

Capítulo IV

Ética Pública y prevención de la corrupción

Delia Matilde Ferreira Rubio

1. La ética pública y la nueva administración

La transparencia como principio orientador de la labor de gobierno fue uno de los compromisos de CAMBIEMOS durante la campaña electoral. La promesa de ética y honestidad fue la respuesta a un reclamo mayoritario de la ciudadanía contra la corrupción que había marcado la gestión kirchnerista.

El cambio de administración se produjo en el marco de una prolongada crisis de confianza de la ciudadanía en las instituciones¹ que es el resultado de un cúmulo de factores, entre los cuales cabe mencionar la creciente corrupción política, la falta de transparencia en el manejo de los asuntos públicos, la insatisfacción producida por la falta de respuesta a las demandas sociales, y la exigencia de soluciones rápidas –que privilegia mecanismos de decisión ejecutiva y desvaloriza la función de los órganos deliberativos–.

La preocupación por la ética en la función pública se inscribe en una problemática que afecta, con manifestaciones específicas, a los tres poderes del Estado y a todos aquellos que ocupen alguna función pública, sin importar si el mandato es electivo o proviene de una designación; si la función es rentada o *ad-honorem*, si se trata de funcionarios de carrera o

1. Hernández; Zovatto; Fidanza (2016).

de funcionarios políticos; si hablamos de la administración central o de las empresas del Estado.

La nueva administración enfrenta el desafío de poner en acto las promesas de una gestión honesta y transparente. Para ello es indispensable trabajar en la recreación de un consenso ético entre los políticos y en la sociedad toda, el restablecimiento de reglas de conducta que restrinjan o eliminen la posibilidad de conductas corruptas, la penalización efectiva de la corrupción y la transparencia sobre los intereses y patrimonios de los gobernantes.

2. De la moral a la ley: la “juridización” de la ética pública²

La inclusión de la ética o la moral en la agenda de las democracias se orienta a la búsqueda de valores o parámetros de corrección que sirvan de orientaciones básicas para el comportamiento del hombre en la *polis*. En cada sociedad y en cada momento histórico, la conducta del hombre, en cuanto ser libre que decide, está regida por una serie de normas y principios de distinta fuerza y naturaleza obligatoria. Cada sociedad asume como propios una serie de valores a los que considera como base de la convivencia civilizada. El hombre está sujeto, así, a los usos y costumbres sociales y a las leyes y reglamentos que emanan del Estado, pero también se siente obligado por algunas normas que no se imponen coactivamente, que no son coercibles.

Actuar con honestidad y rectitud es una norma moral que, más allá de los cambios históricos de su contenido material, obliga al hombre no porque un poder estatal haya dictado una ley, ni porque haya unos jueces o una policía que la harán cumplir. Nos sentimos obligados por aquellas normas morales en tanto las percibimos como nuestro deber. La validez de la norma no depende de una autoridad externa que la dicta y la aplica, sino que su valor intrínseco. Esta es la autonomía que caracteriza a las normas morales. Como sostiene Nino, la idea de autonomía de las normas morales “consiste en que ellas no son aceptadas por un cálculo de las consecuencias

2. Ferreira Rubio (2001).

de su adopción o rechazo, (...) ellas son aceptadas por su validez intrínseca y no por circunstancias que hacen a quién y cómo las prescribió”.³

Tradicionalmente se distingue a la Moral del Derecho por ser éste último un orden normativo heterónimo y coercible, al tiempo que la moral es un orden autónomo y no coercible. La autonomía propia de la norma moral significa que sólo obliga en la medida en que el sujeto la considera obligatoria y vinculante. La obligatoriedad no tiene origen en una autoridad externa que impone el cumplimiento de la norma con independencia de la voluntad de cada sujeto. Por otra parte, y como consecuencia de lo anterior, la norma moral no es coercible, es decir que no se puede imponer su cumplimiento forzado.

En la actualidad asistimos a una “*juridización*” de la ética pública. Ante el creciente y expandido fenómeno de la corrupción política en todos los ámbitos de la vida pública se recurre a crear “oficinas de ética” y sancionar “códigos de ética” que, en rigor, lo que hacen es dotar a normas propias del ámbito de la moral de la fuerza obligatoria y coercible que caracteriza a las normas jurídicas.

Este fenómeno de *juridización* es la respuesta al reclamo social de mayor transparencia y honestidad en la actividad pública. Cuando las sociedades quieren reforzar la eficacia de los mandatos morales, les otorgan el carácter de normas jurídicas para permitir que una autoridad imponga su cumplimiento o sancione jurídicamente su incumplimiento. Así, lo que hasta hace cincuenta años figuraba en los libros de texto de Instrucción Cívica como “virtudes” republicanas, se incorpora ahora a leyes y decretos que describen los deberes “éticos” de los funcionarios y prevén sanciones para las conductas “no éticas”, que en realidad se imponen y persiguen como violatorias de normas jurídicas.

El proceso de *juridización* de la ética pública comprende dos tipos de normas jurídicas. Unas apuntan a la prevención de la corrupción a través del establecimiento de reglas y estándares de conducta y la creación de organismos para la interpretación, aplicación y control de su cumplimiento. Otras normas, en cambio, apuntan a la penalización de conductas

3. Nino (1992: 209).

corruptas como el cohecho, el peculado, la malversación de fondos, la dádiva o el enriquecimiento ilícito.⁴

Cronológicamente, las normas de penalización son anteriores a las de prevención. Probablemente esto se deba a que las sociedades confiaron durante mucho tiempo en lo que algunos autores llaman “consensos éticos fundamentales”.⁵ Si este consenso existía, sólo era necesario criminalizar las conductas violatorias, pero no era necesario repetir en normas jurídicas reglas elementales que hacen a la concepción de la función pública como un servicio para el bienestar general y no una fuente de prebendas, privilegios y réditos para quien ejerce un cargo.

La diferencia entre las dos facetas de la *juridización* está claramente marcada en la Convención Interamericana contra la Corrupción aprobada el 29 de marzo de 1996 e incorporada al ordenamiento jurídico argentino por Ley N° 24759/96. El Artículo III de la Convención contiene un catálogo de medidas preventivas de la corrupción, entre las que se destacan las relacionadas con:

- > Los estándares de conducta, especialmente en relación a la correcta utilización de los recursos públicos a disposición del funcionario;
- > La exigencia de declaraciones patrimoniales de los funcionarios y su publicidad;
- > La prevención de conflictos de interés;
- > Los mecanismos para el efectivo cumplimiento de las normas anteriores.

En cuanto a la faceta de penalización o criminalización,⁶ la Convención Interamericana contra la Corrupción (Artículos VI, VII, VIII,

4. Cf. Díez Picazo (1996).

5. Cf. Küng (2000) y Etzioni (1999).

6. Cf. Überhofen (1997).

IX y XI) obliga a los Estados-parte a tipificar como delitos, en sus respectivos ordenamientos internos, los siguientes actos de corrupción:

- > “El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones”;⁷
- > El ofrecimiento de esas dádivas o favores;
- > El ofrecimiento de esas dádivas o favores a funcionarios de otro Estado;
- > “La realización por parte de un funcionario público de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero”;⁸
- > El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de esos ilícitos;
- > “El incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones que no pueda ser razonablemente justificado por él”;⁹
- > El aprovechamiento indebido en beneficio propio de información reservada o privilegiada;
- > El uso o aprovechamiento indebido en beneficio propio de bienes del Estado.

7. Convención Interamericana contra la Corrupción, Artículo VI, inciso 1 a.

8. *Ídem*, inciso 1 c.

9. Artículo IX.

Siguiendo estos lineamientos, en Argentina la Ley N° 25188 de Ética Pública, sancionada en 1999, reguló los aspectos preventivos y modificó el Código Penal en lo que se refiere a la criminalización de conductas reñidas con la ética pública. La Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003 –incorporada al derecho argentino por Ley N° 26097/06– contempla también la faceta preventiva (Capítulo II) y la de criminalización (Capítulo III) de las conductas reñidas con la ética pública.

Si lo que la sociedad busca es la efectiva vigencia de la ética en la vida pública, no basta la sanción de normas jurídicas que impongan su cumplimiento y hagan exigibles dichas conductas. Es menester crear mecanismos efectivos de aplicación y control, cuya existencia contribuye a aumentar los riesgos y costos de los actos ilegítimos o corruptos. La independencia de la Justicia será fundamental, en este aspecto, para la efectiva aplicación de las normas penales a las que nos hemos referido. En cuanto a la faz preventiva, será menester la creación de organismos independientes y con autoridad y medios suficientes como para exigir el cumplimiento de las reglas y estándares de conducta establecidos por los códigos de ética pública. Es imprescindible que el control no esté en manos de los controlados, ni de sus subordinados y dependientes.¹⁰

La sola imposición de reglas y controles no puede subsanar en su totalidad los efectos de la ausencia de un consenso ético básico. La *juridización* de los deberes éticos funciona como paliativo a la carencia de ese consenso. A nuestro juicio, el camino normativo es sólo una parte de la reacción necesaria. La solución legal puede contribuir a generar los incentivos para un actuar correcto, o hacer más costoso el comportamiento corrupto, pero no soluciona definitivamente el problema. Resulta indispensable que la sociedad recomponga un consenso ético fundamental que sirva de sustento sólido a la conducta de los actores del proceso político. En esta área la tarea es más ardua aún, ya que supone un programa a largo plazo que combine educación, ejemplo y compromiso. “Ningún conjunto de reglas puede obligar eficazmente a aquellos que no están dispuestos a observarlas, del mismo modo que las reglas jurídicas no pueden prever todas las eventualidades que pueden surgir o ser desarrolladas por el ingenio del

10. TI (2013).

hombre. (...) El éxito del código de conducta depende en última instancia de la integridad y buena fe de aquellos a quienes se aplica”.¹¹

La participación de la ciudadanía resulta clave en este programa de eliminación de la corrupción. En consonancia con esta idea, la Convención Interamericana contra la Corrupción menciona, entre las medidas preventivas, las “destinadas a crear, mantener y fortalecer (...) mecanismos para estimular la participación de la sociedad civil y de las organizaciones no gubernamentales en los esfuerzos destinados a prevenir la corrupción”.¹² La posibilidad de un control efectivo por parte de la sociedad está íntimamente ligada a un aumento de la transparencia de la vida pública. “El político democrático (...) debe ser visible en cada instante”.¹³

3. El eje preventivo

En este artículo nos centramos en el enfoque preventivo que se orienta principalmente a fijar estándares obligatorios de conducta que evitan situaciones favorables a la corrupción y aumentan el costo político de las conductas corruptas. Nos ocuparemos de tres áreas centrales en la materia: a) los estándares de conducta, b) las declaraciones patrimoniales y c) los conflictos de interés.

3.1. Los estándares de conducta

Cuando existe un consenso ético básico en la sociedad, ni siquiera es necesario formular por escrito los principios fundamentales de actuación porque ellos están claros en el campo de los valores aceptados. Cuando ese consenso ético desaparece es menester formular clara y explícitamente los principios elementales y muchas veces, es menester desarrollar en detalle las normas que de ellos se derivan.

La *juridización* de los deberes éticos funciona como paliativo a la carencia de un consenso social básico sobre lo que está bien y lo que está

11. *Code of conduct in regard to financial interests*, adoptado por el Parlamento de Sudáfrica el 21 de mayo de 1996, punto I.1.4.

12. CICC, Artículo III, 11. En igual sentido, *Cf.* CNUCC, Artículo 13.

13. Bobbio (1985).

mal. Simple en su enunciación, es un problema complejo de resolver. Así lo expresó la Comisión Nolan en el Reino Unido: “las reglas acerca de qué es correcto y qué no lo es, derivadas de las resoluciones de la Cámara de tiempo en tiempo, no están recopiladas y accesibles a los Miembros del Parlamento, (...) los nuevos parlamentarios no reciben ningún tipo de programa de entrenamiento o instrucción que les informe sobre su función constitucional y los estándares de conducta que de ellos se esperan”.¹⁴ En síntesis, algunos parlamentarios no sabían qué es correcto y qué incorrecto.

¿Cuáles son los principios básicos de la ética pública? La Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción menciona los siguientes principios: el imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos públicos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas.¹⁵ Un estudio realizado entre los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) buscó determinar cuáles eran los principios vigentes, ya sea que estuvieran recogidos en normas jurídicas o se mantuvieran en el ámbito de los valores. Los ocho principios básicos de ética pública más mencionados por los estándares de conducta de los países de la OCDE son: imparcialidad (veinticuatro países); legalidad (veintidós países); integridad (dieciocho países); transparencia y eficiencia (catorce países); igualdad y responsabilidad (once países) y justicia (diez países).¹⁶

La Comisión Nolan, en Gran Bretaña, formuló siete principios básicos de ética pública. El contenido de esos principios básicos fue expresamente definido para evitar problemas de interpretación:¹⁷

- a) “Neutralidad. Los funcionarios públicos deben tomar decisiones sólo en función del interés público. No deben hacerlo con vistas a obtener beneficios financieros o de otro tipo para ellos, su familia o sus amigos.

14. Oliver (1995: 592).

15. CNUCC, Artículo 5.

16. OCDE (2000).

17. Citados por Oliver (1995: 593). La traducción es nuestra.

- b) Integridad. Los funcionarios públicos no deben colocarse en relación de obligación financiera o de otro tipo respecto de individuos u organizaciones ajenos a la función, que puedan influir sobre ellos en el cumplimiento de sus deberes oficiales.
- c) Objetividad. Al desarrollar negocios públicos, incluida la realización de nombramientos, concesión de contratos o recomendación de individuos para recibir recompensas y beneficios, los funcionarios públicos deben hacer su elección en función del mérito.
- d) Responsabilidad. Los funcionarios públicos son responsables ante el público por sus decisiones y acciones y deben someterse a cualquier auditoría o investigación apropiada a su cargo.
- e) Transparencia. Los funcionarios públicos deben ser lo más transparentes posible acerca de todas sus decisiones y acciones. Deben dar fundamentos de sus decisiones y restringir la información sólo cuando así lo demande un interés público superior.
- f) Honestidad. Los funcionarios públicos tienen el deber de declarar cualquier interés privado relacionado con sus deberes públicos y tomar medidas para resolver cualquier conflicto que pueda surgir, de modo de proteger el interés público.
- g) Liderazgo. Los funcionarios públicos deben promover y apoyar estos principios a través del liderazgo y el ejemplo.”

En Argentina, la Ley N° 25188/99 establece una serie de principios básicos de actuación: legalidad, honestidad, probidad, rectitud, buena fe, austeridad republicana, gestión de bienes, servicios e información orientada al bien común, transparencia, publicidad, igualdad, concurrencia y razonabilidad.¹⁸

Entre los deberes básicos de los funcionarios, la dicha ley establece la prohibición de recibir beneficios personales por su actuación. Esta

18. Artículo 2.

prohibición está reforzada por el Artículo 18 que regula el régimen de los regalos. La norma dispone que los funcionarios públicos no podrán recibir regalos, obsequios o donaciones (ya se trata de bienes, servicios o beneficios) por el desempeño de sus funciones. Para el caso de los regalos diplomáticos y de cortesía, se prevé la creación de un registro y la determinación por vía reglamentaria de qué regalos deberán incorporarse al patrimonio público.

En noviembre de 2016, el gobierno reguló el régimen de regalos para los funcionarios a través del Decreto N° 1179/16. Se crearon dos registros, uno para los obsequios y otro para los viajes financiados por terceros. Ambos registros funcionarán en la Oficina Anticorrupción y podrán ser consultados en Internet (tanto en la página web de la Oficina Anticorrupción, como en el Portal de Datos Abiertos del gobierno). La Oficina Anticorrupción anunciaba que la información estaría disponible a partir de febrero de 2017.

Otros de los deberes básicos de conducta de los funcionarios públicos tienen que ver con la prohibición de utilizar para beneficio personal bienes, servicios o información a los que acceden en su carácter de funcionarios.¹⁹ Se busca así reforzar la diferenciación entre el interés general al que debe estar orientado el servidor público y sus intereses particulares. Lamentablemente Argentina fue testigo en la última década del abuso de los bienes del Estado y su utilización como patrimonio personal de los funcionarios o como recursos del partido político en el poder.

Aunque no figura en los listados de principios éticos, creemos que la idoneidad para el ejercicio del cargo es también un deber del funcionario. ¿Es ético aceptar un cargo a sabiendas de que no se tiene la capacidad, preparación y experiencia necesarias? Creemos que no. Lamentablemente con frecuencia escuchamos a funcionarios que asumen reconociendo que no saben nada del tema pero afirman que están dispuestos a aprender. A la función pública hay que llegar “aprendidos”. Hay que tener presente que la Constitución Nacional –defendiendo la igualdad ante la ley– establece que la idoneidad es la única condición para el acceso a los empleos.²⁰

19. Ley N° 25188/99, Artículo 2, incisos f y g.

20. Artículo 16.

3.2. La transparencia del patrimonio de los funcionarios

Estrechamente vinculada con el tema anterior, la transparencia o apertura informativa sobre la situación patrimonial de los funcionarios públicos genera incentivos para rechazar los intentos de “compra” de decisiones. El principio de la transparencia está en la base de todas las soluciones propuestas para evitar o atenuar la corrupción en la vida política. La transparencia aumenta el riesgo y el costo que deben afrontar quienes se ven involucrados en conductas corruptas, disminuyendo las oportunidades para la colonización de las instituciones por parte de intereses particulares o sectoriales.

Por lo general, las declaraciones juradas se presentan al ingreso y egreso de la función y se actualizan periódicamente. En el Derecho Comparado las normas exigen que estas declaraciones juradas de patrimonio e intereses incluyan la siguiente información:

- a) El origen, tipo y monto o valor de cualquier ingreso diverso de la remuneración que recibe en función de su cargo.
- b) El origen, fecha y monto de los honorarios recibidos en el último año calendario.
- c) El origen y tipo de ingreso consistente en dividendos, rentas, intereses, distribución de ganancias recibidas en el último año calendario.
- d) La fuente y una breve descripción de cualquier regalo o provisión gratuita de transporte, alojamiento, comida o entretenimiento siempre que superen un monto determinado.
- e) El origen y descripción de cualquier reembolso de gastos que hubiera recibido.
- f) El tipo y valor de cualquier participación en la propiedad de un negocio o inversión.
- g) Las deudas que tenga contraídas con personas diversas de un familiar.
- h) Los créditos garantizados con hipoteca o prenda.

- i) La fecha y valor de cualquier compra, venta o permuta de propiedad inmueble, bienes registrables, artículos suntuarios, acciones, bonos, intereses en operaciones a futuro.
- j) En caso de funcionarios *part time*, todo cargo que desempeña como ejecutivo, director, fiduciario, socio, propietario, representante, empleado o consultor de cualquier corporación, compañía, firma, sociedad, organización sin fines de lucro, sindicato u organización educacional. Y, para todos los casos, esta misma información correspondiente a un período de tiempo anterior al ejercicio de la función.
- k) Fecha, partes y descripción de cualquier acuerdo celebrado con relación a: i) un futuro empleo; ii) una licencia laboral durante el período que dure su cargo o función pública; iii) la continuación del pago de una retribución por un empleador anterior; iv) la permanencia en un sistema de seguridad social costado por el anterior empleador.

En Argentina, las declaraciones juradas ponen más acento en el aspecto económico, que en el de los intereses. La Ley N° 25188/99 exigía que la declaración jurada incluyera: bienes inmuebles y sus mejoras, bienes registrables (automotores, aviones, caballos pura sangre de carrera), bienes muebles (en bloque, salvo que superaran cierto valor caso en el cual la declaración debía individualizarlos; es el caso de las obras de arte, joyas, etc.), monto de depósitos bancarios, créditos y deudas hipotecarias y prendarias. Para los bienes muebles e inmuebles la declaración debía indicar individualizadamente fecha y valor de adquisición y procedencia de los fondos correspondientes.

El contenido de las declaraciones fue modificado por la Ley N° 26587, en 2013. Como Poder Ciudadano²¹ dejó en claro, la modificación implicó una disminución en cuanto a la cantidad y calidad de los datos contenidos en la declaración ya que a partir de entonces la declaración es igual a la que los funcionarios presentan ante la Administración Federal de

21. Poder Ciudadano (2014).

Ingresos Públicos (AFIP) para el pago de los impuestos a las Ganancias y Bienes Personales, cuyo contenido es menos detallado de lo que exigía la Ley N° 25188/99. “El problema radica en que ahora únicamente tendremos acceso a un formulario que muestra el monto total de cada categoría, pero que no refleja cómo se encuentra compuesta la misma. Esto representa un grave retroceso pues a partir de la modificación de la normativa, la ciudadana tiene menos acceso para ejercer un control adecuado de la evolución patrimonial de los funcionarios públicos, como así también de sus cónyuges e hijos menores, y de evaluar posibles incompatibilidades y conflictos de intereses”.²²

En cuanto al tramo de los intereses –que es fundamental en tema de conflictos de interés– la ley argentina exige la declaración del capital invertido en acciones y títulos valores, así como los ingresos y egresos provenientes de otras fuentes (actividad laboral, profesional, jubilaciones y pensiones).²³ Para el caso de los funcionarios no electivos, se exigía la inclusión de los antecedentes laborales, pero al adoptarse el modelo de declaración jurada impositiva, a través de la modificación introducida por la Ley N° 26587/13, este dato ya no será accesible.²⁴

La Ley N° 26587/13 dispone también que los candidatos a cargos públicos electivos nacionales deben presentar sus declaraciones juradas con las mismas características y condiciones que los funcionarios.²⁵

En la mayoría de las legislaciones, la obligación de declarar intereses y bienes alcanza no sólo al funcionario, sino también a su cónyuge, pareja conviviente y a los hijos menores de edad o dependientes de sus padres. La extensión de esta obligación a personas distintas del funcionario apunta a evitar que aquéllas actúen como “pantallas” para ocultar intereses o bienes del funcionario. La Ley N° 25188/99 establece que la declaración patrimonial debe incluir los bienes propios del cónyuge, del conviviente y de los hijos menores. La información sobre el patrimonio del cónyuge o conviviente y de los hijos menores, sin embargo, formará parte de un anexo reservado.

22. Poder Ciudadano (2014b).

23. Ley N° 25188/99, Artículo 12.

24. Poder Ciudadano (2014).

25. Artículo 3.

La Ley N° 26857/13 reguló la publicidad de las declaraciones juradas de los funcionarios, modificando parcialmente la Ley de Ética Pública. Las declaraciones juradas patrimoniales integrales son de “carácter público y libre accesibilidad y podrán ser consultadas por toda persona interesada en forma gratuita”.²⁶ Las declaraciones juradas son publicadas en la página web de la Oficina Anticorrupción que además facilita el acceso a las declaraciones juradas a través formularios online.²⁷ En el Portal de Datos Abiertos del gobierno se han cargado durante 2016 las declaraciones correspondientes a los años 2014 y 2015.²⁸

La publicidad de las declaraciones es fundamental para el logro de una mayor transparencia y la posibilidad de control por parte de la ciudadanía, especialmente a través de los medios. Pero la exigencia de esas declaraciones plantea a su vez un conflicto de interés que exige una solución: el conflicto entre el interés público en la transparencia y el derecho del declarante a la reserva de su vida privada.²⁹ Para conciliar transparencia y privacidad, las leyes establecen límites y prohibiciones respecto al uso que puede hacerse de los datos contenidos en las declaraciones. Así, por ejemplo, se prohíbe la utilización con fines comerciales de los datos obtenidos, dejando a salvo la utilización que de ellos hacen los medios de comunicación. Tampoco podrán utilizarse estos datos para establecer los antecedentes y clasificación crediticia del funcionario, ni para solicitar contribuciones con fines políticos o de caridad. Similares restricciones establece el Artículo 11 de la Ley N° 25188/99, para el caso argentino.

3.3. Los conflictos de interés

En cualquier contexto de toma de decisión una persona puede estar sometida a un conflicto de intereses. Los funcionarios públicos no son la excepción, de allí la importancia que las leyes sobre ética pública asignan a cuestiones como los conflictos de interés y las incompatibilidades.

26. Artículo 1.

27. <https://www.argentina.gob.ar/declaracionesjuradasdefuncionarios>

28. <http://www.datos.gob.ar/dataset/declaraciones-juradas-patrimoniales-integrales>.

29. Cf. Ferreira Rubio (1981).

Al adoptar decisiones, el funcionario público debe hacerlo teniendo en cuenta el interés general de la sociedad –por más abstracta que parezca la fórmula–. ¿Qué sucede si la solución que debe adoptar choca con su interés personal o el de personas o grupos afines? La obligación del funcionario es resolver a favor del bienestar general. Así lo dispone expresamente la Ley N° 25188/99 que menciona entre los deberes de los funcionarios públicos el de “velar en todos sus actos por los intereses del Estado, orientados a la satisfacción del bienestar general, privilegiando de esa manera el interés público sobre el particular”.³⁰

Frente al problema del conflicto de intereses las normas sobre ética pública adoptan alguna de las siguientes opciones:

- > Evitar *ab initio* el problema estableciendo una serie de incompatibilidades o prohibiciones para acceder a determinado cargo o posición.
- > Requerir la declaración de intereses y;
- > Exigir que el funcionario elimine el conflicto (se desligue del interés en forma total y definitiva o en forma temporal mientras permanezca en la función, por ejemplo, a través de un fideicomiso ciego).
- > Exigir la excusación del funcionario de toda decisión que potencialmente entre en conflicto con sus intereses particulares.
- > Transparentar la declaración y los potenciales conflictos de interés para incentivar el control de la ciudadanía como motor de la responsabilidad política, aumentando los costos políticos de una decisión influenciada claramente por ese interés particular en conflicto.

Tradicionalmente las leyes regulan las incompatibilidades de los funcionarios públicos, especialmente desde la óptica política o funcional, optando por una solución que impone una barrera de entrada a quienes presentan potenciales conflictos de interés. La Ley de Ética Pública en

30. Artículo 2 inciso c.

Argentina establece que “es incompatible con el ejercicio de la función pública: 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 del organismo del Estado en el que desempeñe sus funciones.³¹

Además de la que podríamos llamar incompatibilidad concomitante, la normativa suele recurrir a establecer “períodos de carencia” o “enfriamiento” para evitar el fenómeno que se conoce como “puerta giratoria” que consiste en el paso sin solución de continuidad del sector público al privado o viceversa, en el mismo sector de actividad.³² Cualquiera sea la dirección de la puerta giratoria genera beneficios –empresariales e individuales– para el sector privado. El protagonista del movimiento capitaliza sus conocimientos, experiencia y contactos cuando pasa al sector privado lo que puede reflejarse en el monto de sus ingresos. Si se incorpora a una empresa, ésta también puede ganar influencia, acceso y ventajas. Cuando el tránsito es del sector privado al público se acrecienta el conflicto de interés ya que el protagonista del movimiento puede utilizar su nueva posición para beneficiar a la empresa o sector del que proviene. “Las firmas conectadas a través de puertas giratorias pueden obtener ventajas indebidas influenciando legal e ilegalmente la formulación, adopción e implementación de leyes, regulaciones y políticas públicas”.³³

La legislación argentina contempla una hipótesis de este tipo al establecer que aquellos funcionarios que hayan decidido sobre “planificación, desarrollo y concreción de privatizaciones y concesiones de empresas o servicios públicos” no pueden actuar en los organismos reguladores de tales privatizaciones o concesiones sino hasta tres años transcurridos desde

31. Ley N° 25188/99, Artículo 13.

32. Brezis, Cariolle (2014: 10).

33. *Ídem*.

la adjudicación correspondiente.³⁴ Se trata, pues de un “período de enfriamiento de acceso” a la función.

La actual administración ha incorporado al plantel de funcionarios a muchas personas provenientes del sector privado, lo que ha generado algunos planteos por no haber existido en muchos casos un “período de enfriamiento”. Sin embargo, como las normas prohibitivas y de excepción son de interpretación restrictiva, si la ley no prevé expresamente una restricción al respecto, el tránsito del sector privado al público puede ser inmediato. Una cuestión que –pensamos– debería ser contemplada en una futura reforma.

Las normas que, en la actualidad, incorporan los códigos de ética pública apuntan a identificar preventivamente los posibles conflictos, con el objetivo de determinar una zona de peligro y establecer las alarmas que se activarán oportunamente en caso de que el conflicto deje de ser potencial y se transforme en actual. Los códigos de ética establecen la obligación de los funcionarios de resolver cualquier posible conflicto de interés o –en última instancia– la obligación de abstenerse de participar en la decisión de aquellas cuestiones en las que su personal interés está en colisión con el interés general y, en consecuencia, ha desaparecido su independencia de criterio y se ve afectada la neutralidad de su conducta.

En este sentido, la ley argentina establece que, si se configuran las causales de incompatibilidad, la persona deberá: 1) renunciar a las actividades o situaciones incompatibles antes de asumir el cargo, y 2) “abstenerse de tomar intervención, durante su gestión, en cuestiones particularmente relacionadas con las personas o asuntos a los cuales estuvo vinculado en los tres últimos años” o a aquellos en los que tenga participación societaria.³⁵

En cuanto al deber de abstención hay dos cuestiones a tener en cuenta. La intervención que está vedada se refiere tanto a la participación formal (firmar decretos, resoluciones, etc.) como a la intervención informal en el proceso de toma de decisiones (reuniones previas, acuerdos, debates). Por otra parte, la decisión debe trasladarse a un funcionario independiente de

34. Ley N° 25188/99, Artículo 14.

35. Ley N° 25188/99, Artículo 15.

aquel que tiene el conflicto de interés. Trasladar la decisión a un subordinado es una forma de disimular el problema, no de resolverlo.

La Oficina Anticorrupción fue consultada y elaboró una serie de resoluciones sobre conflictos de interés en relación al equipo de gobierno de la nueva administración.³⁶ Entre ellos, uno de los que tuvo mayor repercusión pública fue el que afectó al Ministro de Energía y Minería, Ing. Juan José Aranguren, por ser titular de acciones de la empresa Royal Dutch Shell y por haber sido CEO de la Empresa Shell en Argentina. En ese caso, la Oficina Anticorrupción recomendó al Ministro que se desprendiera de sus acciones o estableciera algún mecanismo como el fideicomiso ciego y le comunicó que debía abstenerse de tomar decisiones relacionadas con el grupo empresario Shell.³⁷ El Ministro Aranguren vendió sus acciones.³⁸

Una forma que puede usar el funcionario para desprenderse de sus intereses en forma temporaria mientras esté en el ejercicio de la función es recurrir al fideicomiso ciego. Se trata de un formato jurídico que asigna la administración de los bienes o intereses a una persona física o jurídica distinta e independiente del funcionario (fideicomisario) quien actuará según su criterio profesional como buen administrador, sin consultar ni informar al funcionario sobre las decisiones que adopte. Si verdaderamente se mantiene la independencia del fideicomisario y el bloqueo de información al funcionario (fideicomitente), éste último tomará decisiones en vistas del bien general sin tomar en cuenta la repercusión de sus decisiones en sus propios intereses, ya que no sabrá cuál es la situación de los mismos, ni el grado de compromiso que sus decisiones implican para sus propios intereses.

A pesar de que la ley argentina no prevé esta obligación para los funcionarios, el Presidente Macri decidió voluntariamente crear un fideicomiso ciego con relación a algunos de sus bienes que durará hasta seis meses después de terminado su mandato.³⁹

36. Las resoluciones pueden consultarse en la página de la Oficina Anticorrupción, en el siguiente link: http://archivo.anticorrupcion.gob.ar/politicas_03.asp

37. OA (2016).

38. Jastreblansky (2016).

39. Cf. *La Nación* (2016) y Fioriti (2016).

4. Palabras finales

El problema de la ética pública debe ser abordado con especial atención a las características particulares de cada país, no sólo en lo referido al diseño institucional, sino también al sistema económico y a las tradiciones culturales de la sociedad. Las normas y soluciones pensadas para un país, pueden no ser razonables ni efectivas en otros.

En sociedades anómicas no bastará el dictado de códigos de ética o la creación de oficinas de ética si no van acompañados del compromiso de la clase dirigente y la voluntad política necesaria para garantizar su efectiva implementación. En este contexto el compromiso de la sociedad civil deberá ser mucho más militante que en aquellas sociedades en que la norma conserva un valor directivo de la conducta.

Argentina ha experimentado en los últimos años un serio deterioro ético, principalmente pero no sólo en el sector público. La reconstrucción de la confianza de la ciudadanía en las instituciones requiere un compromiso efectivo de acción. No basta ya con el discurso políticamente correcto.

La tarea de reconstrucción de los consensos valorativos básicos requiere el compromiso del conjunto de los actores sociales, del ejemplo de los dirigentes y de la participación activa de la población.

Bibliografía

- Bobbio, Norberto; Pontara, Giuliano; Veca, Salvatore: *Crisis de la democracia*, Barcelona, Ariel, 1985.
- Brezis, Elise; Cariolle, Joël: “The Revolving Door Indicator: Estimating the distortionary power of the revolving door”, U4 Brief, Nov 2014:10, disponible en: <http://www.u4.no/publications/the-revolving-door-indicator-estimating-the-distortionary-power-of-the-revolving-door/>
- Diez Picazo, Luis: *La criminalidad de los gobernantes*, Barcelona, Crítica, 1996.
- Etzioni, Amitai: *La nueva regla de oro. Comunidad y moralidad en una sociedad democrática*, Barcelona, Paidós, 1999.
- Ferreira Rubio, Delia: “Marco teórico y análisis comparado”, en Rodríguez Chang, Ronny: *Ética Parlamentaria en Centroamérica y República Dominicana*, Primera y Tercera Parte, Costa Rica, IIDH, 2001.

—*El derecho a la intimidad*, Buenos Aires, Editorial Universidad SRL, 1981.

Fioriti, Santiago: “En el fideicomiso, Macri puso \$44 millones: casi la mitad de sus bienes”, *Diario Clarín*, 26 de junio, 2016, disponible en: http://www.clarin.com/politica/fideicomiso-macri-millones-mitad-bienes_o_H1unk9nS.html

Hernández, Antonio; Zovatto, Daniel; Fianza, Eduardo.: *Argentina: una sociedad anómica*, Buenos Aires, Eudeba, 2016.

Jastreblansky, Maia: “Aranguren vendió sus acciones en Shell para cerrar la polémica”, Buenos Aires, *Diario La Nación*, 14 de setiembre, 2016, disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1937594-aranguren-vendio-sus-acciones-en-shell-para-cerrar-la-polemica>

Küng, Hans: *Una ética mundial para la economía y la política*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000.

La Nación: “Mauricio Macri firmó el contrato para crear el fideicomiso ciego que administrará sus bienes”, Buenos Aires, *Diario La Nación*, 13 de abril, 2016, disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1888937-mauricio-macri-firmo-el-contrato-para-crear-el-fideicomiso-ciego-que-administrara-sus-bienes>

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE): “Building Public Trust. Ethics Measures in OECD Countries”, 2000, disponible en: <https://www.oecd.org/gov/ethics/48994450.pdf>

Oficina Anticorrupción (OA): Dictamen sobre Aranguren, Buenos Aires, Oficina Anticorrupción, 2016, disponible en: <http://archivo.anticorrupcion.gob.ar/documentos/aranguren.pdf>

Parliamentary Affairs (número monográfico - varios autores): *Sleaze: politics, private interests and public reaction*, Oxford University Press, Vol. 48 (1995), N° 4.

Parliamentary Affairs (número monográfico - varios autores): *Parliaments and publics*, Oxford Univ. Press, Vol. 50 (1997), N° 3.

Poder Ciudadano: "Declaraciones juradas patrimoniales integrales: Modificaciones a la ley: ¿avance o retroceso?", Buenos Aires, Poder Ciudadano, 2014, disponible en: <http://poderciudadano.org/wp-content/uploads/2014/09/Declaraciones-Juradas-2014.pdf>

—"Fuerte retroceso en el régimen de Declaraciones Juradas", Buenos Aires, Poder Ciudadano, 2014b, disponible en: <http://poderciudadano.org/retroceso-en-regimen-de-ddjj/>

Nino, Carlos: *Un país al margen de la ley*, Buenos Aires, Emecé, 1992.

Transparencia Internacional (TI): "Best Practices for Anticorruption Commissions", Anti-corruption Helpdesk, Berlin, TI, 2013, disponible en: http://www.transparency.org/files/content/corruptionqas/Best_practices_for_anti-corruption_commissions_2.pdf

Überhofen, Michael: *La corrupción en el derecho comparado*, Buenos Aires, Ciedla-KAS, 1997.