración y a la aplicación llana a los servidores públicos de tales principios, si no existen condiciones estructurales, de control y procedimentales que hagan posible su aplicación efectiva.

Por ello estamos convencidos, que la prevención de situaciones que pueden configurar conflictos de intereses, se vincula tanto con la actuación directa del servidor público como con los elementos que conforman la organización, ya que la disposición y administración de éstos pueden facilitar -y hasta favorecer- tales conflictos.

Con esos comentarios, nos encontramos en condiciones de considerar que los principios contenidos en los apartados 12<sup>2</sup>, 17<sup>3</sup>, 18<sup>4</sup>, 19<sup>5</sup>, 25<sup>6</sup> del Capítulo II y 46<sup>7</sup> del Capítulo III de la Carta, se vinculan con el conflicto de intereses. Específicamente, nos detendremos en las figuras de los artículos 12, 17, 18 y 25.

*a. Algunas breves consideraciones acerca de la ética y la transparencia pública*

A los efectos de este trabajo, nos limitaremos a señalar la relación de la ética con los conflictos de intereses, sin desconocer el amplio tratamiento que ha tenido en la doctrina el derecho público y la recepción en normas internacionales y nacionales.

Cita obligada en materia de ética pública, es el catedrático español Jesús González Pérez que la define como: “El conjunto de normas morales que rigen la conducta del hombre en cuanto integrante de un pueblo o ciudad, en cuanto ciudadano, sea o no funcionario, y en orden al bien común, bien público o bienestar general”. A su vez, la exigibilidad a los funcionarios públicos de ciertos valores, considerados debidos y deseables, no conforman un ámbito separable o aislado del resto de las personas, ya que son similares a las que deben imponerse a la sociedad, desde donde proceden las personas que asumen la gestión de los intereses públicos (González Pérez Jesús, 2000, 40 y ss).

---

<sup>2</sup> “12. Principio de ética, en cuya virtud todas las personas al servicio de la Administración pública deberán actuar con rectitud, lealtad y honestidad, promoviéndose la misión de servicio, la probidad, la honradez, la integridad, la imparcialidad, la buena fe, la confianza mutua, la solidaridad, la transparencia, la dedicación al trabajo en el marco de los más altos estándares profesionales, el respeto a los ciudadanos, la diligencia, la austeridad en el manejo de los fondos y recursos públicos así como la primacía del interés general sobre el particular”.

<sup>3</sup> “17. El principio de ejercicio normativo del poder significa que los poderes deberán ejercerse, única y exclusivamente, para la finalidad prevista en las normas de otorgamiento, prohibiéndose el abuso o exceso de poder, sea para objetivos distintos de los establecidos en las disposiciones generales o para lesionar el interés general”.

<sup>4</sup> “18. De acuerdo con el principio de objetividad, fundamento de los principios de imparcialidad e independencia, las autoridades y funcionarios, así como todas las personas al servicio de la Administración Pública, deberán abstenerse de toda actuación arbitraria o que ocasione trato preferente por cualquier motivo, actuando siempre en función del servicio objetivo al interés general, prohibiéndose la participación en cualquier asunto en el que él mismo, o personas o familiares próximos, tengan cualquier tipo de intereses o en los que pueda existir conflicto de intereses según el ordenamiento jurídico correspondiente”.

<sup>5</sup> “19. Principio de buena fe, en cuya virtud las autoridades y los ciudadanos presumirán el comportamiento legal y adecuado de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes”.

<sup>6</sup> “25. Los ciudadanos son titulares del derecho fundamental a la buena Administración Pública, que consiste en que los asuntos de naturaleza pública sean tratados con equidad, justicia, objetividad, imparcialidad, siendo resueltos en plazo razonable al servicio de la dignidad humana. En concreto, el derecho fundamental a la buena Administración Pública se compone, entre otros, de los derechos señalados en los artículos siguientes, que se podrán ejercer de acuerdo con lo previsto por la legislación de cada país”.

<sup>7</sup> “46. Derecho a exigir el cumplimiento de las responsabilidades de las personas al servicio de la Administración Pública y de los particulares que cumplan funciones administrativas de acuerdo con el ordenamiento jurídico respectivo. Los ciudadanos, además del derecho a exigir la justa indemnización en plazo razonable por la lesión que puedan sufrir en sus bienes o derechos a causa del funcionamiento de los servicios públicos o de interés general, en los casos en que así se determine de acuerdo con el ordenamiento jurídico correspondiente, podrán demandar, ante la Administración y/o ante los Jueces o Tribunales, las responsabilidades en que puedan haber incurrido los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones”.

Coincidimos en que 'la Ética Pública no puede ser una Ética de situación' ya que no son las circunstancias las que presiden la actuación del funcionario público, sino la fuerza de la noción del servicio a la colectividad" (Delpiazzo, 2005,11).

Deriva de ello una lectura que no solo involucra a la ética pública con la ética privada de una misma persona, sino que además refleja la directa unión que se presenta entre la experiencia moral del ciudadano en su papel de funcionario y la del particular como colaborador de la administración. Ello constituye el punto de partida de la investigación en la ciencia de la ética pública (Comadira Julio Rodolfo, 2002:597.)

Ambas perspectivas son verificables en las situaciones de conflictos de intereses, previstas en las normas de ética pública.

La relación funcionario-particular generadora de aquellos conflictos contrarían la esencia de la función pública y cada uno los principios y valores que los informan, entre ellos en la honestidad, lealtad, justicia, probidad, rectitud, buena fe, idoneidad, eficacia, responsabilidad, transparencia y austeridad republicana. Esto sin perjuicio de la afectación que se puede producir respecto de los derechos de los ciudadanos, cuestión de primer orden a la hora de evaluar las consecuencias y las conductas de los servidores; además de los efectos negativos sobre las arcas públicas.

En cuanto a la transparencia pública, además de instrumentos internacionales y nacionales y de decisiones judiciales, abundante doctrina del derecho público ha navegado por las aguas de este principio y recorrido los laberintos de su ausencia. Poco queda por agregar, solo insistir en la necesidad de que efectivamente su presencia no resulte excepcional en el marco de toda la actividad estatal, anhelo que involucra diversos actores (por ejemplo: la sociedad, organismos de control eficientes) Por otra parte, demás está decir que sin ética no hay transparencia y sin ésta no hay ética. Una presupone a la otra, realimentándose en su contenido y efectos sobre la función pública.

Quien actúa a pesar de encontrarse en un caso de conflicto de intereses conociendo las circunstancias limitantes que no podía sortear, evita transparentar esa situación a fin de eludir las consecuencias sancionadoras, sin perjuicio de la existencia de otros fines que pudiera perseguir como la obtención de beneficios para él, sus familiares, amigos, etc. Justamente es de la esencia de aquel conflicto, el ocultamiento de sus orígenes.

En definitiva, lo indicado lleva a confirmar que la transparencia es una envoltura de toda la función pública, que subyace en cada rincón de la conducta del servidor, que lo trasciende para ubicarse en el vértice de la pirámide de la estructura estatal y en la bases de la sociedad.

#### *b. Abuso o exceso de poder*

El abuso o exceso de poder prohibido el artículo 17, remite a la figura de la desviación de poder concebida como un vicio del acto administrativo, que causa su nulidad absoluta.

Siguiendo la doctrina de Agustín Gordillo, se identifica como desviación de poder la situación en la que un funcionario actúa, subjetiva u objetivamente con una finalidad (psicológicamente o de acuerdo a lo que sugieren objetivamente las presunciones y datos que rodean el comportamiento administrativo) diferente a la perseguida por la ley.

Encontramos básicamente tres supuestos, coincidiendo ellas en que la actuación del funcionario sigue una finalidad distinta de la que pretende la ley que ejecuta: 1) cuando actúa con un fin personal, supuesto en el cual aunque el acto responda objetivamente a las condiciones expresamente exigidas por la norma, está viciado en la voluntad; 2) el funcionario persigue la finalidad de beneficiar a un tercero o grupo de terceros. Se utiliza al poder administrativo con la finalidad de beneficiar a terceros, incluyéndose los casos del vicio político de nepotismo; 3) la actuación del funcionario se dirige a beneficiar a la administración o al bien común. Se trata de un supuesto en el cual el uso del poder lo es indebidamente en beneficio de la administración, del gobierno o del Estado incluso hasta de la sociedad, dado que pueden presentarse “respetables fines públicos, pero distintos de los contemplados por el ordenamiento jurídico”. Ejemplos típicos son el cobro de mayor número posible de multas, “no para desalentar el incumplimiento de las normas administrativas, sino para obtener fondos para el presupuesto público”, o la supresión de cargos por reordenamiento o racionalización administrativa, con fines disciplinarios. (Gordillo Agustín, 2011:IX-27 y ss.)

Es interesante traer a colación antecedentes judiciales europeos que han confirmado que “El concepto de desviación de poder tiene un alcance preciso en Derecho comunitario y se aplica al supuesto en que una autoridad administrativa utiliza sus atribuciones con una finalidad distinta de aquella para la que le fueron conferidas. A este respecto, es jurisprudencia reiterada que sólo cabe considerar que una decisión incurre en desviación de poder cuando queda de manifiesto, de acuerdo con indicios objetivos, oportunos y concordantes, que fue adoptada para alcanzar una finalidad distinta de las que se invocan” (por ejemplo, sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 25 de febrero de 1997, Kernkraftwerke Lippe-Ems/Comisión, asuntos acumulados T-149/94 y T-181/94, Rec. p. II-161, apartados 53 y 149, confirmada en casación por la sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de abril de 1999, Kernkraftwerke Lippe-Ems/Comisión, C-161/97 P, Rec. p. I-2057, Otro asunto: Esedra. T-169/00. 26-2-2002, 198).

Otra figura vinculada es la identificada como “abuso de autoridad” que en el caso específico del derecho argentino, se encuentra prevista en el artículo 248 del Código Penal de la Nación<sup>8</sup>: “Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo, el funcionario público que dictare resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales o ejecutare las órdenes o resoluciones de esta clase existentes o no ejecutare o no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento les incumbiere”.

Este tipo penal –que solo tiene como autor a un funcionario público- incluye dos conductas que implican acción (dictar o ejecutar) y otra que refleja una omisión (no ejecutar) las que requieren para su configuración el conocimiento por parte del funcionario de que el acto es abusivo e ilegal<sup>9</sup>.

El interés que se protege es el regular funcionamiento de la administración y la legalidad de sus actos aspecto, que no implica una mera contradicción con las normas legales, sino el uso abusivo o arbitrario de la función pública, que es utilizada como herramienta para violar la Constitución y las leyes.

<sup>8</sup> El Título XI (Libro Segundo) del Código Penal regula los delitos contra la Administración Pública. Su capítulo IV refiere al Abuso de autoridad y violación de deberes de funcionarios Públicos, cuya norma general es el artículo 248, incluyéndose diversas conductas punibles.

<sup>9</sup> Esta figura difiere de la prevista en el artículo 249 que establece el supuesto de incumplimiento de funciones administrativas, es un delito de pura omisión sin necesidad de que se produzca efectos.



El dolo de esta figura implica que el dictado o la ejecución de resoluciones u órdenes se concretan conociendo que ello implica una facultad prohibida por el ordenamiento jurídico constitucional y legal. Respecto de la omisión es importante considerar que para su penalización resulta necesario demostrar que el funcionario tuvo la posibilidad de ejecutar la ley y, con malicia, no lo hizo (Código Penal comentado y anotado André J. D'Alessio: Director, 2004, p.794-802).

### *c. Objetividad e Imparcialidad*

Estos principios, condicionantes de la actividad de todo servidor público y cuya presencia son fundamentales para prevenir los conflictos de intereses, contienen un presupuesto común: la idoneidad de aquel. La capacitación y la especialidad del servidor constituyen herramientas imprescindibles a la hora de exigir objetividad e imparcialidad.

Ser objetivo implica analizar un objeto en sí mismo, con independencia de la forma de pensar o de sentir (Real Academia española, 22ª edición, 1ª acepción). Además, refleja una situación de desinterés, un desapasionamiento (2da. acepción).

Por su parte, la imparcialidad requiere de una conducta independiente en el ejercicio de la función, identificándose con una acción libre de presiones y de pre-conceptos. Por eso, suele ser identificado con la objetividad y la neutralidad.

Exigir la presencia de ambas condiciones -estrechamente vinculadas- y cumplir con ellas evitará que el servidor público sea influenciado por factores o razones políticas, religiosas, subjetivas, prejuicios, etc., que lo desvíen de los objetivos debidos en relación a su función. De lo indicado, es factible concluir que la desviación de poder también es una manifestación de la ausencia de tales principios.

En definitiva, quien incurre en una situación de conflicto de intereses pierde, por un lado, la objetividad requerida para decidir, administrar, disponer conforme a su competencia y, por el otro, la independencia necesaria para que su actuación se ajuste a derecho.

## **2. La buena administración**

La Carta Iberoamericana ya citada nos muestra como en la buena administración confluyen principios y derechos que vierten sus efectos en la actuación recta, equitativa y razonable que todo servidor público debe seguir.

Más allá del análisis realizado precedentemente, es importante recordar que cada servidor público al ejercer su función, asume el compromiso de cumplir los mandatos que el ordenamiento jurídico impone, de coadyuvar en el logro de la satisfacción de los derechos de los ciudadanos y del interés público involucrado en su cargo y en la organización pública a la que pertenece. No desconocemos las dificultades que en la actualidad tiene identificar el interés público y evaluar su realización ante la confrontación que pueden presentarse entre intereses sociales sectoriales, pero ciñéndonos al tema que nos convoca es acertado sostener que la buena administración es un objetivo que cumple con las bases de aquel interés.

Como señala el profesor Rodríguez Arana Muñoz, es un tema estructural que se refiere a la necesidad de recuperar la perspectiva ética, de servicio objetivo a la ciudadanía, que siempre caracterizó a las administraciones públicas.

Pero además, el ciudadano tiene un rol protagónico pues cada vez es más consciente de su papel en relación con aquellas, exigiendo sus derechos. La centralidad humana, la dignidad de la persona, son el centro que justifican a la buena Administración. Es por ello, que necesariamente la buena Administración pública, vincula la forma en que deben dirigirse las instituciones públicas en una democracia avanzada. Dirigir en tal marco "supone asumir con radicalidad que la Administración pública existe y se justifica, en la medida en que sirve objetivamente al interés general" (Rodríguez Arana Muñoz Jaime, 2014).

#### **IV- Algunos ejemplos específicos de conflictos de intereses.**

Toda contratación pública debe responder a una necesidad pública, ya sea propia de la organización o vinculada directamente a la satisfacción de los derechos fundamentales del ciudadano. Este dato que parece ser evidente, o por lo menos debiera ser un presupuesto de todo contrato de esa naturaleza, no siempre es tenido en cuenta por quienes tienen las responsabilidades de diseñar e implementar las políticas públicas de un país.

Confluyen allí varios submundos que se entrelazan y van constituyendo una red de decisiones, procedimientos y actos en el que intereses, públicos y privados pueden coordinarse para bien o para mal en sentido ético.

La importancia de las contrataciones públicas en la economía de los países, los artilugios evidenciados en la conformación de empresas privadas –a fin de eludir controles- y los altos índices de corrupción que la tramitación de aquellas presenta ha generado que diversas Organizaciones Internacionales pongan especial atención en las situaciones de conflicto de intereses.

Un ejemplo de ello, es la "Guía sobre el Manejo de Conflictos de Intereses en el Sector Público y Experiencias Internacionales" de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), documento que define al conflicto de interés como aquel se suscita "(...) entre el deber público y los intereses privados de un funcionario, donde el funcionario tiene intereses privados y podría ser influenciado incorrectamente, afectando el funcionamiento de sus deberes y responsabilidades oficiales". Allí se distinguen los siguientes tipos: a) Conflictos de interés: se presenta un inaceptable conflicto de hecho entre los intereses individuales o privados del funcionario público y sus obligaciones públicas; b) Conflictos de interés aparente: existe un interés personal que no necesariamente influiría en el funcionario público pero que puede dar lugar a que otros consideren que puede influir en el cumplimiento de sus deberes; c) Conflictos de interés potencial: alude al supuesto en el que un funcionario público tiene un interés personal que puede convertirse en un conflicto de interés en el futuro.

También el Consejo sobre las Contrataciones Públicas de esa Organización elaboró una serie de Recomendaciones entre ellas la necesidad de conservar la integridad del sistema de contratación pública a través de normas generales y salvaguardas específicas por procesos de contratación. A tal fin, en el primer numeral se establece que los Adherentes deberán: "i) Exigir que todas las partes interesadas actúen con un elevado grado de integridad a lo largo del ciclo de contratación. Sería útil para ello ampliar (por ejemplo, mediante pactos de integridad) el ámbito de aplicación de las normas que forman parte de los marcos legales o reglamentarios o de los códigos de conducta por los que se rigen los empleados del sector público (como los relativos a la gestión de los conflictos de interés, la revelación de información y demás normas deontológicas)".

Esta Recomendación justamente se asienta en la necesidad de afianzar la transformación de la contratación pública, en un instrumento estratégico para la buena administración, por ello incluye objetivos precisos a seguir por los países adherentes vinculados a la integridad, la transparencia, la libre competencia, la fijación de políticas públicas, la eficiencia, el aprovechamiento de las tecnologías digitales, la capacitación del personal, la aplicación de métodos de evaluación, la rendición de cuentas, la integración de las contrataciones en la gestión de las finanzas públicas, el presupuesto y la prestación de servicios.

En ese contexto, traemos a colación una reciente norma dictada en la República Argentina vinculada a los posibles conflictos de intereses que pueden presentarse respecto a los vínculos entre altos autoridades nacionales y posibles contratistas<sup>10</sup>.

El Decreto 202/17, impone el deber de presentar Declaración Jurada de Intereses a toda persona que se presente en una contratación de licitación pública o de otorgamiento de una licencia, autorización, habilitación o derecho real de un dominio público en los organismos y entes incluidos en el artículo 8 de la Ley 24.156.

La amplitud en la aplicación de esta norma obedece a la noción del Sector Público nacional, contemplado en este artículo, pues incluye<sup>11</sup>:

- a) Administración Nacional, conformada por la Administración Central y los Organismos Descentralizados, comprendiendo en estos últimos a las Instituciones de Seguridad Social.
- b) Empresas y Sociedades del Estado que abarca a las Empresas del Estado, las Sociedades del Estado, las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria, las Sociedades de Economía Mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias.
- c) Entes Públicos excluidos expresamente de la Administración Nacional, que abarca a cualquier organización estatal no empresarial, con autarquía financiera, personalidad jurídica y patrimonio propio, donde el Estado nacional tenga el control mayoritario del patrimonio o de la formación de las decisiones, incluyendo aquellas entidades públicas no estatales donde el Estado nacional tenga el control de las decisiones.

A través de la Declaración Jurada de Intereses se informará si existe una vinculación que origina conflicto respecto del Presidente, Vicepresidente de la Nación, Jefe de Gabinete de Ministros, demás Ministros y autoridades de igual rango del Poder Ejecutivo Nacional aunque éstos no tengan competencia para decidir sobre la contratación o acto de que se trata.

También comprende a los funcionarios de rango inferior a Ministro, en el caso que tengan competencia o capacidad para decidir sobre la contratación o acto que interese al declarante. Los específicos conflictos previstos son: a) los de parentesco por consanguinidad dentro del cuarto grado y segundo de afinidad; b) sociedad o comunidad; c) pleito pendiente; ser deudor o acreedor; d) haber recibido beneficios de importancia; e) amistad pública que se manifieste con gran familiaridad y frecuencia de trato.

---

<sup>10</sup> En el ordenamiento jurídico nacional argentino encontramos otras normas vinculadas al tema. Además de la Ley 25.188 ya mencionada, a título de ejemplo: los Decretos 1023/0, 1030/16, la 27.328 y Decreto 118/17.

<sup>11</sup> Si bien esa disposición prevé dentro del Sector Público Nación también a los “Fondos Fiduciarios integrados total o mayoritariamente con bienes y/o fondos del Estado nacional”, tales fondos no están técnicamente comprendidos, aunque sí los organismos que involucrados en su disposición y administración.

Si el declarante es una persona jurídica se deben consignar “cualquiera de los vínculos anteriores, existentes en forma actual o dentro del último año calendario, entre los funcionarios alcanzados y los 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”.

Estas declaraciones deben presentarse al momento de inscribirse en los Registros correspondientes, y en las oportunidades que se fijen según cada procedimiento de contratación, y debe ser actualizada anualmente o dentro de los 90 días de presentarse un caso de vinculación.

De surgir de la Declaración Jurada algún supuesto de conflicto de intereses, el organismo contratante deberá comunicarla a la Oficina Anticorrupción (OA) y a la Sindicatura General de la Nación (SIGEN), además de arbitrar los medios necesarios para dar publicidad en la página web y en la de la OA.

Cuatro mecanismos son los previstos para adoptar en estos casos. Al menos uno debe ser aplicado:

- celebración de pactos de integridad
- participación de testigos sociales
- veeduría especial de organismos de control
- audiencias públicas

Sin perjuicio de ello, el funcionario involucrado deberá abstenerse de intervenir, continuando con la tramitación, quien le corresponda actuar en los casos de excusación. En los casos de contratación directa, de existir conflicto, la oferta será declarada inadmisibile, salvo en los casos de realización o adquisición de obras científicas, técnicas y artísticas cuya ejecución deba confiarse a empresas, artistas o especialistas que sean los únicos que puedan llevarlas a cabo; o se traten de contrataciones de bienes o servicio por razones de exclusividad y en los casos que el Poder Ejecutivo Nacional declare secreta la operación contractual por razones de seguridad, defensa nacional.

Otro dato para destacar, es el caso en el cual la persona seleccionada en el procedimiento contractual hubiera declarado algunos de los casos de conflicto.

En estos supuestos deberán aplicarse los mecanismos antes indicados, a todas las etapas del contrato. Si se omite presentar de la Declaración Jurada de Intereses, se podrá excluir al oferente del procedimiento. La falsedad en la información allí consignada será considerada falta de máxima gravedad a los fines de la aplicación de las sanciones correspondientes.

Este decreto fue reglamentado por la Resolución 11-E/2017 de la Secretaría de Ética Pública, Transparencia, Lucha contra la Corrupción, que aprobó el formato de la declaración jurada de intereses y aprobó los lineamientos para la elaboración de los mecanismos fijados en la ley, esto es pacto de integridad, testigo social, veeduría especial de organismos de control y audiencia Pública.

## Conclusión

La presencia de conflictos de intereses afecta -negativamente- a la buena Administración Pública, como principio, obligación o derecho fundamental. Tanto la propia organización estatal -no solo administrativa- como los ciudadanos resultan perjudicados por las consecuencias negativas que acarrea la configuración de aquella.

Sin embargo, una mirada objetiva del tema nos obliga a reconocer que no estamos ante desconocidos supuestos de comportamientos irregulares por parte de los servidores públicos, en realidad las formas que actualmente adquieren la falta de ética, de probidad, de imparcialidad o de transparencia se han ido “perfeccionando”, y formando verdaderos cotos de ocultamiento, con diseños resistentes al control y el castigo.

Por ello, es posible confirmar la necesidad de implementar **políticas públicas efectivas** destinadas a prevenir, solucionar y en su caso sancionar los conflictos de intereses, que no se limiten al dictado de normas legales pues resulta imprescindible contemplar diversas herramientas eficiente, por ejemplo: cobertura de cargos basados en la idoneidad, evitando los clientelismos políticos o empresariales que impiden un desarrollo objetivo e imparcial de la función pública; aplicación de sistemas de motivación de los servidores públicos (por ejemplo, facilitando desde su capacitación) con ambientes de trabajo alejados de la hostilidad y de métodos que afectan el ámbito laboral; sistemas de información interna en la organización pública que prevengan a los funcionarios sobre tales situaciones; implementación de métodos de evaluación de la gestión con la debida ponderación de la importancia de los controles internos para detectar “a tiempo” los conflictos de intereses, evaluar sus consecuencias y, finalmente, -también oportunamente- sancionar a los responsables.

En definitiva, no existen modelos perfectos ni soluciones completas, pero un análisis integral de la función pública permite que la letra de la ley no constituya una utopía.

## BIBLIOGRAFIA

- BIELSA, RAFAEL (1960), *La función pública*, Depalma, Buenos Aires, pp. 23.
- CASSAGNE Juan Carlos (2015) *Los grandes principios del derecho público*, La Ley, Buenos Aires, pp.40-56
- COMADIRA Julio Rodolfo (2002), “La regulación jurídica de la ética pública”, en Revista de Derecho Público 2002-2: La emergencia económica, segunda parte, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, pp. 598 y ss.
- DELPIAZZO CARLOS (2005) “Ética en la Función pública”, en *Ética y Función Pública*, Ponencias Internacional de Derecho Administrativo y Público, Asociación Iberoamericana de Profesionales en derecho público y administrativo Capítulo Ecuador, Ecuador, pp. 10/21.
- FAYT, Carlos S., “Fundamentos de la ética judicial”, en Suplemento Actualidad del Diario La Ley Año LXX N° 132 del día martes 11 de julio de 2006, Buenos Aires, p. 2.
- GELLI María Angélica (2008), *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, 4ta. Edición ampliada y actualizada, T.I, La Ley, Buenos Aires, p. 513.
- GELLI María Angélica (2016) Prólogo a El Consejo de la Magistratura –abordaje crítico y sistémico desde diversas perspectivas, Jusbaire, Buenos Aires, pp. 17-27.
- GONZALEZ PEREZ Jesús (2000), *La ética en la administración pública*, 2ª edición, Civitas, Madrid, pp. 40-47

- GORDILLO Agustín (2011) *Tratado de derecho administrativo*, 10º edición, Fundación Derecho Administrativo T. 3, Buenos Aires, pp. IX-27 y ss.
- GUTIERREZ COLANTUONO Pablo (2010), “Derecho administrativo, constitución y derechos humanos”, en *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Año 10-Nº 40, abril-junio/10, Paraná, Brasil, pp.239-250
- IVANEGA Mirian M. (2016) *Control Público*, Astrea, Buenos Aires, Cap. I y II.
- IVANEGA Mirian M. “La administración pública del siglo XXI: entre la utopía y la realidad”, *La Ley* 2011-B, 676
- IVANEGA Mirian M. (2009) *Las relaciones de empleo público*, La Ley, Buenos Aires, Cap.I.
- MAIRAL Héctor A. (2007), *Las raíces legales de la corrupción*, Cuadernos Res Pública Argentina, Ediciones RAP, Buenos Aires, pp.18 y ss.
- NIELSEN, Federico (2005) “Incompatibilidades de los funcionarios públicos” en *Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público*, RAP, Buenos Aires, pp. 785- 822.
- RODRIGUEZ ARANA MUÑOZ Jaime, (2014) “Caracterización constitucional de la ética pública (especial referencia al marco constitucional español)” en *Revista de Investigaciones Constitucionales*, Vol. 1, Nº. 1, Curitiba-Brasil, pp. 67-80.
- RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime (1993) *Principios de ética pública –corrupción o servicio-*, Montecorvo, Madrid, pp. 24/25.
- ZIN Máximo (1986), *Incompatibilidades de Funcionarios y Empleados Públicos*, Ed. Depalma, Buenos Aires, pp. 8 y ss.
- Código Penal comentado y anotado, Director André J. D’Alessio, La Ley, Buenos Aires, 2004, pp 794-802.

<https://www.oecd.org/gov/ethics/OCDE-Recomendacion-sobre-Contratacion-Publica-ES.pdf>

<https://www.transparency.org>

## **RESEÑA BIOGRÁFICA**

Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Magister en Derecho Administrativo. Profesora de grado y postgrado en universidades públicas y privadas del país y de otros países de Iberoamérica. Vicepresidenta de la Asociación Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo. Miembro Fundadora del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo, de la Asociación Internacional de Derecho Municipal y de la Confederación Internacional de Derecho Disciplinario de la que es Consejera Consultiva. Miembro honorario de asociaciones de derecho público de Brasil, Colombia, Perú, República Dominicana, México, Nicaragua, Cuba, entre otros. Autora de cientos de artículos y de nueve libros vinculados de temas de derecho público. Actualmente es la Autoridad de Aplicación de la Ley de Ética del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.