

«JURISTAS, MALOS CRISTIANOS». ABOGACÍA Y ÉTICA JURÍDICA*

Massimo La Torre

Universidad di Catanzaro/University of Hull

I



JURISTEN, böse Christen, «juristas, malos cristianos» el juicio es del doctor Martín Lutero y es concluyente¹. A su hijo, le dice además, siempre en las *Tischreden*, que, si por desgracia debiera decidirse a convertirse en jurista, preferiría verlo muerto. En esta condena sin paliativos Lutero retoma y radicaliza argumentos agustinianos y paulinos.

Es la ley como tal la que está aquí bajo sospecha, ya que paradójicamente es ella –como dice San Pablo– la que hace posible el pecado. «Pero cuantos confían en las tablas de la Ley se hallan bajo la maldición» (*Carta a los Gálatas*, 3, 10). Y con la Ley resultan sospechosas todas las actividades y funciones que le están vinculadas, entre las que sobresale la de juzgar. «No juzgues y no serás juzgado», dice el precepto evangélico. Ahora bien, la condena que afecta al juez no excluye al abogado. Abogado y jueces son

* Traducción de Francisco Javier Ansuátegui Roig.

¹ Vid. M. LUTHER, *Tischreden*, a cargo de di K. Aland, Stuttgart 1981, p. 205.

ambos juristas, *nomikói*, aquellos de los que Lucas dice que imponen pesadas cargas mientras ellos no las tocan con un dedo (11, 46), añadiendo que tienen las llaves de la ciencia, negando el acceso a los demás (11, 52).

El abogado no obstante no se atreve a erigirse en juez de sus semejantes. Y, sin embargo, su actividad a menudo es la de provocar el juicio, la de recurrir al juez, la de atizar el conflicto más que sanarlo. De manera que en el *Evangelio* explícitamente se recomienda a las partes llevar a cabo, antes de presentarse en juicio, un serio intento de reconciliación. En *Mateo* (5, 23) y en *Lucas* (12, 58) se subraya que con el adversario es mejor intentar negociar y llegar a un acuerdo antes que poner en marcha el instrumento rígido e implacable del proceso y al final ponerse en manos del esbirro. «Muéstrate conciliador con tu adversario mientras vas con él por el camino, no sea que te entregue al juez, el juez al alguacil, y seas puesto en prisión» (*Mateo*, 5, 25). Pero el abogado, en la tradición cristiana, no está del todo equiparado al juez. Este último es todo lo más un mal necesario; la abogacía sin embargo se configura fundamentalmente como obra de misericordia, socorro del débil y del menesteroso. Abogado es título que en la liturgia católica (en el rosario) se atribuye a María, que intercede ante el hijo por los pecados de los hombres.

Existe por tanto en la representación cristiana del hombre de ley una abierta ambigüedad. Una ambigüedad con la que volvemos a encontrarnos también en la tradición clásica y que se perpetúa, pasando por la radical crítica iluminista, hasta nuestros días. Valga recordar a este propósito que la Revolución Francesa abolió la figura del abogado y cerró las facultades de Derecho, introduciendo en la Constitución del 91 un procedimiento obligatorio de conciliación –que debía preceder al juicio–, que retoma la recomendación evangélica a la que hemos aludido.

Juez y abogado son por tanto figuras ambiguas; pero lo son por razones y en proporciones diversas. El juez es a un tiempo *pater et filius iustitiae*. Como el príncipe o el rey, el juez (*Basileus* en *Los trabajos y los días* de Hesíodo), es al mismo tiempo *imago equitatis* y *servus equitatis* –según la expresión empleada por Juan de Salisbury (*Policratus*, IV, c.2). Se trata así de la tensión presente en un sujeto que es pensado y se piensa tanto como *legibus solutus* que como *legibus alligatus*. *Legibus alligatus*, sometido a la ley, es el juez, desde el momento en que su papel es concebido como aquel de ejecutor de una norma que él no produce sino que sólo aplica. *Legibus solutus* es, no obstante, en cuanto que produce una norma (la

individual contenida en la sentencia) que antes no existía. La decisión en el caso concreto, la regla específica, le corresponde darla a él. Esta, no ha sido producida todavía en el sistema de fuentes, y necesita por tanto de un acto que es por entero expresión de soberanía y de supremacía.

Esta ambigüedad de la jurisdicción se manifiesta a lo largo de toda la historia de la Filosofía del Derecho hasta nuestros días, en donde se agudiza debido a la crisis del positivismo jurídico. Este, en su forma clásica, constituye una doctrina que busca el amansamiento, si no la anulación, del poder judicial. El positivismo es el punto de convergencia de dos grandes movimientos históricos: por una parte, el absolutismo regio que marca la emergencia del Estado moderno y de otra, la filosofía política iluminista y democrática que da al Estado moderno su suave sabor liberal. Para el absolutista el poder del juez es un obstáculo respecto al «monopolio de la violencia» que resume en una fórmula algo brutal la idea de la soberanía estatal, una e indivisible. Un ejemplo de esta posición es la admonición de Bacon a Coke, para el que los jueces no deben ser otra cosa que leones bien acurrucados junto al trono real². La independencia de la magistratura que reivindica Coke poco se corresponde con el carácter absoluto del poder monárquico, tras el cual emerge esta nueva y tremenda figura histórica: el Estado.

En la Francia del Antiguo Régimen el conflicto es más abierto y extremo, dada la configuración feudal de los *Parlements*, los grandes tribunales con competencia de «registro» de las leyes reales. Contra los *Parlements* se revuelve el poder de los Ministros del Rey; pero también la crítica iluminista y democrática que no puede aceptar tampoco ella que *iurisdictio* y *gubernaculum*, que jurisdicción y voluntad estatal (política), estén separadas. Con la diferencia fundamental de que para el absolutista dicha voluntad pertenece a uno sólo, mientras que para el demócrata pertenece a muchos, al pueblo o a la nación.

El positivismo jurídico vuelve a proponer entonces la idea ciceroniana del juez «boca de la ley», entendida ahora en términos mecanicistas. El juez es aquí «boca de la ley» no porque sea el oráculo del que eminentemente se deduce, o por medio del cual se revela, el contenido de la ley, tarea ahora asumida por los códigos y las leyes escritas emanadas del

² Vid. BACON, F., *Essays*, London 1904, p. 153: «Let them be lions, but yet lions under the throne: being circumspect that they do not check or oppose any points of sovereignty».

legislador. Es «boca de la ley» porque no hace otra cosa que *repetir* lo que ya ha sido dicho en otro lugar, lo que se contiene en los artículos de los códigos y de las leyes estatales. Como para el iuspositivista el Derecho equivale fundamentalmente a la ley, el juez desaparece de la escena o, mejor, es relegado a un segundo plano tras los órganos jurídicos de carácter administrativo.

El protagonista de la historia que nos cuenta el iuspositivista es el legislador, no el juez, y menos el abogado. Desde esta perspectiva el Derecho es sólo ley. Y el razonamiento jurídico es sólo aplicación mecánica de la ley. La educación jurídica es básicamente saber conceptual, simple conocimiento de leyes y decretos. Desaparece cualquier referencia a las habilidades argumentativas del jurista y a sus eventuales responsabilidades morales. La retórica –antes enseñada en las facultades de Derecho– por no hablar de cualquier tipo de deontología, y (en ocasiones) de filosofía, es repudiada por el saber jurídico y expulsada de los *curricula* de los estudiantes de Derecho. El modelo del jurista no es el orador o el humanista, sino el matemático, el científico, o incluso el químico, al que de manera significativa se refiere el gran Ihering. En realidad la jurisprudencia se convierte en una clase de filología, con dos variantes. La francesa, mera exégesis de la ley; la alemana, que avanza en la dirección del «sistema».

Todo ello, y la imagen del juez «autómata de las leyes» resultante, no sobrevive a la prueba de los hechos y al impacto con la experiencia jurídica concreta. «Die herrschende Idealvorstellung von Juristen ist die: Ein Höher Staatsbeamter mit akademischer Ausbildung, sitzt er, bewaffnet bloß mit einer Denkmachine, freilich einer der feinsten Art, in seiner Zelle», escribe Hermann Kantorowicz en el primer párrafo de su *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* (Heidelberg 1906). La experiencia sin embargo desmiente de manera más evidente un ideal así. El juez *interpreta* la ley antes de aplicarla. Dicha operación (la interpretación) precede por tanto a la deducción silogística. Y es un proceso complejo, no meramente cognitivo. Luego están las lagunas, las «cláusulas generales», los «casos difíciles»: aquí, la letra de la ley es insuficiente a la hora de ofrecernos la norma para el caso concreto (o también sólo la premisa mayor del silogismo judicial).

El juez debe fenomenológicamente producir y no simplemente verificar una norma. En este punto, entre otras cosas, se produce una especie de cortocircuito del positivismo, cuyo voluntarismo de fondo (para el que

la norma es voluntad del soberano) se transmite también a la figura del juez, del que se termina por decir que también *decide*, que quiere en sentido fuerte. Kantorowicz, influido por la vulgata romántica, que es hegemónica en el Ochocientos alemán y que –recuérdese– constituye el núcleo duro del positivismo, explica el decisionismo del juez con la tesis generalísima (de extracción fichteana) según la cual la voluntad precede siempre al intelecto. «Immer ist es der Wille, der den Verstand am Gängelbände Führt»³. Hans Kelsen y H. L. A. Hart aumentan la dosis. Para el jurista austriaco el juez produce, no conoce, Derecho: la diferencia entre la sentencia (llamada ahora «norma individual») y la ley («norma general») es sólo de extensión de su ámbito semántico y denotativo⁴.

El juez –para Kelsen–, no deduce la sentencia de la ley; la ley le atribuye sólo la competencia de decidir, pero no le dicta también cómo decidir. La ley (la «norma general») indica quién debe decidir en el caso concreto (el juez) pero no el modo en el que éste debe decidir, o el contenido sustancial de la sentencia que permanece indeterminado. Para Hart, también influido por el irracionalismo práctico del neopositivismo lógico que tanto se vincula al romanticismo iuspositivista, el juez sólo aplica la norma en los casos difíciles. Allí donde se trate de situaciones incluidas en la zona de «penumbra» del contenido semántico de la norma, el juez *sic et simpliciter* decide, o mejor actúa como un «legislador concienzudo»⁵. Tesis que, –como es sabido– atraerá los agudos y afilados dardos críticos de Ronald Dworkin⁶. La figura del juez oscila así entre la del imparcial determina-

³ *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1906, p. 22.

⁴ Para Kelsen por tanto la diferencia entre legislación y jurisdicción no es de calidad sino más bien de cantidad, no es de sustancia sino más bien de intensidad o grado, ya que no son otra cosa que dos escalones distintos del proceso de *producción* del Derecho («zwei Stufen des Rechtserzeugungsprozesses»), que resulta en el caso de la legislación en una «norma general», en el caso de la jurisdicción en una norma «individual». Léase, por ejemplo, H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, Berlín, 1925, pp. 231 y ss.

⁵ Vid. H. L. A. HART, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, 1983, p. 7: «Though the search for and use of principles underlying the law defers the moment, it cannot eliminate the need for judicial law-making, since in any hard case different principles supporting competing analogies may present themselves and the judge will have to choose them, relying like a conscientious legislator on his sense of what is best and not on any already established order of priorities among principles already prescribed for him by the law» (cursivas en el texto), vid. también H. L. A. HART, *The concept of law*, Oxford, 1961, pp. 138 y ss., y «Positivism and the Separation of Law and Morals», en *Harvard Law Review*, vol. 71, n. 4, 1958, pp. 607 y ss.

⁶ Vid. R. DWORKIN, «The Model of Rules», en *Taking Rights Seriously*, revised ed., London 1978, pp. 14 y ss. Léase también, para una crítica de la teoría hartiana de la decisión judicial, R. SARTORIUS, «The Justification of the Legal Decision», en *Ethics*, vol. 78, 1968, pp. 171 y ss.

dor de la ley (una especie de notario) y la del productor activo de normas⁷ –entre el conservador reproductor del sistema jurídico y el reformador, si no subversor, del Ordenamiento, entre aquel que obedece a la ley y aquel que la impone. En definitiva, una vez más entre la calificación de *legibus alligatus* y la de *legibus solutus*.

El abogado en realidad no es ajeno a esta cuestión. También su figura, a veces en la misma y en ocasiones en mayor medida respecto a lo que le ocurre al juez, es oscurecida por el potente paradigma del positivismo jurídico. Hay que decir previamente que la ambigüedad que aflige al juez se convierte en dramática en el caso del abogado. Aquí no se trata de la tensión entre sometimiento a la ley y su producción, sino del conflicto entre la imparcialidad del procedimiento del que se es un actor principal y la parcialidad de los fines que se persiguen mediante aquel procedimiento. Si el abogado contribuye con su presencia y actuación a la justicia del procedimiento judicial y tendencialmente también a la justicia de su resultado, está movido no por el deseo de hacer triunfar la justicia o la ley, sino por el del beneficio particular, suyo y del cliente. Son los intereses *particulares* del cliente a los que se orienta, no los intereses generales de la comunidad. De ahí el permanente desprecio que el abogado se gana –con pocas excepciones– en la cultura occidental.

Platón, –como es sabido– aborrece su visión y en las *Leyes* dicta una rigidísima reglamentación de la actividad forense, dirigida a reducir drásticamente su capacidad de promover los intereses del cliente en perjuicio del bien colectivo de la justicia. Los Ilustrados, a pesar de que Voltaire gustaba presentarse como «abogado de provincia», les dirigen una gran cantidad de invectivas. Con el resultado de que tanto Federico el Grande de Prusia como los revolucionarios franceses optaron por eliminar su función en el proceso. Kant –si bien concibe su *Crítica de la razón pura* en los términos de un procedimiento judicial– tampoco es que sea cariñoso respecto a los abogados. Denuncia, como Platón, las sutilezas, la tendencia a la persuasión y no al convencimiento. En la crítica kantiana por la que el Derecho reenvía a la coercibilidad no vibran motivos antinormativos o antijurídicos. El juez

⁷ Esta segunda imagen es propuesta en términos radicales por un iuspositivista de la talla de Michel Troper. «La premisa mayor, la ley, no es realmente dada al juez, ya que éste debe interpretar todavía el texto y determinar su significado. Por tanto es él, el juez, el que es el verdadero legislador», «Constitutional Justice and Democracy», *Cardozo Law Review*, vol. 17, 1995, p. 284.

no es observado como un mal necesario. Con todo, se reconoce en aquella figura la tensión entre justicia y fuerza. «El jurista –leemos en *La Paz perpetua*– que ha adoptado como símbolo la *balanza* del derecho y también la espada de la justicia, se sirve comúnmente de la espada no sólo para apartar de la balanza toda influencia extraña, sino para ponerla en la balanza cuando no quiere que se hunda un platillo (*vae victis*). El jurista [...] siente la enorme tentación de hacer esto porque es propio de su oficio el aplicar las leyes existentes sin investigar si necesitan una mejora y considera como superior este nivel de su facultad, que, en realidad, es inferior por ir acompañado de poder⁸.»

Aquí Kant nos ofrece una crítica *ante litteram* de la que es la posición del jurista positivista aún en nuestros días: su «neutralidad», que se justifica con el pretendido carácter práctico y con el proclamado realismo de quien por otra parte no hace otra cosa que celebrar, y continuamente, el *fait accompli*. No es a los principios de la razón, en última instancia, a los que el jurista suele recurrir, sino a la *autoridad*⁹. ¿Qué dice Hobbes?: «Auctoritas, non veritas facit legem». Pero en la cita de Kant se ve también el desenmascaramiento y la crítica de la ambigüedad del jurista que se dice orientado a hacer justicia, y que luego no duda para tal fin a forzar la balanza del juicio con el peso de la espada, de la fuerza. Ahora bien, dicha imagen se refiere más al juez y por tanto el abogado parecería evitar el golpe. Si no fuera porque también éste (el abogado) –en la óptica kantiana– utiliza la fuerza y no se libra de la mencionada ambigüedad.

En la *Crítica de la razón pura*, se habla con una cierta hostilidad y con un indisimulado desprecio de la «demostración de abogado». Es aquella que busca no convencer sino manipular al adversario, y que «da gustosamente por válida la ley a la que éste acude erróneamente, con el fin de establecer luego sus propias pretensiones ilegítimas sobre la refutación de esa ley»¹⁰. La «fuerza» del abogado, por tanto, no es la espada en sentido estricto, el «alguacil» de Mateo, al que recurre el juez para hacer obedecer su sentencia. La «fuerza» aquí es el discurso manipulativo y manipulador, los intereses

⁸ KANT, *La Paz perpetua*, trad. de J. Abellán, Tecnos, Madrid, 1985, p. 43, cursivas en el texto.

⁹ Lo que podría ser objetado citando a DANTE: «Videant nunc iuriste presumptuosi quantum infra sint ab illa specula rationis unde humana mens hec principia speculatur, et silcant secundum sensum legis consilium et iudicium exhibere contenti» (*De Monarchia*, II, ix, 20).

¹⁰ KANT, *Crítica de la Razón pura*, trad. de P. Rivas, Alfaguara, Madrid, 1989, A430, p. 397.

travestidos de derechos, el interés personal revestido con medios teóricos y trucos procesales de dignidad del bien colectivo. En ocasiones la «fuerza» del abogado reside en la riqueza, en el poder y en las relaciones de su cliente –cuando el abogado no las excluye del proceso, sino que las protege.

El positivismo jurídico –señalaba antes– no es generoso ni amable con los abogados. Es como si no existieran. En cierta medida una actitud así es también la del liberalismo político al que el positivismo se encuentra histórica e ideológicamente vinculado. Como es sabido, el liberalismo es en general adverso a los órdenes profesionales, que le resultan muy parecidos, si no equivalentes, a las corporaciones de las sociedades del antiguo régimen. A dicha hostilidad no escapan obviamente tampoco los colegios de abogados, que de hecho son abolidos a lo largo de la Revolución Francesa y rehabilitados sólo durante la Restauración. En la incorporación al colegio se ve, por lo que concierne a la profesión forense, una limitación al ejercicio mismo de la ciudadanía, que de acuerdo con una perspectiva radical democrática debería comprender también el conocimiento y la competencia respecto a las leyes y a su uso.

El ciudadano no se considera en condición –para estar informado del contenido de la ley y para reivindicarla a su favor –de tener que recurrir al auxilio de un experto. Puede y debe bastarse a sí mismo. En realidad, se tiene la obligación de observar las normas, sólo si se está en condición de producirlas, y por tanto de conocerlas y adoptarlas. No sólo, pero se considera que la política democrática deba ofrecer una base institucional al respeto de sí mismos y deba por tanto potenciar la competencia política (y en consecuencia también jurídica) de los ciudadanos y en definitiva deba ofrecer un ámbito en el que ejercer y desarrollar el sentido de justicia¹¹. La ciudadanía debe por tanto incluir entre sus poderes el de la defensa en juicio, sin la mediación de un abogado.

Esta es la posición compartida en términos generales por los constituyentes franceses de 1789. Distinta es por el contrario la posición de Wilhelm von Humboldt, el autor de un famoso libro que en buena medida conceptualiza y celebra las ideas del 89, el *Ensayo sobre los límites de la actividad estatal*. Aquí, en el capítulo décimo, Humboldt ve con agrado algún tipo de control público sobre la abogacía¹². El argumento adoptado

¹¹ Vid. COHEN, J., «Deliberation and Political Legitimacy», en *Deliberative Democracy. Essays on Reason and Politics*, ed. bay J. Bohman and W. Rehg, Cambridge, Mass., 1997, p. 69.

¹² Vid. W. VON HUMBOLDT, *Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen*, Stuttgart, 1987, pp. 123 y 124.

es el siguiente. Ya que el abogado (como el médico) es en cuanto tal un experto, un sujeto que se cualifica por el conocimiento que está en condiciones de ofrecer, y el ciudadano puede necesitar de la ayuda de dicho saber especializado por varias razones, entonces la posesión de dicho conocimiento debe ser constatada seriamente y certificada por un organismo que se convierta en garante e intérprete de las necesidades públicas. Con el fin de que los particulares no caigan presa de incompetentes y charlatanes, es útil que el Estado proceda a inscribir en un registro público a aquellos que han probado, mediante un examen al efecto, poseer las cualidades técnicas y morales requeridas para ejercer la difícil profesión del abogado. No se pretende que sólo puedan ejercer legítimamente esta profesión los sujetos admitidos en aquel registro. Pero sólo respecto a éstos el Estado certifica la profesionalidad y la integridad. En cierto sentido aquí Humboldt parece sostener una tesis que reivindicarán luego los abogados liberales (una vez que el ostracismo contra ellos haya sido superado). Una tesis que será vigorosamente sostenida, en Italia, por Francesco Carrara, y que considerará que la función de abogado es de orden público –si bien todavía hoy hay resistencia a considerarla un poder del Estado equiparado constitucionalmente al del juez.

Pero la atención liberal respecto al abogado no encuentra reflejo en la teoría positivista del Derecho, a la que en cierto sentido es afín. Si el juez es «autómata de las leyes», máquina de producir sentencias, del abogado ni se habla. Ni Austin, ni Savigny (claramente hostil al abogado), ni Kelsen, ni Hart, se ocupan de su papel y su actividad. El realismo jurídico, que representa una saludable reacción frente al formalismo positivista, promueve la figura del juez, convirtiéndole en el mundo del centro del Derecho; pero una vez más calla sobre el abogado. Y ello posiblemente debido a dos características de dicha corriente, características bien extendidas, y de manera transversal, en gran parte de las concepciones modernas del Derecho: la identificación del Derecho con un acto de decisión y la asumida neta separación de Derecho y moral. Si se considera que el Derecho está esencialmente conectado a una decisión, a un poder más o menos soberano, es claro que el abogado (que –se sabe– no decide) es expulsado a los márgenes del sistema jurídico. Se convierte en una figura marginal, porque carece de soberanía, de potencia o de poder. (Sobre todo si dicha soberanía, potencia o poder es entendida en términos de decisión y de monopolio de la violencia).

Por otro lado, si se afirma que el Derecho es del todo independiente de la moral, las cuestiones éticas y deontológicas también son expulsadas del sistema jurídico. Pero la ambigüedad del abogado antes señalada –a diferencia de la del juez– es de naturaleza eminentemente moral: es aquella –repito– entre la parcialidad de los intereses defendidos y la imparcialidad del ideal de justicia que aquellos intereses reivindican para protegerse o afirmarse. Si la moral se evapora en el ámbito del Derecho, desaparecen también los problemas y los dilemas que afligen a la profesión legal. Si es lícito (jurídicamente) hacer todo aquello que no está (jurídicamente: penalmente) prohibido, entonces el abogado ya no tendrá que afrontar cuestiones deontológicas, sino sólo a lo más cuestiones jurídicas que conciernen a la legitimidad penal de su conducta. Ello conduce posteriormente a una visión amoral de la profesión forense¹³.

Esta es al final confirmada precisamente por el realismo jurídico –en especial por el americano–. El más importante representante de esta corriente, Oliver Wendell Holmes, afirma con un cierto cinismo que el punto de vista jurídico en sentido estricto es el que se refiere al «bad man», al del hombre malvado, que querría perseguir sin límites sus intereses egoístas, pero que encuentra en su camino el obstáculo de la ley, de la sanción penal y civil, que le supone un coste o un mal¹⁴. El punto de vista jurídico es por tanto el del que tendencialmente intenta fortalecer un obstáculo así contra los intentos de actuación o las violaciones del particular, del ciudadano, que es en esencia «malo». El mundo del Derecho consiste por tanto en una lucha entre el que quiere violar la ley o evitarla y quien intenta impedirlo –el primer rol es realizado por el particular– y, recuérdese –también por su asesor o abogado defensor–; el segundo rol, más noble, es el del juez (y del legislador). Karl Llewellyn, otro realista, aborda esta contraposición dividiendo la norma jurídica en dos: existe la «*prediction-rule*» que es la que usa el abogado; y luego existe la «*ought-rule*» que es aquella que necesita el juez; la primera es simplemente predictiva, mientras que sólo la segunda es normativa, deontológica¹⁵. El abogado, en esta reconstrucción de la expe-

¹³ De hecho, como señala Tom Campbell, un autor que defiende una interpretación ética del positivismo jurídico, cuando se trata de deontología forense «tenemos que tratar con criterios profesionales que van más allá del mínimo jurídico» sancionado por normas positivas (T. D. CAMPBELL, *The Legal Theory of Ethical Positivism*, Aldershot, 1996, p. 103.)

¹⁴ Vid. O. W. HOLMES, «The Path of Law», *Harvard Law Review*, vol. 10, 1987, p. 459.

¹⁵ «The discrimination between when it will and when it ought to, is the discrimination between rules for counselors and rules for judges. The counselor's basic need is accurate prediction; the judge's is clear guidance as how to decide» [K. LLEWELLYN, *My Philosophy of Law*,

riencia jurídica, termina por resultar escondido irremediabilmente tras la figura de la parte e incluso del delincuente. No se ve, en conclusión, cómo pueda atribuirse una función verdaderamente moral –y por tanto deberes deontológicos– a quien, casi por definición, está de la parte del «hombre malo»¹⁶.

II

La tensión o el conflicto que desde dentro confunde a la abogacía convirtiéndola en una función ambigua se refleja no por casualidad en las normas deontológicas que la regulan. Ciertamente éstas son casi todas –al menos en su forma escrita o explícita– fruto de reciente elaboración. En Italia, por ejemplo, hasta 1997 no existía ningún código deontológico forense de carácter nacional; y hasta hace algunos años gran parte de los Colegios de Abogados carecían de criterios de conducta escritos. La deontología de la abogacía italiana es así, hasta tiempos muy recientes, eminentemente producto de Derecho consuetudinario, y encuentra expresión escrita y determinada sólo en la jurisprudencia en materia disciplinaria producida por los Colegios de abogados, por el Consiglio Nazionale Forense y por la Corte di Cassazione, instancia de apelación en las decisiones tomadas por el Consiglio Nazionale Forense. También las *ABA (American Bar Association) Rules* vigentes en los Estados Unidos no van más allá de los años sesenta. Las sucesivas *Model Rules* estadounidenses han sido elaboradas en los años ochenta. El Código deontológico de la abogacía española data de hace pocos años (fue aprobado el 30 de junio de 1995) y el Código deontológico europeo es de 1989.

Ahora bien, si se echa una ojeada a estos documentos, salta a la vista la diversidad y en ciertos aspectos la inconciabilidad de las obligaciones a las que se dice sometido el abogado. Por ejemplo, el artículo 6 del código italiano sanciona los deberes de lealtad y corrección –entendidos fundamental y principalmente como deberes hacia la administración de justicia (por tanto hacia el juez) y hacia la parte contraria. Poco después los artículos 7, 8 y 9 establecen una batería de deberes, respectivamente de «fidelidad», «dili-

también (parcialmente) en *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, VII ed., by M. D. A. Freeman, London, 2001, p. 837].

¹⁶ Vid. D. LUBAN, «The Bad Man and the Good Lawyer», in *The Path of the Law and its Influence. The Legacy of Oliver Wendell Holmes Jr.*, ed. by St. Burton, Cambridge, 2001.

gencia», y «secreto y reserva», todos netamente a favor del cliente o de la parte defendida. De un lado por tanto se afirma la obligación del abogado de orientarse a la buena administración de la justicia y al desarrollo equitativo y eficaz del proceso entendido como aplicación de las normas y realización del bien común; de otro, se establece que la atención del abogado, su diligencia, su fidelidad, su reserva, estén dirigidas a favorecer los intereses del cliente. Al *barrister* de Inglaterra y de Gales se le conmina no cometer ninguna conducta que pueda resultar en una pérdida de prestigio de la profesión («likely to diminish public confidence in the legal profession»), (*Code of Conduct of the Bar in England and Wales*, § 301), su obligación de confidencialidad respecto al cliente es muy estricta, y sin embargo para la jurisprudencia «puede actuar sin preguntar al cliente qué puede hacer. No tiene jefe, más bien es el regulador y conductor del caso por entero»¹⁷. El código deontológico de los *solicitors* británicos, *The Guide to Professional Conduct of Solicitors*, a su vez en la *Practice Rule 1*, prescribe en el punto a) la «independencia» y la «integridad» del abogado, y en el punto c) «la obligación del *solicitor* de actuar en el mejor interés del cliente». A este propósito no es baladí el código deontológico europeo que en el artículo 2.7 establece la adhesión al interés del cliente como principio prevalente, mientras que en el artículo 2.1 fija el canon de la «independencia». Este último valor o principio es emblemático de la ambigüedad que caracteriza (y afecta) al rol del abogado.

¿De qué independencia se trata? Tradicionalmente dicha noción es entendida –en analogía al uso que de ella se hace respecto a la función judicial– como independencia respecto a los poderes públicos. Aquí, no sólo respecto al gobierno, sino también respecto al juez. La independencia es recogida expresamente en el artículo 2.1 del código deontológico europeo, y por el artículo 1.1 del Código deontológico de la Abogacía española. De independencia habla el artículo 10 del Código forense italiano. En todas estas disposiciones es la independencia de los poderes públicos lo que parece subrayarse con más fuerza. Sin embargo, gracias al artículo 45 del código italiano que prohíbe el pacto de *quota lite* (el acuerdo a través del cual el honorario del abogado es establecido como un porcentaje de la ventaja pecuniaria que la parte obtendrá en caso de victoria)¹⁸, se ofrece una noción

¹⁷ *Rex v. Registrar of Greenwood County Court* [1885], 15 QBD 54, 58 (Lord Brett).

¹⁸ La misma prohibición se encuentra de manera significativa en los tratados de teología moral: «Pecca l'avvocato, per primo –escribe San Alfonso de Liguori– se difende, o prosiegue a difendere, una causa certamente ingiusta quanto alla proprietà [...] Tanto più pecca l'avvocato se pattuisce

bien distinta de la independencia: la independencia respecto al cliente y a los intereses personales en la causa. El código español es explícito al respecto. El artículo 7.5 establece la prohibición de tener intereses personales en la causa: «En ningún caso el abogado adquirirá intereses personales en el pleito o asunto». El artículo 6.1 del mismo código establece la libertad del abogado para aceptar o rechazar una causa, «sin necesidad de expresar los motivos de su decisión» Y las *Model Rules* [rule 1.2.(b)] establecen que la representación procesal no implica adhesión al punto de vista moral, o político, o ideológico del cliente.

El abogado en definitiva se configura como independiente respecto al Estado, pero también como independiente respecto al cliente. Pero él, a pesar de ser independiente respecto al Estado es –como dice el artículo 1.4 del código español– «partícipe de la función pública de la Administración de Justicia», o bien, –como escribe el gran Francesco Carrara–, «también la defensa es un Ministerio Público»¹⁹. Deber principal del defensor es entonces –siempre según Carrara– «la lealtad en todo aquello que hace»²⁰. No obstante, la lealtad a la que estamos aludiendo es cualificada. Y ello se consigue reintroduciendo en dicha noción elementos que reavivan el conflicto o la tensión ineliminables de la función misma de abogado. «El deber de lealtad no impone al defensor una obligación *positiva*; más bien, puramente negativa. Esta le obliga a *no hacer*; es decir, a no afirmar algo contrario a la *verdad procesal*, y a *no actuar* con artes o pruebas mendaces para el triunfo de lo falso»²¹. Nótese aquí, entre otras cosas, que la lealtad entendida como la obligación de no contravenir a la verdad procesal tiene una dimensión casi tautológica, ya que la verdad procesal es aquello que resulta también de la conducta procesal del abogado. Por lo cual la obligación de lealtad puede leerse, en esta perspectiva, como la obligación de ser leales a la propia estrategia procesal, por lo tanto, como mucho, una obligación de coherencia respecto a las pretensiones hechas valer en juicio.

Estas numerosas tensiones y vacilaciones por lo que concierne a la lista y al contenido de las obligaciones deontológicas del abogado tienen

de quota parte litis», A. DE LIGOURI, *Degli obblighi de' giudici, avvocati, accusatori e rei*, a cura di N. Fasullo, Palermo, 1999, pp. 46 y 47).

¹⁹ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, Parte generale*, vol. 2, XI ed., Firenze, 1924, p. 493.

²⁰ *Ibid.*, p. 499.

²¹ *Ibid.*, cursivas en el texto.

obviamente origen en gran medida en la configuración institucional de la abogacía y del sistema jurídico en el cual se insertan. A propósito de esto no se puede ignorar la diferencia entre sistemas de Derecho europeo continental y sistemas de *common law*.

La tradicional contraposición o diferenciación entre *common law* y *civil law* puede sistematizarse haciendo referencia a la figura del juez. Como es sabido, el *common law* es eminentemente *judge-made*, obra de la acción del juez, fruto de la jurisprudencia. Mientras, la comprensión (y la autocomprensión) del Derecho continental europeo pasa por la centralidad de la legislación, por aquello que en francés se denomina *legicentrisme*. Los sistemas jurídicos continentales giran en torno a la figura (y al mito) de un legislador omnipotente y omnicompetente. Los sistemas jurídicos anglosajones –si bien con importantes diferencias entre ellos, en tanto que ellos también, en primer lugar el inglés, ensalzan la soberanía del parlamento–, reservan al juez un papel y unos poderes que para el jurista de la Europa continental son inconcebibles. Piénsese que el principio del precedente vinculante es una doctrina de la *House of Lords* (actuando como Corte Suprema británica) –no el resultado de una ley o de una norma constitucional–; y ha sido igualmente abrogado en 1966 por la misma Corte con un simple *statement*, una mera declaración (no una sentencia o una decisión).

Sin temor a equivocarnos, podríamos decir que la diferencia entre los dos sistemas pasa en primer lugar por una diversa concepción de la función legislativa, que, en el *common law*, si bien siendo suprema, carece de la pretensión de legislar para cada materia y en forma comprensiva y general. La diferencia pasa también por una diferente conceptualización de la actividad judicial, por la alternativa –podríamos decir– entre un «juez-señor» (en el *common law*) y un «juez-funcionario» (en el Derecho continental). Podríamos añadir que dicha alternativa es una constante de la historia jurídica, y no sólo de la occidental. En el curso de ésta el juez se presenta o bien como titular de un poder propio y de una legitimidad originaria o bien como un sujeto investido de un poder ajeno que él administra y carente por tanto de legitimidad independiente. El primer tipo de magistrado podría ser llamado «juez-señor», el segundo «juez-funcionario».

En el interior de cada una de estas dos figuras idealtípicas podemos encontrarnos con varios personajes más concretos. Así el «juez-señor» se da normalmente o en la forma del «juez-rey», en el que originaria o tendencialmente se funden *iurisdictio* y *gubernaculum*; o bien en la forma más

modesta del «juez-árbitro». Este último carece de *gubernaculum*, de suma potestad, pero tiene en sí una potestad originaria. Esta deriva de la modestia de su posición y de sus prerrogativas (se limita a presidir el debate, pero no lo «instruye» ni lo domina), y del valor que encarna: la imparcialidad, la *fairness*, la justicia procedimental. El «juez-funcionario» se presenta también bajo varias formas, que en general son (a) juez como «notario», del (b) juez como «censor», o (c) juez como «órgano», la última de las cuales es la que prevalece en los Estados modernos a partir de las codificaciones napoleónicas.

A estas diferentes figuras corresponden otras tantas declinaciones del concepto de abogado. El abogado denota histórica e institucionalmente una función que comprende tres roles bastante diferentes entre sí: (i) el procurador (o representante en el proceso), bien ejemplificado por el viejo «avoué» francés; (ii) el experto o consejero jurídico (el consultor de parte en cuestiones jurídicas); (iii) el defensor en la discusión pública (el orador, el *barrister* inglés, o bien el *avocat* francés antes de la reforma de 1971). Pues bien, al «juez-señor» le corresponde en general el abogado como «consejero», o más bien, y patológicamente, como «encubridor» de la parte. Si el proceso es un mero desencuentro de partes contrarias –como tiende a serlo en el sistema acusatorio, o «adversary»– el abogado tiende a identificarse al máximo con los intereses y los derechos de la parte que defiende. Lo cual le expone al riesgo de transformarse, precisamente, de «consejero» en «encubridor». Al juez como «notario» le corresponde el abogado «político», el *statesman* ensalzado en un libro de Anthony Kronman²². Aquí el proceso se configura como una reproducción del procedimiento deliberativo que se concluye con la producción de las leyes. El procedimiento no está orientado a la afirmación de los intereses y de los derechos de las partes, sino más bien al bien público. El juez, en esta perspectiva, se convierte en garante del procedimiento, y le pone su sello; es una especie de guardasellos.

Al «juez-censor» le corresponde un abogado también «censor». En realidad aquí todo el proceso es de «censura», dirigido a la reafirmación de la moralidad de los comportamientos y a su control ético. El proceso no quiere garantizar los derechos de las partes, sino su correcta eticidad. Dicho

²² Vid. A.T. KRONMAN, *The Lost Lawyer*, Cambridge, Mass, 1993; para una crítica del mismo, vid. C. SILVA MARQUES, «Anthony Kronman on the Virtue of Practical Wisdom», *Ratio Juris*, vol. 15, 2002, pp. 328 y ss.

proceso tiene un «precipitado» histórico en la reforma del procedimiento judicial introducida en Prusia a mediados del Setecientos por Federico. Aquí los roles de juez y abogado son intercambiables, en tanto que ambos son titulares de la *Rechtspflege*, de la protección del Ordenamiento jurídico y de su moralidad sustantiva²³. Al «juez-órgano» le corresponde idealmente el abogado «órgano» si bien con poderes diferentes y reducidos respecto a los del juez. El abogado es aquí uno de los tres sujetos que componen la trinidad del proceso (junto al juez y al ministerio público), ahora metafísicamente unido a la parte en una entidad definida como «entidad-parte».

En un erudito y brillante ensayo, Mirjan Damaska nos ofrece una conceptualización de los sistemas jurídicos y procesales que es de gran interés para nuestros fines. Damaska, en un refinado ejercicio de comparación, distingue los sistemas jurídicos en «jerárquicos» y «coordinados». Los primeros coincidirían tendencialmente con los sistemas de Derecho continental europeo, mientras que los segundos comparten muchos rasgos de los ordenamientos de *common law*. En los sistemas coordinados los jueces son los «laicos» –en el sentido de «giurie», es decir de sujetos que acceden a la magistratura tras haber desarrollado otra profesión o en cuanto miembros representativos de la sociedad civil, eventualmente mediante elección popular. En los sistemas jerárquicos los jueces son los «funcionarios» y los «profesionales» –elegidos en general mediante una selección meritocrática. En los sistemas jerárquicos la estructura del proceso es estrictamente jerárquica– de modo que a la sentencia del primer juez puede seguirle mediante apelación una segunda sentencia de un juez jerárquicamente superior. La apelación sirve entonces, más que para garantizar los derechos de las partes, para permitir a una instancia judicial superior controlar lo operado por la instancia inferior. En los sistemas coordinados la apelación es por el contrario excepcional y no existe ordenación jerárquica neta de las instancias judiciales.

Además, mientras que en los sistemas jerárquicos el juez se distingue poco del acusador o ministerio público –ya sea en cuanto «instruye» también él el juicio, ya sea porque juez y acusador pertenecen a un mismo cuerpo de funcionarios del Estado–, en los sistemas coordinados el juez y el acusador son sujetos bien distintos, y sin embargo, el acusador no tiene pre-

²³ Al respecto, E. DÖHRING, *Geschichte der deutschen Rechtspflege seit 1500*, Berlín 1953, y A. WEIßLER, *Geschichte der Rechtsanwaltschaft*, Frankfurt an Main, 1967.

rogativas que no posea también el abogado. En fin, el sistema coordinado está encaminado de manera más intensa a la justicia sustancial de la decisión, a diferencia del sistema jerárquico que tiene la ambición de presentarse como un caso de justicia procedimental pura –aquella en la que el respeto de las formalidades procedimentales asegura la justicia del resultado.

Damaska considera que es posible reconducir las dos formas de sistema jurídico, de las que se ha hablado hasta ahora, a dos manifestaciones idealtípicas de Estado: (a) el Estado «reactivo», y (b) el Estado «activista». A estos dos tipos se refieren posteriormente –en su opinión– dos tipos diferentes de fines del proceso. En el Estado «reactivo» el proceso tiene la función principal de resolver un conflicto, en el «activista» su función es sobre todo la de implementar una cierta política. Estas diferencias estructuran de manera diversa el rol del abogado. En el proceso «conflict-solving» la parte es en realidad el *dominus* del proceso: aquí por tanto el abogado en principio podría incluso no comparecer, y si comparece está subordinado de manera rígida a los intereses y a los deseos de la parte. «Counsel must zealously advance his client's interests only as the latter defines them [...], even if he himself is not convinced that these arguments constitute the best interpretation of the law»²⁴. El abogado no está orientado a la administración de justicia y no se perfila como «órgano» de ésta. Su manera de actuar es bastante agresiva: la defensa del cliente es una prioridad fundamental.

En el proceso «policy-implementing» las cosas son diferentes. Aquí el abogado no es tanto un «representante» de la parte cuanto un «órgano», un funcionario, de la administración de justicia. En este proceso, *domini* del procedimiento no son las partes sino los «órganos» del Estado, en primer lugar el juez. La participación del abogado sirve –en un contexto así– para aumentar las posibilidades de llegar a un resultado correcto desde el punto de vista de la administración de justicia. «In a legal system characterized by the tendency to favor smooth implementation of State policy, there is no place for lawyers who serve the self-interest of clientes and create obstacles to the realization of State programs»²⁵. En este sistema la lealtad del abogado está fundamentalmente referida al Ordenamiento. Se puede ser leal hacia

²⁴ M. R. DAMASKA, *The Faces of Justice and State Authority*, New Haven and London, 1986, p. 142.

²⁵ *Ibid.*, p. 175.

la parte sólo en tanto que los derechos y los intereses de ésta no entren en colisión con los de la administración de justicia.

Obviamente, el cuadro delineado por Damaska es bastante sumario y en cierto sentido radicaliza la realidad efectiva. Ello sin embargo se debe a su naturaleza ideal típica: la realidad institucional es mucho más variada y el cuadro de los ordenamientos procesales es cualquier otra cosa que simple, siendo por el contrario muy fragmentado.

Haciendo no obstante abstracción de tal variedad y fragmentariedad, dos, en síntesis extrema, son las concepciones que se disputan el campo de la concepción del abogado. (1) Una liberal *grosso modo* por la cual el abogado es un defensor celoso y neutral respecto a los fines perseguidos por la parte (que él asume como los fines de su propia acción). (2) Una comunitarista *grosso modo* –o eticista, o perfeccionista–, por la cual el abogado es administrador de justicia, por tanto encaminado a realizar –como el juez– la justicia del caso concreto. Esta alternativa se presenta –si bien en modos diversos– tanto en los sistemas de Derecho europeo continental (más próximos al modelo «jerárquico» del que se ha hablado antes) como en los sistemas de *common law* (más próximos al modelo «coordinado»). Estos últimos propugnan en mayor medida, por su constitución, la doctrina de la «defensa neutral» mientras que los primeros son próximos a las visiones comunitaristas y eticistas.

Sin embargo, en la filosofía del Derecho –con la loable excepción de los estudios estadounidenses de «legal ethics»²⁶– se ha escrito bien poco sobre el tema. El iusfilósofo está obsesionado tradicionalmente con la figura del soberano o del legislador o bien más recientemente con la del juez. No se preocupa del abogado. No obstante en ocasiones, también fuera de los Estados Unidos (donde se ha centrado la atención más en los aspectos deontológicos que conceptuales de la función del abogado) encontramos notas y consideraciones interesantes y relevantes. En el contexto italiano dos estudiosos se han ocupado del tema ofreciendo, si bien en pocas páginas, contribuciones de elevado nivel: Giovanni Tarello y Luigi Lombardi Vallauri. Cada uno de ellos –de bien distinta formación intelectual– es

²⁶ Para una primera aproximación y una reseña de tales estudios y de las tesis en ellos defendidas, vid. *The Good Lawyer. Lawyers' Roles and Lawyers' Ethics*, a cargo de D. Luban, Totowa, N. J., 1983, *Ethics in Practice. Lawyers Roles, Responsibility and Regulation*, a cargo de D. Rhodes, Oxford, 2000, y R. O'DAIR, *Legal Ethics. Texts and Materials*, London, 2001.

defensor de uno de los cuernos del dilema frente al cual se encuentra la reflexión teórica sobre los cometidos del abogado. Tarello defiende al abogado como –podríamos decir– defensor neutral; Lombardi Vallauri por el contrario configura y preconiza un abogado «cuasi-juez». Es oportuno detenerse en cada una de estas ideas.

III

Giovanni Tarello es ante todo exponente de una concepción iuspositivista y vagamente sociologista. Las reglas deontológicas, en su opinión, se deducen «del análisis de la estructura de la organización jurídica de la que se trate» y también «de la “cultura”, que en una sociedad histórica los operadores jurídicos comparten con los otros sujetos»²⁷. De esta manera –se señala– la deontología resulta separada de la ética y de la filosofía moral, y se coloca en un espacio contiguo al ámbito del Derecho positivo y la sociología. Dicha perspectiva metodológica es por lo demás coherente con la teoría realista del Derecho y con el radical nocognoscitivismo metaético que caracteriza la posición iusfilosófica de Tarello.

Este –para dotar de contenido a la deontología forense– parte de la letra de la Constitución. Aquí –subraya– se encuentran dos principios que conciernen directamente a la actividad del defensor legal. Se trata sobre todo del artículo 24.II de la Constitución de la República Italiana, que señala: «La defensa es un derecho inviolable, en cualquier estado o grado del procedimiento». Está también el artículo 27.II: «No se considerará culpable al acusado sino hasta la condena definitiva». A partir de estos artículos, del hecho de que el derecho a la defensa es un derecho fundamental indisponible, debe deducirse –continúa Tarello– que en el ordenamiento italiano «el defensor penal debe sentirse no ya “principalmente” sino “exclusivamente” defensor, y actuar como tal. En particular no debe sentirse, ni debe actuar nunca como una clase de auxiliar o colaborador del juez»²⁸.

A partir de esta configuración general de la actividad forense, Tarello deriva tres reglas deontológicas que son en su opinión muy relevantes y centrales para lo que afecta a las relaciones entre parte y abogado. (a) Quien es elegido como defensor no puede negarse a aceptar la defensa salvo por

²⁷ G. TARELLO, «Due interventi in tema di deontologia», *Materiali per una storia della cultura giuridica moderna*, vol. 12, 1982, pp. 215 y 216.

²⁸ *Ibid.*, p. 209.

razones que impidan una eficaz persecución de los intereses de la parte. (b) «La defensa debe llevarse de la manera más eficaz, tanto desde el punto de vista técnico-jurídico como desde el que se refiere a las situaciones de hecho, sin concesión alguna a las convicciones subjetivas del abogado o a sus ideas u opiniones»²⁹. (c) El abogado debe abstenerse de todo aquello que contraste potencialmente con los deberes de parcialidad que definen su papel.

Ciertamente, para esta perspectiva deontológica –que es básicamente la del defensor neutral– los únicos límites éticos (deontológicos) a la actividad del abogado son los establecidos por la ley. «La defensa debe ser conducida de la manera más eficaz posible, con el único límite de las disposiciones legales (cuyos enunciados por otra parte en esta materia deben ser interpretados de la manera más restrictiva posible) a la vista de la realización completa del derecho fundamental de libertad del asistido»³⁰. La conclusión paradójica de una posición deontológica así es por tanto que la deontología, como regla distinta de la norma jurídica, no sirve para nada, es decir carece de una función específica, ya que se asume que el único límite a la actividad del defensor es establecido por la norma jurídica.

Por lo que se refiere a las relaciones entre abogado y juez, el principio deontológico propuesto por Tarello es –en mi opinión– particularmente inquietante. Al abogado le sería lícito, incluso le sería impuesto (en tanto que debido), aprovecharse de todas las debilidades humanas del juez, ejercer sobre él presiones de todo tipo, con el fin de una eficaz defensa de los intereses de su cliente. El último límite a dicho comportamiento estratégico (si no cínico y maquiavélico) es sólo el de la corrupción, es decir el de la violación de una norma legal. No se puede corromper al juez; pero sí rodearlo, engañarlo en cierto sentido. Se puede –es más, se debe– intentar que el juicio se desarrolle ante el tribunal que es más favorable o amigo, y por tanto las tácticas dilatorias y las que evitan el principio del juez natural no le parecen a Tarello deontológicamente reprobables. «La deontología profesional del abogado le impone a éste –en función de una defensa eficaz– extraer todo el provecho de los prejuicios a los que el juez de hecho sucumbe. El defensor debe, por ello, personalizar la defensa en relación al juez, debe intentar llevar el procedimiento o parte de éste frente a aquel

²⁹ *Ibid.*, p. 210.

³⁰ *Ibid.*, p. 213.

juez o a aquellos jueces que permitan en mayor medida prever el éxito de la estrategia defensiva, puede imaginar todas las tácticas más insidiosas (incluso tiene el deber de hacerlo) con el único límite, límite obvio, de la corrupción del juez»³¹.

Sin embargo, tampoco Tarello, animoso defensor de la parcialidad del abogado, logra sustraerse a la tensión, o a la ambigüedad intrínseca a la profesión forense. De los prejuicios del juez se debe obtener provecho; pero actuando de esta manera en cierto modo no se promueve la parcialidad. La parcialidad deontológica del abogado entra entonces en conflicto con la imparcialidad que para Tarello también define el papel del juez. «El abogado –afirma– realiza el máximo de su colaboración con el juez siendo buen defensor, siendo parcial»³². Pero ¿cómo puede tolerarse que la parcialidad del abogado no encuentre un freno en la imparcialidad del juez, y al contrario *deba*, con sus sofisticadas artes, transmitirse al juez mismo? Es posible que si Tarello pudiera ver con sus propios ojos lo que ocurre hoy en algunos tribunales italianos, donde la dilación, la intimidación y el intento de sustraerse al juez natural son la actitud constante del abogado al servicio del poderoso, quien sabe quizás si se desengañaría respecto al derecho del abogado de tolerar los prejuicios y las debilidades del juez y de «imaginar todas las prácticas más insidiosas».

Nos podemos preguntar además cuán eficaces respecto a un auditorio orientado a la corrección de las razones (como, bien o mal, se presume que está un tribunal), puedan resultar argumentos provenientes de un sujeto del que se afirma la irreductible y radical parcialidad. La humillante exigencia, «abogado, cíñase a la cuestión» que más de un juez ha dirigido al abogado que se empeña en un profuso ejercicio de oratoria puede encontrar una justificación precisamente en la orgullosa reivindicación de parcialidad (y por tanto no merecedora de atención) de aquel. Si el abogado fuera verdaderamente un «defensor» la contradicción performativa «mi cliente tiene razón pero yo no lo creo» (o en otra versión: «a mí no me importa»), estaría –por así decirlo– al acecho en cada fase de la argumentación forense lista para descalificarla.

Si para Tarello el abogado tiene la obligación de asumir la defensa de cualquier causa, y no puede permanecer haciéndose el esquivo entreteniéndose en juicios morales extraños al Derecho (y además peligrosos, porque

³¹ *Ibid.*, p. 214.

³² *Ibid.*, pp. 216 y 217.

entran en conflicto con el principio de la presunción de inocencia: principio que, según Tarello, tiene un importante valor moral) si el abogado no puede sustraerse al deber de socorro respecto al imputado, la dirección de la causa sólo puede, en su opinión, corresponder al abogado mismo y no depender de las instrucciones o de la voluntad del cliente. Es el abogado y sólo él el que interpreta y gestiona procesalmente los intereses y los derechos de la parte –con plena independencia–. Nótese *en passant*, que esta tesis no es del todo coherente con la doctrina de la «defensa neutral», en el marco de la cual el defensor depende de la parte en buena medida para su conducta procesal. Damaska hace de esta dependencia del abogado respecto al cliente un elemento cualificador de los sistemas «coordinados» y «conflict-solving», frente a aquellos «jerárquicos» y «policy-implementing». En estos últimos, por el contrario, el abogado no es «representante» de la parte sino que actúa en nombre propio y por propia iniciativa como «órgano» de la administración de justicia.

«El asistido –escribe el iusfilósofo genovés– no tiene el derecho de imponer una u otra línea defensiva, una u otra estrategia procesal, una u otra argumentación. El ejercicio de la defensa está ciertamente encaminado, tanto en sentido jurídico como en sentido ético, a la tutela del interés del asistido: pero a la tutela del interés del asistido en cuanto elemento objetivo de la configuración que el Derecho hace de un derecho fundamental de libertad, y no en la representación subjetiva del asistido»³³. El abogado por tanto –puede decirse– defiende no los intereses privados, particulares, subjetivos de la parte, sino el derecho de libertad «precipitado» en el derecho fundamental de defensa, de acuerdo con una configuración *objetiva* de dicho derecho y no según la percepción (y el eventual ejercicio consiguiente) de la parte en cuestión.

Aquí, por así decirlo, Tarello mete por la ventana lo que había sacado por la puerta: la orientación hacia valores objetivos (presumiblemente de justicia) por parte del abogado. La defensa será entonces parcialidad no tanto respecto a los intereses de la parte, cuanto respecto a los derechos fundamentales del ordenamiento objetivamente definidos. «Se incluye plenamente en la deontología profesional del abogado –concluye Tarello– el deber de resistir las presiones del asistido para predeterminar o para excluir una determinada línea defensiva o una particular conducta procesal, allí

³³ *Ibid.*, p. 214.

donde a juicio inapelable del abogado tal elección o tal exclusión hiciera menos eficaz la defensa»³⁴. Permanece fuerte el acento sobre la orientación instrumental y estratégica hacia el éxito; pero éste está más o menos explícitamente conectado a la realización de un *derecho fundamental* –que constituye la base justificativa última de la actividad forense–.

A fin de cuentas la tesis de la «defensa neutral» asume una imagen positiva, o mejor optimista, del abogado y de su historia. Es una reivindicación, en buena medida, del *status* del abogado tal como es o más bien como ideológicamente gusta de presentarse. Bien distinta es la perspectiva eticista que se presenta como intérprete de la sospecha que sobre la figura del abogado es permanente en la cultura y en la literatura occidental.

De Lutero y de sus excesos verbales ya hemos hablado. Pero no podemos olvidar el Azzecagarbugli manzoniano, personaje tan próximo a nosotros, como Don Abbondio fuerte con los débiles y débil con los fuertes. El Azzecagarbugli rechaza defender a Renzo, por obsequio y temor hacia el prepotente de turno, aquel Don Rodrigo que se proyecta como una especie de máscara intemporal de los hábitos políticos del Bel Paese. Pero los leguleyos no sólo son aborrecidos por nuestro Manzoni. Es Shakespeare el que en *Enrique VI (II parte)* hace gritar «let's kill all the lawyers». Por no hablar de los «letrados» mercenarios y corruptos de los que abunda la literatura del Barroco español. ¿Qué dice de los abogados Antonio Pérez en el *Norte de Príncipes*? «Viven de nuestra sangre» y «se autorizan de nuestras indignidades»³⁵. Y en las novelas de Dostoevskij algunos de los más tristes de sus personajes ejercen la profesión de abogado: Lebedev en *El idiota*, Luzin en *Crimen y castigo*.

Ahora bien, intérprete de esta sospecha y desprecio puede considerarse la perspectiva eticista, de la que es ejemplo la reflexión al respecto de Luigi Lombardi Vallauri: «En el rol del abogado en cuanto representante en el proceso, autor de comparecencias y arengas, de objeciones procedimentales y recursos, hay algo poco limpio ya sea desde el punto de vista intelectual, ya sea desde el punto de vista moral. La búsqueda de la verdad y la defensa de la razón contra el error se concilian mal con la venta de la propia lógica al primero que pasa»³⁶.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ A. PÉREZ, *Norte de Príncipes*, Buenos Aires, 1945, p. 153.

³⁶ L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, Padova, 1981, p. 625.

El iusfilósofo florentino parte de la constatación de que el abogado «interviene normalmente en casos de patología de la acción, y en particular de patología de la relación humana»³⁷. El abogado se insinúa en la litis, en el fallo en la relación de comunicación entre dos o más seres humanos. Y se introduce en dicha crisis –subraya Lombardi Vallauri– no para resolverla disminuyendo el conflicto, sino para radicalizarlo, llevándolo hasta sus extremas consecuencias: el proceso. El proceso es entonces considerado un hecho patológico del derecho, evento en cierto sentido violento, contienda cualquier cosa menos comunicativa. Como muy otra cosa que comunicativa (o reconciliadora) es la intervención del abogado. El abogado en realidad –nótese– no habla a la otra parte (y a su abogado), sino que se dirige a un tercero, al juez. Es este su verdadero interlocutor. Su palabra está «tejida de presunciones, todas malévolas para el adversario, todas favorables para el cliente. Es una palabra que no apela al destinatario: no busca convencerlo»³⁸. «El abogado es defensor de una parte, no de la relación [...] Y si se habla mediante abogados, quiere decirse que no se habla»³⁹.

A partir de estas consideraciones Lombardi Vallauri propone una revisión, incluso una profunda reforma, de la profesión forense. De jurista de la terapia, el abogado debería pasar a transformarse en un «jurista de la prevención»: de la misma manera en que el juez, también él hoy patólogo del derecho, debería ser reconceptualizado como «operador social». Este debe intervenir, no en la pacífica relación entre las partes –que se convierte en problemática–, sino cuando surgen los problemas, en el momento en el que es todavía posible restablecer la comunicación entre los sujetos que se encuentran en una cierta relación y que comienzan a claudicar en la conducción de ésta. En cierto sentido, el juez y el abogado deberían disponerse a desarrollar funciones de carácter pedagógico o terapéutico. El abogado debería ser una especie de médico de familia, que sigue paso a paso la vida del paciente, también en ausencia de patologías declaradas. El abogado se convertiría así en una especie de «consejero de paz»⁴⁰. Su cometido sería el de dirigir la atención de los eventuales contendientes sobre los fundamentos de su elección y sobre los valores que los unen, no sobre los intereses que

³⁷ *Ibid.*, p. 624.

³⁸ *Ibid.*, p. 622.

³⁹ *Ibid.*, p. 631.

⁴⁰ Vid. G. COSI, *Il giurista perduto*, Firenze, 1987, p. 136. Véase de este autor también *La responsabilità del giurista. Etica e professione legale*, Torino, 1998.

los separan y los hacen entrar en conflicto. En este sentido, entonces, se trata –escribe el mismo Lombardi Vallauri– de una «aproximación del rol del juez al del abogado, entendido más como consultor legal y experto en pacificación que como representante dialéctico en el proceso»⁴¹.

En este punto el iusfilósofo florentino se arriesga a proponer una reforma del procedimiento judicial. En el proceso, una vez que las partes han nombrado cada una a un abogado, éstos nombran un tercer abogado en común confianza. Los tres abogados constituyen un colegio que juzga preliminarmente respecto a la litis. Antes de decidir (por mayoría) deben poner en marcha en los límites de lo posible «cualquier intento para una amigable solución de la controversia»⁴². Cualquiera de las partes puede impugnar la decisión y dirigirse a la magistratura ordinaria. En tal caso el colegio y las partes están obligadas a pagar una importante sanción económica, por no haber sido capaces de llegar a una solución definitiva de la controversia. «Sin previa culminación del procedimiento frente a *abogados-jueces* y sin pago de la sanción no se puede proceder frente a la magistratura ordinaria»⁴³. Una vez ante el juez ordinario, el procedimiento sigue las vías ordinarias. Si a la decisión de los abogados-jueces no sigue la apelación, su decisión tiene valor de cosa juzgada. A tales abogados, si no logran resolver el conflicto, y si se acude a la magistratura ordinaria, no les corresponde por la causa frente a ésta ninguna compensación añadida.

En realidad, el modelo de Lombardi Vallauri parece basarse en una sospecha no sólo respecto al papel del abogado, sino también y sobre todo hacia la realidad del proceso. Se tiene una visión del todo negativa de éste, de manera que su misma puesta en marcha significa para el justo una derrota y para el auténtico derecho una condena. A pesar de ello, el filósofo florentino ve en el juez el alfa y omega del operador jurídico. El razonamiento jurídico es para él esencialmente el judicial: «el razonamiento auténtico y completo es el del juez»⁴⁴.

La misma idea de justicia es –en dicha perspectiva– considerada con sospecha. Respecto a la bondad y a la fraternidad, la justicia asume un valor subordinado. Es la *amistad* el criterio al que deben orientarse las relaciones humanas, más que al de justicia. En esta perspectiva el conflicto, el con-

⁴¹ L. LOMBARDI VALLAURI, *op. cit.*, p. 625.

⁴² *Ibid.*, p. 626.

⁴³ *Ibid.*, cursivas más.

⁴⁴ *Ibid.*

traste, la «lucha por el derecho» son otras tantas formas de deficiencia y de imperfección. El abogado debe en cierto sentido aproximarse y fundirse en el juez: se propone una «aproximación de la mentalidad de los abogados a la de los jueces en el sentido de la imparcialidad y de la responsabilidad del decidir»⁴⁵. Pero a su vez el juez es más que el árbitro de una contienda entre las partes, más que el «señor» que hace justicia o el «funcionario» que aplica la norma, un «experto en estructura» –por usar la expresión de Giovanni Cosi, discípulo de Lombardi Vallauri⁴⁶. El «experto en estructura» es aquel que está en condiciones de mantener con buena salud las relaciones jurídicas fisiológicas, inyectándoles toda la moralidad que son capaces de absorber. Es en realidad muy parecido al «consejero de paz» del que se ha hablado antes: una figura muy moralizada y moralizante que no por casualidad Cosi relaciona con la del «buen padre de familia»: «Se trata de una figura que teniendo que trabajar potencialmente con todo el Derecho debe poseer *toda* la “moralidad” que el Derecho está en condiciones de expresar»⁴⁷.

El abogado se convierte así –repito– en juez o, incluso, en «pre-juez» como dice el mismo Lombardi Vallauri, «experto en estructura», «consejero de paz», o también «buen padre de familia». De figura del conflicto pasa a ser sujeto «paternal» y –lo que es más– *paternalista*.

IV

¿Puede un abogado, para defender a su cliente, actuar buscando proyectar sospechas sobre un tercero, sin tener pruebas ni convicción de su culpabilidad? ¿Puede manipular a un testigo y humillarlo, degradarlo, proyectar sobre él el mayor descrédito posible, con el fin de evitar que demuestre hechos probatorios en relación con su defendido? ¿Es lícito que el abogado desacredite a los magistrados que han incriminado a su cliente o a aquellos que lo juzgan, con el fin de enderezar una situación procesal que se perfila como netamente desfavorable para su cliente?

¿Puede un abogado repetida y obstinadamente elevar excepciones procesales con la finalidad de impedir el regular desarrollo del proceso, en el que la situación probatoria está siendo perjudicial para su cliente? ¿Está permitido que el abogado, que está vinculado al principio de independencia

⁴⁵ *Ibid.*, p. 627.

⁴⁶ *Vid.* COSI, G., *Il giurista perduto*, cit., pp. 144 y ss.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 151, subrayado en el texto.

frente a los poderes públicos, sea al mismo tiempo abogado de una causa y miembro del Ejecutivo? ¿Es lícito actuar de abogado en un proceso y al mismo tiempo sentarse en un parlamento en el que se discuten y se deciden medidas que afectan al procedimiento judicial y que por tanto pueden influir sobre la marcha y solución del proceso en el que actúa el parlamentario-abogado? ¿Es lícito, a través de maniobras varias, intentar sustraer la investigación o el proceso de su juez natural para confiarlo a otro magistrado del que se conoce o se supone la benevolencia hacia el propio defendido? Son estas preguntas cuya respuesta exige haber desatado los nudos de la configuración deontológica de la profesión forense.

Pues bien, ésta –como se ha visto– se encuentra comprimida entre dos concepciones enemigas y opuestas. Por un lado está la doctrina de la parcialidad neutral, o en otros términos de la «moral amoralidad». Para ésta –recuérdese– se debería responder afirmativamente a todas las preguntas que se acaban de formular– incluso con el riesgo de ofender el sentir común y el sentido normal de justicia. Por otro lado encontramos la visión eticista y paternalista de un abogado moralista que en su conducta anticipa la acción del juez. Para éste, no habría causa que no fuese también «justa», ni cliente que no fuera bueno, ni parte que no tuviera el derecho de su lado. Sin embargo, en ocasiones, si no a menudo, en las controversias jurídicas no se sabe en realidad dónde está el error y dónde la razón. Y ello sobre todo antes de examinar y debatir las pretensiones, las razones, las alegaciones, los argumentos de las partes. Por otra parte, incluso el peor de los asesinos tiene el derecho a defenderse en juicio –porque de otra manera no se abatiría sobre el un juicio, incluso terrible, sino una venganza. También el peor asesino podría hacer valer alguna atenuante, podrá –¿por qué no?– pedir también clemencia. Negársela sería volver de nuevo a los modos expeditivos (e irracionales) de la venganza y del linchamiento.

La justificación de la «moral amoralidad» del abogado se basa en general por una parte en una especie de lógica objetiva, por la que de la suma de las pequeñas amoralidades de la conducta forense derivaría por producción espontánea la moralidad de la administración de justicia, por lo menos *in the long run*, a largo plazo. Es lo mismo que lo que se dice ocurre en la economía de mercado, donde los pequeños (o grandes) sufrimientos de hoy producirán –al menos eso es lo que se asegura– la felicidad del mañana o sobre todo del pasado mañana o de un momento temporal no bien precisado sino más bien proyectado en el futuro. *In the long run* no

obstante –como comentaba cáusticamente Keynes respecto a la ideología del mercado– estaremos todos muertos y sepultados. Algo parecido creo que puede decirse en relación al sistema jurídico: aquel sistema jurídico que se alimenta de una multitud de actos inmorales que como tales producen no sólo infelicidad inmediata y para nada futura, sino también injusticia permanente y concreta.

Existe además en el argumento de la producción espontánea de moralidad (a partir de la inmoralidad) un importante presupuesto olístico. Lo que se toma en consideración es la felicidad o la justicia del «conjunto», del «todo», *des Gazen* –diría complacido el nazi Karl Larenz. «Die Gemeinschaft ist alles, du bist nichts» –podría leerse en las paredes de las ciudades alemanas entre 1933 y 1945. «La comunidad es todo, tu no eres nada». Pero, ¿puede aceptarse esto? ¿Puede el pequeño hombre aceptar acarrear una injusticia en vista de una futura justicia global del «todo»? ¿Pero el «todo» no es también y sobre todo sus partes? El problema que se plantea aquí es igual al discutido por Ivan Karamazov: ¿Cómo puede justificarse teológicamente el sufrimiento de un niño? ¿Cómo puede justificarse por ejemplo la tortura que Mengele inflige al pobre niño judío con vistas a la futura salvación del género humano? No hay nada –dice Karamazov– que pueda compensar aquel sufrimiento, nada que tenga el derecho de compensarla. Contrasta con nuestras más enraizadas intuiciones morales justificar la condena de un inocente, por ejemplo, a través del futuro o incluso resultado actual de una maximización de las condenas de culpable o de las absoluciones de inocentes.

El otro argumento en el que se basa la tesis de la «moral amoralidad» es el que se refiere al especial estatuto de las morales profesionales. La actividad de una función y la moralidad correlativa pueden –se dice– desviarse de la moral común. Y ello en cuanto que en aquella función como tal, objetiva y sistemáticamente, hay intrínseca una función que realiza un fin moral de gran relevancia. El argumento se desarrolla en cuatro pasos.

El primero es el que justifica una conducta moralmente controvertida o discutible o incluso claramente inaceptable mediante la referencia a un cierto rol o profesión. Aquella conducta sería –este es el segundo paso– manifestación necesaria o apropiada de aquel rol o de aquella profesión. El rol (o la profesión) se justifica como interno a un cierto sistema: por ejemplo, en el caso del mundo anglo-americano como funcional al proceso «adversary»; en el caso italiano –en la estrategia de Tarello, por ejemplo– al

ordenamiento constitucional republicano. En fin –este es el último paso– se justifica el sistema (o el ordenamiento) apelando a ciertas necesidades funcionales.

Ahora bien, esta estrategia argumentativa recae –me parece– en la metodología olista criticada anteriormente, y es particularmente falaz en la medida en la que a la moral ordinaria o universal se contraponen *tout court* la ética profesional. Si esta última no puede en manera alguna derivarse de la primera –o si contrasta con esta de forma irremediable intolerable–, termina por perder la referencia a la universalidad. Pero una doctrina de normas de conducta insalvablemente no universalizables no puede ser considerada una moral. La moral es posible mediante un ideal intercambio de roles: un rol debe poder ser transformado en otro. Ello es precisamente lo que una moral del rol (que lo enquistiza y que no permite superarlo) trata de evitar a toda costa.

Hay quien también avanza la idea de que la ética profesional, remitiéndose a códigos escritos y a órganos disciplinarios, y por tanto adquiriendo una elevada tasa de institucionalización, no pueda considerarse un sistema normativo «autónomo» o una moral «crítica» y por el contrario sea «heterónomo» y por tanto próximo al Derecho (positivo). Es la tesis de MacCormick: «La heteronomía es también una característica de la ética profesional en cuanto que está delegada a órdenes profesionales es decir a sus tribunales disciplinarios o comités éticos para la decisión en los casos difíciles. La ética profesional así entendida es también institucional, autoritativa y heterónoma»⁴⁸. Una perspectiva así tendría el efecto de demoralizar la deontología forense y de propugnar el tratamiento de acuerdo con los cánones clásicos del iuspositivismo: la rígida distinción entre lo que «es» y lo que «debe ser», relegando este último aspecto a la discusión filosófico-moral y a la «política del derecho» pero negándole una *vis directiva* positiva sobre la conducta de los abogados. En suma, la deontología forense sería aquella que «es», en cuanto institucional y heterónoma, al nivel del derecho positivo; el dilema ético se plantearía más allá de tal espacio, y se referiría no a la moral profesional, sino a la moral crítica que es la de cada uno prescindiendo de sus funciones sociales y de sus obligaciones de rol e institucionales. La conclusión de un enfoque así no es la de hacer los principios de

⁴⁸ N. MACCORMICK, «The Concept of Law and *The Concept of Law*», en *The Autonomy of Law. Essays in Legal Positivism*, ed. by R. P. George, Oxford, 1996, pp. 170 y 171.

la moral profesional universalizables y por tanto altamente normativos, y en consecuencia accesibles a la discusión moral; más bien al contrario, como ocurre en el caso del Derecho positivo concebido de este modo, de hacer la deontología profesional insular y autónoma respecto a la moral. Aquí obviamente no se dirá que el abogado no puede actuar moralmente; sino sólo que si quiere actuar de manera deontológicamente correcta no debe conducirse necesariamente de acuerdo con el punto de vista moral (universal).

Esta caracterización de las éticas profesionales es no obstante insatisfactoria. Lo es por lo menos en cuanto que el abogado, desde ese punto de vista, debe orientarse con el código deontológico vigente, pero no puede escapar a la necesidad de interpretarlo a la luz de lo que moralmente es un «buen abogado». Y por otra parte, en ausencia de un código deontológico escrito o fijo (que es en buena medida la situación italiana hasta hace algunos años) o en presencia de una laguna de la reglamentación deontológica «positiva» (que es en cierto sentido y de manera dramática la situación italiana actual), no puede decirse que el abogado pueda eximirse de cualquier consideración de carácter deontológico «extra-positivo». La institucionalización facilita y apuntala la orientación y la deliberación deontológica del profesional concreto, pero no la sustituye o reemplaza. En este sentido por tanto, también allí donde se encuentra institucionalizada y en cierta medida judicializada (como en Italia, donde el juez deontológico de última instancia es, como se sabe, la Corte di Cassazione, juez de apelación de las decisiones del Consiglio Nazionale Forense), la deontología desarrolla una función que no es precisamente la del derecho positivo del iuspositivista. De hecho mantiene de manera explícita la conexión con la moral crítica o normativa, precisamente por su carácter –digámoslo así– intersticial entre la regulación jurídica positiva (por ejemplo, las normas jurídicas que se refieren a la función forense, castigando sus manifestaciones ilícitas; piénsese en la «infidelidad» del patrocinio) y la moral de sentido común. Su significado y su relevancia se sitúan precisamente en aquel territorio de frontera y en aquel ámbito en cierta medida ambiguo en el que las normas jurídicas callan o no se aplican y sin embargo el sentido de justicia o de moralidad ligado a la función no puede ser ignorado, so pena de producir efectos no congruentes con la función misma o con el sentido (Wittgenstein hablaría del «Witz») de la institución en cuestión. Como dice Roberto Mangabeira Unger, «todo estudiante de derecho o todo abogado consciente ha tenido la inquietante sensación de estar en condiciones de argumentar con facilidad a favor de

soluciones contrarias entre sí»⁴⁹. Frente a tal inquietud no es posible no dar una respuesta; y la deontología está allí para eso.

La alternativa a la tesis de la «moral amoralidad» es la del «activismo moral» del abogado. Un buen ejemplo al respecto se encuentra en la teoría neiusnaturalista propuesta por la «Escuela de Sheffield» cuyos principales exponentes son Deryck Beyleveld y Roger Brownsword. El iusnaturalismo de estos autores no es de inspiración religiosa; es por el contrario plenamente laico. Ello no impide que su doctrina sea particularmente exigente, incluso más exigente en ciertos aspectos que aquella otra filosofía iusnaturalista –aunque de inspiración tomista– defendida por John Finnis. Mientras, por ejemplo, para Finnis los valores superiores, los siete bienes fundamentales identificados por él, no se disponen en orden jerárquico, para la escuela de Sheffield la razón práctica y el juicio moral pueden operar mediante instrumentos ofrecidos por la lógica formal.

Beyleveld y Brownsword además creen en una fundamentación lógica del principio supremo de la moralidad, el PGC, *Principle of Generic Consistency*: el principio de coherencia general. Su contenido es el siguiente: *Todo actor es titular de derechos generales, es decir de derechos a la satisfacción de las necesidades precisas para el desarrollo de la capacidad de actuar*. En esta sede no puedo extenderme sobre este punto ni presentar en detalle la filosofía del derecho de estos dos estudiosos británicos. Valga al respecto la indicación de que según ellos el concepto de derecho es el producto de una definición *real*, que puede deducirse del PGC, es decir del principio supremo de la moralidad. Ello vale también para la institución de la jurisdicción –que es de manera inmediata una noción moral–. Lo mismo puede decirse de la abogacía.

Considérese en primer lugar la forma en la que los dos autores británicos observan el proceso. En su opinión, su esencia reside en el hecho de que los participantes en el procedimiento de composición del conflicto buscan sincera y seriamente producir la decisión (moralmente/legalmente) correcta del caso⁵⁰. Ello tiene como consecuencia que las partes en el proceso (y con éstas sus abogados) están vinculadas a la misma moral profesional predicada del juez, es decir a buscar una decisión correcta. «Both Litigants

⁴⁹ R. M. UNGER, *The Critical legal Studies Movement*, Cambridge, Mass, 1986, p. 8.

⁵⁰ *Vid.* D. BEYLEVELD, R. BROWNSWORD, *Law as Moral Judgement*, II ed., Sheffield, 1996, p. 390.

and Legal Advocates must attempt to have the facts brought to light and to have the PGC correctly applied to the facts»⁵¹. Para entender mejor lo que esto significa se pueden consultar los ejemplos de deficiencias del proceso señalados por estos autores.

Así, el proceso es deficiente si por ejemplo las partes, teniendo acceso a pruebas determinadas, se abstienen de llevarlas a cabo por temor a que les perjudiquen. Las partes pueden mentir, o avanzar argumentos jurídicos, a pesar de estar íntimamente convencidas de la invalidez de estos argumentos. Puede ocurrir también que el juez llegue a la decisión sin estar seguro o convencido de su justificabilidad moral. En todos estos casos el proceso resultaría deficiente. El proceso –desde este punto de vista– tiene que ver con el bien común, es decir con el interés colectivo a una decisión correcta tanto desde el punto de vista jurídico como desde el punto de vista moral. Aquí es del todo subsidiario el aspecto individual o personal de la parte que tiene un interés propio a una (determinada) solución de la controversia.

Las partes por tanto deben colaborar activamente con el juez ya sea en el descubrimiento de las pruebas necesarias para establecer la verdad de los hechos ya sea en la identificación de los argumentos jurídicos más eficaces en relación con la decisión justa. Tal colaboración –recuérdese– no debe producirse de manera «adversa», mediante la lucha argumentativa y probatoria entre las partes que reivindican cada una de ellas derechos incompatibles entre sí. El abogado es concebido sobre todo como una especie de *amicus curiae*, un tipo de consejero, y de consejero no de parte sino del juez. «We conceive of a legal Advocate (an Advocate at Law) as one who through his advocacy and general involvement in the handing of the dispute attempts sincerely and seriously to promote a correct legal-moral determination of the matter»⁵².

El punto crucial en esta reconstrucción es éste: la deontología del abogado es fundamentalmente la misma que la del juez. Esta conclusión no obstante nos deja insatisfechos. Y ello sobre todo porque confunde el rol del abogado con el del juez. Una conclusión así no tiene en cuenta la situación fenomenológica del proceso. Aquí se comete un error análogo a la reconstrucción iuspositivista de la jurisdicción. Esta, para el iuspositivista, es esencialmente aplicación de una norma. Tan es así que Kelsen, por ejemplo,

⁵¹ *Ibid.*, p. 389.

⁵² *Ibid.*, p. 406.

reduce al mínimo o incluso anula la diferencia entre la función ejecutiva (administrativa) y la judicial. Beyleveld y Brownsword cometen un error análogo: la *adjudication* también para ellos es aplicación de una regla, esta vez aquella suprema de la moral, el PGC.

En este contexto filosófico en buena medida platónico –existe un repetido y casi obsesivo recurso a la noción de «esencia» y al instrumento de la «definición real»–, además se sostiene que no hay un «verdadero» proceso y ejercicio de jurisdicción si en una controversia entre A y B frente al juez C, ni A ni B, es decir ambas partes, persiguen el fin de la decisión correcta (moral). Si, por ejemplo, durante el debate B, supongamos que el acusado, miente o no se confiesa culpable (suponiendo que el sea el culpable), nos encontraríamos frente a una perversión del proceso y por tanto frente a algo que «en esencia» no es proceso⁵³.

Ello, obviamente, además de chocar con el derecho fundamental a la defensa del imputado –derecho que incluye el de no autoinculparse (recuérdese la famosa Quinta Enmienda de la Constitución estadounidense)–, haría imposible cualquier juicio de un «bueno» contra un «malo», o de quien tiene razón frente al que no, ya que exigiría al «malo», o a quien no tiene razón y no lo reconoce, una sustancial adhesión a rigurosos principios morales (la orientación hacia la corrección moral de la decisión judicial). Además la tesis contrasta de manera que me atrevería a considerar violenta con el derecho a la autonomía del sujeto (que incluye tradicionalmente el derecho a la autodefensa en el estado de necesidad o de peligro)– derecho a la autonomía, que se encuentra en la base del proclamado principio moral supremo el PGC, ya que este se deriva de la situación fenomenológica de la capacidad de actuar (la «agency») de cada individuo.

El problema aquí –como le ocurre a menudo al platónico o al objetivista en moral– es la incapacidad de pensar la operacionalización de los principios morales. Estos –para el platonista o para el objetivista– en buena medida se autoaplican, sin pasar por la fase, ciertamente crítica y arriesgada pero necesaria desde el punto de vista moral, de la deliberación subjetiva e intersubjetiva. Es el mismo error del iuspositivista formalista que cree que las normas jurídicas se autoaplican y que el juez es un mero «autómata», todo lo más «bouche de la loi». Ambos, iusnaturalistas y positivistas, se equivocan sobre el carácter de la situación fenomenológica del proceso.

⁵³ Vid. *ibid.*, p. 397.

Este es ante todo una *controversia*, un *conflicto*, una *litis*, para cuya resolución se apela a un tercero –que es investido por las partes, y no por sí mismo–, para la solución del conflicto. Y es investido por su carácter de tercero, por el hecho de ser extraño a la *litis* –situación que le podrá permitir ser imparcial, que es la primera virtud que se le requiere al juez–⁵⁴. Aquí puede saltar a la vista la razón por la que resulta inaceptable toda reducción del abogado a juez. El abogado es parte en el proceso. Es bueno que no sea también juez, que *nemo iudex in re sua*. Si ocurriese de otra manera, se terminaría inevitablemente violando el principio de imparcialidad que debe sobreentenderse a la actividad del juez.

Nos encontramos por tanto con la alternativa entre (i) una visión deontológica que se apoya sobre la noción de «moral amoralidad» por la que el abogado se identifica con los intereses de la parte y con nada más (prescindiendo del hecho de que tales intereses sean ilícitos o moralmente injustificados) y (ii) una visión de un abogado «activista moral» sustancialmente afín a la figura del juez. Ambos cuernos de este dilema son, no obstante, eso es lo que nos parece, inaceptables y distorsionan la función del abogado. El primer planteamiento lo convierte en una especie de «consejero» o de favorecedor de la parte; el segundo *sic et simpliciter* en un auxiliar del juez, una especie de asistente. El abogado no es ni mero representante de intereses ni simple funcionario de justicia. ¿Y entonces?

Para reconstruir satisfactoriamente la posición deontológica del abogado podemos –creo– recurrir a una estrategia diferente. Podemos emprender un análisis reconstructivo de la historia y de la práctica de la institución de la abogacía. En dicha perspectiva nos enfrentamos con un dato de máximo interés. Tradicionalmente, tanto en el *common law* como en el Derecho continental europeo, el abogado en realidad se encuentra compuesto por dos figuras: está el procurador, el representante de los intereses de la parte, y el abogado en sentido estricto, el defensor en la discusión. Esta duplicidad se vuelve a encontrar en el ordenamiento inglés, donde el *barrister* defiende en la discusión y el *solicitor* desarrolla funciones de procurador, como en el derecho francés, al menos hasta 1971, donde el *avocat* era una figura *grosso modo* análoga al *barrister* mientras que el *avoué* hacía las veces del *solicitor*⁵⁵.

⁵⁴ Vid. LUCY, W., «Adjudication», in *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, ed. by J. Coleman and S. Shapiro, Oxford, 2002, pp. 206 y ss.

⁵⁵ Vid. ZWEIGERT, K., KOTZ, H., *Introduzione al diritto comparato*, vol. 1, *Principi fondamentali*, trad. it. di A. Di Majo e A. Gambaro, Milano, 1992, pp. 155 y ss., pp. 262 y ss.

Tal duplicidad de roles es altamente instructiva, si se recuerda que *barrister* y *avocat* no tenían generalmente contactos directos con el cliente y que su actividad no se configura jurídicamente como prestación de obra, objeto específico de una relación contractual. El abogado es aquí independiente sobre todo *del cliente*. Y el principio de dicha independencia se refleja en casi todos los códigos deontológicos vigentes. El abogado durante la discusión desde el punto de vista ideal está lejos de mirar a la defensa de los intereses particulares del cliente. Es la defensa de los *derechos* de éste lo que le preocupa y le compete. Ello tiene importantes consecuencias deontológicas, en el sentido de que el abogado debe conservar una cierta distancia, y también una dosis de neutralidad e imparcialidad, respecto a los intereses y a los deseos del cliente. Tan es así que en los códigos deontológicos europeos se subraya que el abogado no debe someterse, en la conducción de la causa, a las instrucciones del cliente.

El abogado por tanto sí es –si se quiere– un «amigo» de su cliente –como explica Charles Fried⁵⁶. Pero tal amistad es aquella noble tan bien ilustrada por Aristóteles en la que no se aprueba cualquier conducta del amigo ni se atiende a cualquier iniciativa suya. «No somos capaces de vernos a nosotros mismos (y que no podemos conocernos es evidente a partir de cómo reprochamos a los otros sin ser conscientes de que también hacemos las mismas cosas) [...]; por tanto, de la misma manera que cuando queremos vernos la cara, la vemos mirándonos en el espejo, también cuando queremos conocernos a nosotros mismos, podemos conocernos mirando al amigo. De hecho el amigo es, como hemos dicho, otro nosotros mismos» (*Magna moralia*, 1213.^a, 15-23). El abogado-amigo es aquí un espejo puesto delante de la parte, de manera que ésta refleja y reconsidera sus preferencias.

«Abogado –conciencia en alquiler–» dice Dostoevskij⁵⁷. Esto, que es un insulto puede reinterpretarse como un juicio que contiene verdad y tiene un núcleo deontológico, sin ser infamante. El abogado es una conciencia en arrendamiento –puede sostenerse– no en el sentido de que es capaz de defender y participar en cualquier fechoría, sino en el sentido de que su función es la de sostener y constituir un reflejo de la conciencia egocéntrica de su asistido. Es una conciencia que se añade a la de la parte, y contribuye a

⁵⁶ Vid. Ch. FRIED, *Right and Wrong*, Cambridge, Mass., 1978, capt. séptimo.

⁵⁷ *I fratelli Karamazov*, trad. it di A. Villa, Torino, 1993, p. 323.

hacerla sensible a la pretensión de justicia implícita en toda reivindicación jurídica. De lo contrario, más que de un amigo, se trataría de un «proxeneta» –por lo menos en la acepción que nos ofrece Gerolamo Cardano: consejero, guía, intermediario, facilitador de asuntos. El «proxeneta» es en definitiva aquel amigo al que se está ligado por vínculos exclusivamente prudenciales. El que por tanto no se cuida de la justicia de los fines que se propone aquel al que aconseja y asiste; a lo que presta atención es sólo a la adecuación instrumental y a la eficacia de los medios empleados para objetivos y planes de vida que –a diferencia del verdadero amigo– le son del todo indiferentes. El «proxeneta» de Cardano así no se guarda de proponer la corrupción o la intimidación para «componer» o quitarse de en medio estorbos en un proceso: «In litibus, ab initio (si potes) conare excindere testes, corumpendo et iudicem adversariumque leniendo vel deterrendo», (*Proxeneta*, CXII). Pero no falta quien vea que hacer del abogado un «proxeneta» significa degradar su dignidad⁵⁸. «De hecho –dice Giuseppe Zanardelli en el segundo de sus discursos brescianos sobre la abogacía, una auténtica conmemoración de la profesión forense– no debe perder de vista jamás que su faro es lo justo y no lo útil, y que esta idea de la justicia debe dominar incesantemente sobre los intereses que le son confiados»⁵⁹.

No obstante, si preguntásemos a un profesional de nuestros días cuál es la virtud principal de un buen abogado, es posible que escucháramos una respuesta del tenor de aquella que hace enorgullecerse de sí mismo al abogado tan bien retratado de *Resurrección* de Tolstoj⁶⁰. La virtud del abogado consiste aquí en la habilidad de hacer triunfar una causa «imposible», es decir manifiestamente infundada e injusta, contra un adversario provisto por el contrario de una cantidad de buenas razones. Es tal virtud del «buen abogado» la que es capaz de transformar el error en la razón y la razón en el error y –con trucos casi de prestidigitador– hacer parecer lo que es lícito ilícito y lo que es ilícito lícito. Pero si esta fuera verdaderamente la virtud del abogado, ¿cómo podría un individuo que quiere

⁵⁸ Vid. PANNICK, *Advocates*, Oxford 1992, p. 8: «Lord Esher declared in a judgement in 1889, counsel is not 'bound to degrade himself for the purpose of winning his client's case.»

⁵⁹ ZANARDELLI, G., *L'avvocatura. Discorsi*, IX ristampa, Milano, 1920, p. 189.

⁶⁰ «En seguida se abrió la puerta de la sala y, con paso rápido, apareció el famoso “abogado genial”, con el rostro radiante por el triunfo. Suyo era el mérito de que la vieja de las flores quedara sin un copec, en tanto que su cliente, que le había dado diez mil rublos, ganó más de cien mil. Todos los ojos se volvieron hacia él, que, al advertirlo, pareció decir: “¡Señores, no necesito para nada vuestra admiración!”», TOLSTOI, *Resurrección*, Edaf, Madrid, 1962, p. 30.



mantenerse íntegro –hay que preguntarse– ganarse la vida de una manera tan repugnante?

Recuérdese con todo que en varios cánones deontológicos se obliga al abogado a argumentar de buena fe: lo que no significa necesariamente –como creen los teóricos «moralistas»– atender a la aplicación directa de la norma moral suprema, del PGC por ejemplo, pero que ciertamente les obliga –en la reivindicación de los derechos– a no caer en la debilidad del «abuso de derecho»⁶¹. El abogado como amigo es un tipo de personalización y activación de la idea clásica de *prudencia*, del buen juicio práctico –cuya imagen iconográfica es en general la de una mujer que se mira frente a un espejo–. En este sentido, puede decirse plausiblemente que el abogado no es parte, sino espejo de ésta, «cámara de enfriamiento» de sus pretensiones, *speculum rei*⁶². El abogado está ahí para que sea posible que el individuo sobrio apele al individuo ebrio.

La tesis deontológica del abogado como «espejo de la parte» no se opone a una operacionalización. Puede entenderse como una aplicación del argumento de la «extrema injusticia» de Gustav Radbruch a la actividad forense⁶³. Como es sabido, para Radbruch, tras alejarse de su inicial iuspositivismo y relativismo ético, una ley moralmente injusta es inválida también jurídicamente⁶⁴. A pesar de ello, para el jurista alemán –que no deja de considerar la certeza del derecho como un valor a salvaguardar– no toda ley injusta es inválida; por el contrario se introduciría un elevado grado de incertidumbre en el mundo del derecho. Aquí vale también el principio de «inercia», por el que se considera como legítima una situación efectiva, en este caso la ley positiva, hasta prueba en contrario. Sin embargo una ley que resulte *intolerablemente* injusta no puede ser –en esta perspectiva– considerada válida.

La «fórmula de Radbruch» puede aplicarse plausiblemente también a la actividad del abogado, en tanto se considere ésta como actividad de

⁶¹ Sobre el «abuso de derecho», *vid.* M. LA TORRE, Gf. ZANETTI, *Seminari di filosofia del diritto*, Soveria Manelli, 2000, capt. sexto.

⁶² Al respecto, para un tratamiento más detallado, reenvío a mi *Il giudice, l'avvocato e il concetto di diritto*, Soveria Mannelli, 2002, capt. segundo.

⁶³ Esta idea me fue sugerida en el curso de una discusión por el Prof. Robert Alexy, al que le estoy por ello agradecido.

⁶⁴ *Vid.* RADBRUCH, G., «Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht», en ID., *Rechtphilosophie*, ed. de R. Dreier y St. Paulson, Heidelberg, 1999, p. 216, y ALEXY, R., «A Defense of Radbruch's Formula», en *Recrafting the Rule of Law. The Limits of Legal Order*, ed. de D. Dyzenhaus, Oxford, 1999.

aplicación de normas o conducta sometida a la observancia de la ley. En ese ámbito, dicha fórmula tendrá el siguiente contenido: *el abogado puede (le es lícito moral y jurídicamente), en el respeto a la ley, utilizar argumentos y llevar a cabo conductas a favor de su cliente, incluso si su orientación a la justicia (como valor moral) es dudosa o incluso contraria a ésta, salvo que la posible injusticia consiguiente a sus actos se presente en proporciones tales como para resultar intolerable*. Otra cosa no es lícita para el abogado, incluso en el respeto a la ley, para defender los intereses y promover la satisfacción de las preferencias del sujeto. De otra manera, y con razón, de nuevo: «juristen, böse Christen».

