

EL EJERCICIO DE LA ABOGACÍA POR LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

*Arnaldo Martínez Prieto*¹

En el marco del presente trabajo debe quedar advertido que el concepto de Funcionario Público es abarcativo de todo aquél que percibe emolumentos estatales, incluyendo naturalmente, Magistrados y Parlamentarios.

Yendo al punto, establece el art. 97 de la Ley 879/81 –Código de Organización Judicial– *ad literam*:

“El ejercicio de la profesión de Abogado o Procurador es incompatible con la calidad de funcionario público, dependiendo del Poder Ejecutivo o Judicial o Miembro de las Fuerzas Armadas y Policiales en servicio activo. Esta prohibición no rige: a) cuando se trate de asuntos propios o de sus padres, esposas, hijos menores de edad, o personas bajo su tutela o paratela; b) cuando se ejerciere la docencia; y c) para los asesores jurídicos del Poder Ejecutivo y de Entidades autónomas o autárquicas y para los abogados incorporados al servicio de la Justicia Militar”.

Juez. Miembro de la 3ra Sala del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial. Doctor en Derecho.

A los efectos de dar adecuada apertura al tema creemos importante investigar acerca del espíritu que ha tenido en atención el legislador al incluir dicha norma, que se encuadra entre las que imponen incompatibilidades para el ejercicio de una labor productiva —en este caso: trabajo profesional— por lo que al revestir calidad negatoria o limitativa de derechos debe exponer su contenido en forma expresa o *numerus clausus*.

Dos circunstancias se presentan a dicho efecto. La una, en interpretación de la supremacía de los intereses del Estado, cual es que el ciudadano dependiente del mismo; con cargo, función y remuneración incluidos en el presupuesto de la Nación, debe poner a disposición de su principal —patrón/contratante— todo su tiempo y esfuerzos, sea intelectual o físico. Un elemental principio de razonabilidad, de habitual manejo en la órbita del Derecho Laboral establece que al patrón le interesa el bienestar de su dependiente, pues en ello va la efectividad de la labor contratada en beneficio de aquél. Dicho con mayor claridad; para que el patrón pueda obtener del trabajador el máximo provecho de su gestión —que es su derecho— debe cumplir con la remuneración básica, entre otras obligaciones de igual trascendencia, que permita al trabajador satisfacer sus necesidades sin recurrir a otros medios de producirlas en estricta observancia de la triple división de la jornada diaria en ocho horas para el trabajo, otra igual para dedicarlas a actividades familiares, de formación intelectual o de carácter lúdico y otras tantas para el descanso. Esta circunstancia es de superlativa vigencia en el marco de la función pública, pues, repetimos, entra en conflicto el interés superior del Estado que debe obtener lo mejor en calidad y efectividad de parte del funcionariado. La otra situación que debió motivar al legislador para operar dicha normativa es la de evitar que se mezclen y/o confundan los intereses particulares o profesionales del funcionario con los propios del Estado, pues en estricta aplicación aquellos deben ser preteridos en virtud del principio *supra* aludido.

También podríamos agregar que lo que se pretende es administrar las posibilidades del ciudadano en el sentido de que si se es funcionario público, no se podría estar compitiendo en la faz privada con particulares que en puridad son quienes, impuestos mediante, honran sus estipendios. Se generaría de esta manera una situación de competencia injusta

en el ejercicio profesional, y de falta de ética al litigar contra quien en forma indirecta pero efectiva es la fuente de sus ingresos mensuales que en calidad de dependiente del Estado percibe. En sutil pero elocuente comparación, también podemos agregar que el funcionario a quien llamamos, al intervenir en un proceso se convierte en opositor a nuestros intereses y además compite en el campo profesional en la captación de actividad letrada lucrativa. Ello implica que se encuentra en superioridad de condiciones, pues luego de percibir mensualmente un emolumento que surge de los impuestos del común, pretende ubicarse en el mismo punto del fiel de posibilidades para combatir nuestra labor, desvirtuando el principio constitucional del derecho a la igualdad.

Así, el Estado debe velar por la fuente de trabajo y no obrar permisivamente para abarrotarla a favor de quien ya posee ingresos, además de la obligación de mantener la sumisión que lo hace dependiente de aquel.

Son éstos el sustrato intencional de la norma constitucional que atropina la vigencia del pleno empleo, del bienestar general y de la elevación de la calidad de vida del ciudadano, (Arts. 4, 6 y 87 C.N.), principios cardinales expuestos entre los Derechos Fundamentales de la Carta Magna.

El literal c) del transcripto artículo introduce una interpretación obvia por demás, pero que ha fungido de llave apertora para la ampliación que conlleva el levantamiento de la restricción que estudiamos. Y decíamos obvia, pues lo jurídico no conoce valladares. La administración estatal en todos sus negocios, acusa un determinante sesgo jurídico que requiere debida atención, por lo que la presencia de abogados en dicho entorno es una circunstancia que adviene *sine qua nom*. Entonces, la planteada incompatibilidad entre el ejercicio de la abogacía y el funcionario público resulta una dificultad práctica, si bien podrían contratarse profesionales del derecho para cada caso. En realidad esto es lo que acontece, pues amén de la plantilla de abogados estables, no es extraño que la Administración contrate otros en determinadas situaciones.

Podríamos incluso elevar el tono de estas consideraciones para agregar que el Estado es uno, se administra mediante el Poder que de él

emana, que también es uno, pero que a los efectos de potenciar la atención de la compleja trama estatal y hacerla más dirigida y especializada, se divide en tres poderes con funciones propias y privativas. Entonces quien aboga por un órgano de cualquiera de los poderes del Estado, lo hace por el Estado ...pero ¿qué pasaría si en su actividad particular debe enfrentar intereses estatales? Sin importar a qué Poder corresponde la administración de dicho interés, reiteramos que el Estado es uno, por lo que el ciudadano se encontraría ejerciendo la doble representación de intereses opuestos, figura ilícita, tipificada en el ordenamiento penal.

Aquella excepción del literal c) obedece a dicha situación, pero notoriamente solo para trámites o causas —jurisdiccionales o no— en que deba intervenir el órgano al que pertenece el funcionario abogado, quien percibe por ello un emolumento que es carga de toda la ciudadanía. La actividad profesional de los mismos, entonces, debe circunscribirse a las estatales, no debe trascender a actividades abogadiles particulares, restando tiempo y esfuerzo intelectual en desmedro de los intereses y postulados constitucionales del Estado que, en proyección jurídica efectiva, es de todos quienes lo mantenemos.

De esta manera debemos concluir que la permisón del literal c) es al solo efecto de que los asesores jurídicos del Poder Ejecutivo y de entidades autónomas o autárquicas y los abogados incorporados a la Justicia Militar puedan asumir trámites relacionados con su función pública contratada, no pudiendo atender casos particulares.

Y aun hay más: el lit. d) del Art. 238 de la ley reguladora del ámbito judicial reza:

“...prohíbe a los magistrados y funcionarios de la Administración de Justicia, cualquiera sea su jerarquía: ...d) ejercer otra función pública, profesión, comercio o industria, directa o indirectamente, salvo la docencia, cuyo ejercicio será reglado por el Corte Suprema de Justicia ...”

Para evitar una interesante digresión, como ya se señalara, se da por unificado el criterio de funcionario y empleado público, pues ambos

dependientes del Estado, que en definitiva es lo que nos interesa en presente trabajo.

Sigamos. En materia académica queda claro que no puede ser a tiempo completo y que incluye labores de investigación, empero tener además el ejercicio de cualquier profesión, comercio o industria, salta discriminatorio—no injusto—repetimos discriminatorio en consideración a otros funcionarios que no sean judiciales.

Y esto es así pues, tomemos por caso, una Licenciada en Psicología dependiente de la Dirección de Recursos Humanos de la Corte Suprema de Justicia, no podría habilitar un consultorio, así como tampoco un taxista o chofer podría explotar un comercio de expendio de mercadería de primera necesidad al menudeo o un carpintero dependiente del Poder Judicial podría componer una ventana a cambio de una paga pues ello se inscribe en la actividad comercial de la prestación de servicios o ejecución de obras; mientras que el asesor jurídico de la Banca Central—como mero ejemplo— puede habilitar una oficina profesional, balanceando el tiempo y la dedicación que le debe al Estado y al Ciudadano que honra sus ingresos. Sin embargo, en virtud de la misma norma, pero del literal a) el funcionario judicial, abogado, no puede ejercer su profesión, aunque en aquella función no se desempeñe como tal. Por ejemplo; un Asistente Contable es abogado, luego no puede ejercer la actividad de su profesión. Naturalmente nos referimos en otros casos que no sean los de sus labores como funcionario, ya que no puede hacerlo en calidad de patrocinio, ni de mero consultor “**directa o indirectamente**” tal como lo advierte el lit. d).

Pero la cuestión sube de punto y en contra de lo que se postula en la técnica legislativa, hemos dejado para el final el desarrollo de la normativa constitucional que es la que más nos interesa, pues incluye en su marco la posibilidad de asumir criterios encontrados. En efecto, la norma constitucional del Art. 248, dice así:

“Queda garantizada la independencia del Poder Judicial. Sólo éste puede conocer y decidir en actos de carácter contencio-

En ningún caso los miembros de otros poderes, ni otros funcionarios, podrán arrogarse atribuciones judiciales que no estén expresamente establecidas en esta Constitución, ni revivir procesos fenecidos, ni paralizar los existentes, ni intervenir de cualquier modo en los juicios. ...”

Respecto a los Magistrados y Parlamentarios, la ley también exhibe un sesgo advertidamente discriminatorio, ya que si bien la veda a los primeros aparece más razonable a primera vista, no lo es menos para los segundos. En efecto, la función distintiva del Magistrado es la de resolver conflictos, mientras que la de los Parlamentarios, elaborar la ley. En dicho entendimiento ambos se encuentran íntimamente ligados a similar actividad, pues si bien la labor exclusiva del parlamentario es de carácter general –legislar– y la jurisdiccional, particular –juzgar–, no es menos obvio que a través de ambas actividades se puede obrar en forma premeditadamente tendenciosa e interesada.

Pareciera, no obstante, que ése no ha sido el criterio o la intención de los Ciudadanos Constituyentes de 1992, aunque tampoco es clara la formulación de la norma.

De primera debemos señalar que muchos Convencionales han fungido, con anterioridad o posterioridad a la Constituyente de parlamentarios; o sea se hallaban redactando normas que antes o después podrían afectarlos personalmente.

Sea lo que fuere, dice el segundo párrafo de la norma constitucional contenida en el Art. 248, *obiter*, ya transcripta, pero que iremos parcelando en aras de una mejor comprensión:

“En ningún caso los miembros de otros poderes, ni otros funcionarios, podrán arrogarse atribuciones judiciales...” significa que solo los jueces pueden juzgar y resolver conflictos, salvo, claro, los de orden político o los que involucran a Magistrados y Fiscales, que lo podrán ser por el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, órgano extrapoder *ad hoc*; **“...ni revivir procesos fenecidos, ni paralizar los existentes, ni intervenir de cualquier modo en los juicios.”**

He aquí el punto: **"...ni intervenir de cualquier modo en los juicios."**

No es la primera vez que algún magistrado se expide sobre el tema. Tenemos a la vista el A. y S. No.: 50 del 16 de Julio de 2004, dictado en autos: "D.A.B. S/ Calumnia, Difamación e Injuria" en que los integrantes de la Cuarta Sala del Tribunal de Apelación en lo Criminal de la Capital, sentaron postura sobre el particular, ante la participación de un ganador de la República en calidad de Abogado Defensor. En efecto, bajo presidencia del Juez. E. Rolón y los conjueces A. Arias y L. M. Benítez Vera. Este último, en calidad de preopinante y disidente de la mayoría, entre otras cosas, previamente expuso los actos que quedan absolutamente prohibidos, para concluir en: **"...intervenir en cualquier modo en los juicios, prohibición que solo puede entenderse como absoluta cuando la intervención pretenda ser indebida, es decir, regular o ilegal, pero no cuando se ajusta a las leyes."** (sic), mandando dicho criterio en que la norma debe ser apreciada en su contexto y atendiendo a su finalidad o teleología, en atención a que todas las normas contenidas en la Carta Magna reconocen excepciones legales incluso constitucionales, y agrega: **"En cuanto atañe específicamente a la cuestión a la posibilidad de que los legisladores que son abogados intervengan en los juicios como apoderados o representantes de las partes, no se advierten impedimentos constitucionales ya que la norma del Art. 248 no prohíbe lisa y llanamente tal intervención, sino que prohíbe que la intervención se efectúe de "cualquier modo", es decir, de cualquier manera, de cualquier forma, o fuera de todo marco legal o constitucional, lo que en su caso, sí constituiría una violación de la independencia judicial que consagra el art. 248. La intervención de legisladores abogados como representantes de los litigantes en un juicio no quebranta la citada norma constitucional porque dicha intervención no se efectúa "de cualquier modo", sino de un modo legal que, obviamente, el legislador debe ser abogado matriculado solicita (obtener) la intervención al órgano judicial competente"** (sic), para concluir enfatizando que: **"Si la prohibición del artículo 248 en el punto tratado, se entendiera en forma absoluta sin las reservas señaladas anteriormente, se caería en el**

absurdo de que senadores y diputados, por el mero hecho de serlo no podrían ser ni demandantes ni demandados en juicios civiles, laborales o penales, tampoco podrían operar como testigos en las cuales dichas declaraciones son requeridas a los efectos propios de la investigación, todo lo cual conduciría a negar en tales legisladores ciertos derechos subjetivos de rango constitucional, como el derecho a la jurisdicción, extremo que no puede ser la conclusión de una correcta hermenéutica de la norma del artículo 248 de la Constitución.”, criterio este también sustentado por el ex Juez de la Corte Suprema de Justicia Luis Lezcano Claude, cuando en Comentarios a la Constitución T. II; Emilio Camacho y Luis Lezcano Claude (Compiladores); C.S.J. As. 02; refería: “...no se puede impedir a abogados que al mismo tiempo sean legisladores, la posibilidad de intervenir en juicios como representantes de terceros.”

Haciendo un paréntesis y respondiendo el énfasis del ilustre publicista, adelantando la conclusión se expone que no solo se puede, sino que se debe impedirlo. La duda surge de la ley que es lo que debemos acatar más allá de nuestras intenciones y convicciones intelectuales.

Entendemos que no es dable pretender una interpretación de esta naturaleza con el argumento de que a *contrario sensu* a un ciudadano podría excluirse del acceso a la justicia al entenderse que de “ningún modo” incluiría la imposibilidad de litigar en su propio interés o de sus representados legales o aún participar en el proceso en cumplimiento de la carga pública que implica testimoniar acerca de un hecho que ha caído dentro de la esfera de sus sentidos. Tampoco adherimos al criterio que sostiene que dicha parte de la norma refiere a que solo se puede intervenir en forma legal, en forma debida, lo que aparece casi en forma idéntica a lo anterior, cuando se enfatiza en que lo prohibido está prohibido y no se puede hacerlo, o que el legislador debe ser abogado para ejercer la abogacía. Estas negaciones rigen para todos los ciudadanos, no solo para los legisladores en el marco de la independencia del Poder Judicial.

Mientras que el Art. 254, ya propiamente dentro de las disposiciones generales relativas al Poder Judicial, refiere:

“Los magistrados no pueden ejercer, mientras duren en sus funciones, otro cargo público o privado, remunerado o no, salvo la docencia o la investigación científica, a tiempo parcial. Tampoco pueden ejercer ...actividad profesional...”

Con los mismos fundamentos que abonan la actividad judicial de los legisladores, pese a que sus funciones se hallan ligadas al quehacer del Poder Judicial, por qué un Juez que además tenga otra profesión no podría dedicarse a ella, fuera del horario marcado para la actividad jurisdiccional? A todas luces es menos peligroso esto que lo del legislador abogado.

Veamos el motivo.

El legislador accede al cargo invocando ideologías partidarias que tienen la virtud de unirlo con unos y separarlo de otros, o sea manejan intereses de grupos; así negocian para obtener beneficios.

El legislador integra el colegiado selector de candidatos a ocupar los cargos jurisdiccionales y el del jurado que lo puede destituir.

En una u otra de estas funciones no pueden dejarse influir por aquellos intereses sectoriales. Lo contrario atenta contra la independencia del Poder Judicial y si acaso el parlamentario que ayer se encontraba litigando, hoy accede al Consejo de la Magistratura o al Jurado de Enjuiciamiento, se debe someter a la prohibición de la reglamentación de la norma del 263 constitucional dispuesta en el art. 3 de la Ley No.: 296/55 que declara dicha función **“...incompatible con el desempeño: 1) De la profesión de abogado... 2) De cualquier otro cargo público, exceptuando la docencia y la investigación científica a tiempo parcial y salvo los casos del Ministro de la Corte Suprema de Justicia, del Senador y del Diputado...”**, lo cual no garantiza la pureza de su conducta y en su caso, solo la morigeraría, al igual que las prohibiciones impuestas por los artículos 5 y 6 a los miembros del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados.

De primera, es importante notar el punto constitucional en el que nos hallamos situados, pues a partir de ahí, en caso sea menester, se utiliza la técnica interpretativa más apropiada al tema. Nos encontramos en la sección de las disposiciones generales del capítulo reservado al Poder Judicial; en la norma propiamente que refiere a su independencia, requisito indispensable para el adecuado funcionamiento de los preceptos republicanos. Esto significa, en términos absolutos, que cualquier aspecto de la norma transcrita debe ser entendida en forma restrictiva en el caso que pudiera erigirse como peligro para dicho postulado tan principal.

Ahora bien, en el terreno práctico, como veíamos más arriba, los legisladores litigan representando a particulares, pues además, sendas inconstitucionalidades mediante, presentadas por los parlamentarios afectados, la máxima instancia judicial, los ha habilitado, lo cual en el plano formal implica que pueden hacerlo, empero, asumiendo las particularidad de nuestro país, por ética y respeto a la trascendencia de sus funciones debieran dejar de hacerlo.

Al concluir estas breves reflexiones, lo hacemos en la seguridad que el tema no se halla agotado, pero con la certeza que la corrupción judicial reducirá sus límites en la medida que los factores que le propicien vayan menguando.