

“LA ÉTICA DEL ABOGADO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA”

Autor: José María Pacori Cari

DATOS DE IDENTIFICACIÓN DEL AUTOR

NOMBRES Y APELLIDOS : JOSÉ MARÍA PACORI CARI
DIRECCIÓN : P. J. AUGUSTO FREYRE MZ. G LT. 10 CALLE
JOSÉ GALVES 113, DISTRITO DE HUNTER, PROVINCIA DE AREQUIPA,
DEPARTAMENTO DE AREQUIPA, PAÍS PERÚ.
NÚMERO DE CELULAR (MOVIL) : 959666272
NÚMERO FIJO : 054442785
E-MAIL : corporacionhiram.servicioslegales@hotmail.com

HOJA DE VIDA

Abogado Especialista en Derecho del Trabajo, Administrativo y Seguridad Social. Tengo ESTUDIOS DE MAESTRÍA EN CIENCIAS POLÍTICAS Y DERECHO ADMINISTRATIVO en la Universidad Nacional de San Agustín. También fui EL PRIMER PUESTO EN LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN AGUSTÍN DE AREQUIPA (2004) OTORGÁNDOSE EL IV PREMIO 2005 A LA EXCELENCIA ACADÉMICA EN DERECHO “JOSÉ LEÓN BARANDIARÁN HART” por la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos. He recibido agradecimientos internacionales de la BIBLIOTECA NACIONAL DE PARAGUAY, por la Directora de la Biblioteca Nacional MLS SAYDA CABALLERO por el Libro “EL DERECHO DE HUELGA EN THE WORLD” e “INTRODUCCIÓN AL DERECHO COMUNITARIO EN LA COMUNIDAD ANDINA”, BIBLIOTECA MUNICIPAL BRIGADEIRO JORDAO DE TATUÍ (SAO PAULO – BRASIL) por el Libro “INTRODUCCIÓN AL DERECHO COMUNITARIO EN LA COMUNIDAD ANDINA”, UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÈS – BIBLIOTECA CENTRAL por los libros: “INTRODUCCIÓN AL DERECHO COMUNITARIO EN LA COMUNIDAD ANDINA”, “COMENTARIOS A LA LEY MARCO DEL EMPLEO PÚBLICO LEY 28175” y “EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL”; UNIVERSIDAD ANDINA SIMON BOLIVAR ECUADOR agradecimiento por mis Libros “Introducción al derecho comunitario en la Comunidad Andina” y “El Contrato de Trabajo en los países del UNASUR”. Obtuve el Título profesional de Abogado con la TESIS titulada “EL INCUMPLIMIENTO DE LAS SENTENCIAS QUE CONDENAN A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA AL PAGO DE SUMAS DE DINERO.”, habiendo sido aprobado por unanimidad con felicitación pública por la calidad del trabajo, sustentación y trayectoria como estudiante. Dentro de mis ponencias está la de Ponente en el evento de capacitación sobre la “Implementación de la Nueva Ley Procesal del Trabajo en el Distrito Judicial de Puno”.

Introducción

La moral administrativa y la ética administrativa

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Colombia) ha indicado que la moralidad administrativa es el conjunto de principios, valores y virtudes fundamentales aceptado por la generalidad de los individuos, que deben informar permanentemente las actuaciones del Estado, a través de sus organismos y agentes, con el fin de lograr la convivencia de sus miembros y la realización de sus asociados tanto en el plano individual como social¹

Por su parte el Manual de Auditoría Gubernamental establece que la Ética en el Sector Público “está conformada por valores morales que permiten a la persona adoptar decisiones y tener un comportamiento correcto en las actividades que le corresponde cumplir en la entidad.”² (Manual de Auditoría Gubernamental) También nuestro ordenamiento jurídico indica “Ética Pública. Desempeño de los empleados públicos basado en la observancia de valores, principios y deberes que garantizan el profesionalismo y la eficacia en el ejercicio de la función pública.” (Art. 3, Definiciones, Decreto Supremo 033-2005-PCM Reglamento de la Ley del Código de ética de la Función Pública)

De esta manera, tenemos que el Derecho Administrativo ha definido la moral y la ética desde un punto jurídico. Mientras que la moral administrativa es un conjunto de normas cuyo cumplimiento interesa a la generalidad de los individuos y que deben de observar permanentemente los empleados públicos del Estado, la ética administrativa es el conjunto de normas que permiten a un funcionario adoptar decisiones y tener un

¹ “(...) Sin embargo, y consciente de que en muchas oportunidades las definiciones no son siempre deseables porque con las palabras se imponen limitaciones artificiales a la realidad, la Sala, partiendo del fallo de la Corte Constitucional No T-503 de 1994, y acogiendo la definición de moral que en el mismo se hace, ha dado en definir **la moralidad administrativa como el conjunto de principios, valores v virtudes fundamentales aceptados por la generalidad de los individuos, que deben informar permanentemente las actuaciones del Estado, a través de sus organismos y agentes, con el fin de lograr la convivencia de sus miembros, libre, digna y respetuosa, así como la realización de sus asociados tanto en el plano individual como en su ser o dimensión social.** (...) Es de anotar que **a diferencia de lo que puede suceder con la moral en general, en el campo de la moralidad administrativa existen conductas no solo generalmente aceptadas como inmorales, sino ilegales y hasta penalmente sancionadas,** tales como el cohecho por dar u ofrecer, el tráfico de influencias y la celebración indebida de contratos. (...)” (En el Título Moralidad Administrativa, del Problema jurídico a resolver, en SENTENCIA DE ACCIÓN POPULAR, Fallo 828 de 2005 Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Fecha de expedición: Bogotá D.C., primero (1°) de diciembre de dos mil cinco (2.005), TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCION TERCERA, SUBSECCION "A", el resaltado es nuestro)

² Véase el Glosario de Términos contenido en el MANUAL DE AUDITORÍA GUBERNAMENTAL (MAGU) publicado en Separata Especial del Diario Oficial “El Peruano” el 23 de diciembre de 1998, Contraloría General de la República.

comportamiento correcto en el desarrollo de sus actividades. La moral administrativa es la conducta que esperan los ciudadanos de sus empleados públicos, la ética administrativa es la conducta idónea que debe de observar un funcionario; la moral la impone la colectividad, la ética se la impone uno mismo.

En el presente trabajo, consideramos importante la definición inicial de estas instituciones jurídicas respecto de la actuación que debe de observar el Abogado que presta servicios bajo cualquier modalidad en las Administraciones Pública del Estado Peruano, en tanto servidor público del Estado peruano el Abogado debe de observar la moral administrativa y la ética administrativa en el actuar que realiza en la Administración Pública.

El abogado como empleado público

El Artículo 4, numerales 4.1 y 4.2, de la Ley 27815 – Código de Ética de la Función Pública establece que “se considera como empleado público a todo funcionario o servidor de las entidades de la Administración Pública en cualquiera de los niveles jerárquicos sea éste nombrado, contratado, designado, de confianza o electo que desempeñe actividades o funciones en nombre del servicio del Estado. Para tal efecto, no importa el régimen jurídico de la entidad en la que se preste servicios ni el régimen laboral o de contratación al que esté sujeto.”³

De esta manera, tenemos que el Abogado será considerado empleado público independientemente del régimen laboral en el que se encuentre o de la contratación que haya celebrado. Esto significa que el abogado es considerado empleado público si se encuentra en el régimen laboral público previsto en el Decreto Legislativo 276 – Ley de Bases de la Carrera Administrativa – ya sea como nombrado, como contratado permanente o contratado temporal, con o sin concurso público. También será considerado empleado público si se encuentra en el régimen laboral privado previsto en el Decreto Legislativo 728, ya sea bajo contrato de trabajo a plazo indeterminado o bajo contrato de trabajo sujeto a modalidad o plazo fijo. También es empleado público si se encuentra en el régimen laboral de Contratación Administrativa de Servicios (CAS). También lo será si se encuentra amparado por la Ley 24041, que establece la

³ Si bien referido al ámbito penal, consideramos importante establece lo que el Código Penal (Perú) establece en su Artículo 425 “Se consideran funcionarios o servidores públicos: 1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa. 2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular. 3. Todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos. 4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares. 5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional. 6. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley.” Como se puede verificar el término de servidor público resulta amplio y extenso para el caso de establecer responsabilidad penal.

permanencia de un trabajador contratado por más de un año ininterrumpido de servicios por desnaturalización de su contratación en una contratación permanente bajo el régimen laboral del Decreto Legislativo 276. Según la contratación, se considera también empleado público al abogado que sea contratado por locación de servicios por la Administración Pública y bajo las normas del Código Civil, también lo será quien es contratado por Servicios No Personales, asimismo, si se es contratado por la Administración Pública bajo las normas del Derecho Comercial como, por ejemplo, un contrato de gerencia o mandato, también se considerará como empleado público. Lo mismo resultará si se emite una resolución de designación, se otorga un cargo de confianza a un Abogado, también será considerado empleado público. Si un Abogado es elegido para desempeñar un cargo público por voto popular también se considera empleado público.

En todos estos supuestos, el Abogado se encuentra sujeto al respeto de la moral administrativa y la ética administrativa, definiciones que no han sido tomadas en cuenta de manera directa en el Código de Ética del Abogado ni en el Código voluntario de buenas prácticas de Abogado.

Establecido que cualquier forma de prestación de servicios que realice el Abogado a favor de una administración pública es un empleo público, pasaremos a establecer que es lo que moralmente se pide que el Abogado realice en esta situación. Nótese que no nos referimos al caso en el cual el Abogado presta servicios a la administración pública, no nos referimos al caso en el cual se presta servicios para litigar en contra de la Administración Pública, caso este último en el cual no se es considerado empleado público.

La conducta inmoral que se persigue

Establecido el sustento normativo jurídico en la moral y ética administrativa y establecida que el Abogado que presta servicios al Estado es un empleado público, es importante precisar cuál es la conducta inmoral que en los hechos se prohíbe que realice.

El Cuarto Considerando del Decreto Supremo 017-85-JUS establece “Que se ha observado que algunos servidores públicos, en el ejercicio de su actividad profesional, vienen patrocinando causas en contra del Estado e incluso, en algunos casos, contra el propio Sector donde prestan sus servicios profesionales”

De esta manera, tenemos que la conducta inmoral fáctica que se pretende evitar es el Abogado que se considera empleado público no puede patrocinar procesos judiciales,

administrativos, arbitrales, conciliatorios, policiales, fiscales en contra del Estado.⁴ La inmoralidad administrativa de esta conducta halla sustento constitucional y legal.

Fundamento jurídico básico

El artículo 39 de la Constitución Política de 1993 establece lo siguiente “Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación.” Lo que implica que el Abogado en tanto empleado público está al servicio de la nación y no al servicio de sus intereses particulares o de terceros, el abogado empleado del Estado cautela el interés público no el interés particular. Es importante precisar que el Abogado como empleado público cautela el interés público, no cautela el interés del Estado (que no siempre es el interés de la Sociedad Civil en su conjunto), no cautela el interés colectivo (porque no defiende el interés de un grupo determinado de personas, por ejemplo, una Universidad Pública), no cautela el interés difuso (porque no defiende los intereses de un grupo indeterminado de personas, como los habitantes de la Región Arequipa), el Abogado cautela el interés público que es el interés de todos los habitantes del Perú, esto es un deber moral, debido a que el abogado que presta servicios en las distintas administraciones públicas del Estado peruano no defiende el interés de estas administraciones sino el interés de los ciudadanos peruanos, de allí que se indique que la República del Perú es un Estado Unitario.

Por otro lado, tenemos el Artículo 44, literal b) del TUO de la Normatividad del Servicio Civil – Decreto Supremo 007-2010-PCM (Publicada el 14-01-2010) que establece “Todo empleado público está al servicio de la Nación, en tal razón tiene el deber de: (...) b) Supeditar el interés particular al interés común y a los deberes y obligaciones del servicio.” Esta norma incluso también halla sustento en la Ley 30057 – Ley del Servicio Civil – (Publicada el 03-07-2013) que en su artículo 39, literal b, establece lo siguiente: “Son obligaciones de los servidores civiles, las siguientes: (...) b) Privilegiar los intereses del Estado sobre los intereses propios o de particulares.” Como se verifica de estas normas se establece que el todo empleado público debe de supeditar sus intereses particulares a los intereses de la Nación, de allí que el abogado empleado público que patrocina procesos en contra del Estado incurra en un acto de inmoralidad.

⁴ En este punto es importante señalar lo previsto en el Artículo 1, segundo párrafo, del Código de Ética del Abogado que establece “Todos los abogados sin distinción alguna, deben observar el presente Código, sea que el acto violatorio de las normas éticas se haya cometido en el ejercicio de la profesión, en la actividad pública o privada o cual fuere el cargo que desempeñe, así este provenga de elección popular o por designación. En consecuencia, el ejercicio del patrocinio judicial y/o administrativo, la consultoría o asesoría, la función jurisdiccional o notarial y cualquier otra para la cual se exija el título de abogado, queda comprendido en los alcances del presente Código.”

Normas éticas del abogado.

El Artículo 14 del Código Voluntario de Buenas Prácticas de Abogado establece que “El Abogado de una persona jurídica, pública o privada, patrocina los intereses de esta y no los de sus directores, gerentes, empleados, accionistas u otras autoridades o miembros de la organización. El Abogado puede también patrocinar el interés de los miembros de la organización, que patrocina, en asuntos donde no exista conflicto con los intereses de la organización, y en tanto no afecte el cumplimiento de sus deberes respecto de aquélla.” Por su parte, el Artículo 16 del Código de Ética del Abogado “El abogado de una persona jurídica, pública o privada, patrocina los intereses de ésta y no los de sus funcionarios, directores, gerentes, empleados, accionistas u otras autoridades o miembros de la organización. En asuntos donde exista conflicto con los intereses de la organización, se aplican las reglas sobre conflicto de intereses de este Código.”

Esta norma no establece de manera directa el supuesto especial de ética del abogado en su prestación de servicios a las Administraciones Públicas que conforman el Estado, sin embargo, es importante resaltar que cuando esta norma indica Abogado de una persona jurídica “pública”, implica a los abogados que prestan servicios a las Administraciones Públicas en tanto estas son persona jurídica de derecho público (es importante indicar que se debió de indicar el abogado de las entidades del Estado, términos mucho más amplio que el de personas de derecho público, en el entendido que se incluyen a las Empresas del Estado donde el estado tiene participaciones, en estas empresas también existen abogados que prestan servicios al Estado y también deben de evitar caer en un patrocinio desleal con el Estado)⁵

El conflicto de interés

⁵ El Artículo 4 del DECRETO SUPREMO N° 019-2002-PCM - Reglamentan Ley que estableció prohibiciones e incompatibilidades de funcionarios y servidores públicos, así como de personas que presten servicios al Estado bajo cualquier modalidad contractual – establece que: “Los impedimentos señalados en el Artículo 2 de la Ley, aplicables a los sitios funcionarios, asesores y servidores encargados de la propuesta de nomas y acciones de entidades de la administración pública, ***se producen respecto de las empresas y entidades sobre las cuales dicha repartición de la administración pública hubiera tenido competencia funcional directa y que resultaron afectadas por dichas normas y acciones***, durante el tiempo en que dichos sujetos ejercieron el cargo.” (El subrayado es nuestro) El Artículo 6 de este mismo Decreto establece lo siguiente “Los impedimentos señalados en el Artículo 2 de la Ley, serán aplicables a los asesores y servidores con encargos específicos, cuando exista dedicación exclusiva o la duración del mismo sea mayor a 4 meses. En este caso, los impedimentos se producen respecto a las empresas y entidades bajo el ámbito del encargo. El plazo de 4 meses se computa considerando todos los contratos existentes entre una entidad de la administración pública y el asesor y/o servidor, en un determinado ejercicio.”

“Intereses en Conflicto. Situación en la que los intereses personales del empleado público colisionan con el interés público y el ejercicio de sus funciones, entendiéndose que cualquier actuación que realiza dicho empleado público debe estar dirigida a asegurar el interés público y no a favorecer intereses personales o de terceros.” (Art. 3, Definiciones, Decreto Supremo 033-2005-PCM Reglamento de la Ley del Código de ética de la Función Pública) Se establece varios supuestos de conflicto de intereses, pero de manera genérica y no prevista para el caso de los abogados que prestan servicios a las Administraciones Públicas del Estado, omisión que consideramos debe ser subsanada en un capítulo especial denominado “Del Abogado como empleado público”

Conflicto por patrocinio simultáneo

El Artículo 45 del Código Voluntario de Buenas Prácticas de Abogado indica “El Abogado no debe aceptar el Patrocinio de intereses adversos en asuntos sustancialmente relacionados, salvo que cuente con el Consentimiento Informado expreso previo y por escrito de los Clientes involucrados.” El Artículo 39 del Código de Ética del Abogado establece que “Conflicto por patrocinio simultáneo. El abogado no debe aceptar el patrocinio simultáneo de intereses directamente adversos en asuntos sustancialmente relacionados, salvo que cuente con el consentimiento informado de los clientes involucrados.”

Siendo que el Estado no puede disponer del interés público, no es posible obtener su consentimiento para aceptar el patrocinio de intereses adversos, razón por la cual el Abogado en su calidad de empleado público no debe aceptar el patrocinio de intereses adversos en asuntos sustancialmente relacionados, como por ejemplo, cuando se participa como asesor de un procedimiento administrativo disciplinario en contra de un servidor y simultáneamente se defiende a este, ya sea de manera indirecta a través de otros supuestos defensores (existen casos en los cuales los abogados que trabajan para el Estado tienen sus estudios particulares con otros abogados, los cuales firman los escritos de la misma persona que es procesada por un informe del abogado dueño del estudio esta conducta fraudulenta es inmoral).

Conflicto sobreviniente

El Artículo 46 del Código Voluntario de Buenas Prácticas de Abogado indica “En caso que el Conflicto de Intereses sobrevenga una vez iniciado el Patrocinio, el Abogado deberá continuar con el Patrocinio que esté enmarcado en la relación más amplia y abstenerse de continuar con el otro Patrocinio, adoptando las medidas pertinentes para evitar que su renuncia perjudique sustancialmente al Cliente o, en su caso,

Clientes, salvo que medie Consentimiento Informado expreso previo y por escrito de todos los Clientes involucrados.(...)” Artículo 40 del Código de Ética del Abogado “Conflicto sobreviniente. En caso que el conflicto de intereses sobrevenga una vez iniciado el patrocinio, el abogado deberá abstenerse de continuar con el mismo, adoptando las medidas pertinentes para evitar que su renuncie perjudique sustancialmente al cliente, salvo que medie consentimiento informado expreso y por escrito de los clientes involucrados.”

Este supuesto se puede dar en el caso que el abogado antes de ser empleado público lleva casos particulares, posteriormente, por ejemplo, se le contrata como asesor externo de una entidad estatal, respecto de la cual tenía casos particulares y en contra. Como se verifica en este caso sobreviene un conflicto, es este caso, estando a la primacía del interés público sobre el privado se debe de renunciar a la defensa del caso particular y pasar a defender al Estado.

Conflicto por patrocinio anterior

El Artículo 47 del Código Voluntario de Buenas Prácticas de Abogado indica “El Abogado no debe prestar sus servicios a quien tiene intereses adversos a los de un Cliente, cuando el nuevo Patrocinio esté sustancialmente relacionado con uno anterior, salvo que se cuente con el Consentimiento Informado previo y por escrito de todos los Clientes involucrados.” Artículo 41 del Código de Ética del Abogado “Conflicto por patrocinio anterior. El abogado no debe aceptar un patrocinio cuando esté sustancialmente relacionado con uno anterior de otro Cliente que mantiene intereses adversos en el tema materia del nuevo patrocinio, salvo que se cuente con el consentimiento informado previo y por escrito de las partes. El abogado puede aceptar el nuevo patrocinio si éste se refiere a un encargo distinto, y no existe riesgo de que el abogado se vea limitado en el patrocinio por los deberes hacia el primer cliente.”

En este supuesto soy asesor de una entidad estatal, entonces no puedo prestar servicios a quien tiene intereses adversos a la entidad estatal. En este supuesto yo ya presté servicios al estado (patrocinio anterior).

Conflicto por ejercer un cargo como autoridad

El Artículo 48 del Código Voluntario de Buenas Prácticas de Abogado indica “Cuando un Abogado deja de desempeñar un cargo como Autoridad, no puede aceptar el Patrocinio de un asunto que conoció directamente o que está sustancialmente relacionado con uno que conoció con ocasión del ejercicio del cargo. A su vez, un Abogado que asume un cargo como autoridad, debe abstenerse de resolver asuntos en los que él o su organización participaron directamente o tienen interés.” Artículo 42

Gracias por visitar este Libro Electrónico

Puedes leer la versión completa de este libro electrónico en diferentes formatos:

- HTML(Gratis / Disponible a todos los usuarios)
- PDF / TXT(Disponible a miembros V.I.P. Los miembros con una membresía básica pueden acceder hasta 5 libros electrónicos en formato PDF/TXT durante el mes.)
- Epub y Mobipocket (Exclusivos para miembros V.I.P.)

Para descargar este libro completo, tan solo seleccione el formato deseado, abajo:

