

Manuel Atienza

Universidad de Alicante

1.

El primer problema (y a veces el único) con el que uno ha de enfrentarse cuando tiene que impartir un curso de ética para abogados es que tanto los abogados en ejercicio como los candidatos a serlo no suelen pensar que necesiten para nada la moral. Mejor dicho, aceptan, obviamente, que hay un código deontológico que regula algunos aspectos de la profesión y que, en consecuencia, deben conocer, pero no les parece que esas normas difieran en algo que pueda considerarse relevante del resto de las normas del ordenamiento jurídico. De manera que, en definitiva, todo se reduce –según ellos- a Derecho positivo, y el abogado no necesita –ni debe- adentrarse en disquisiciones de carácter propiamente moral.

Si se les aprieta algo más aclararán que a ellos –como a todos los ciudadanos- sí que les importa, por supuesto, la moral, pero eso es algo que tiene que ver, básicamente, con su vida privada, no con el ejercicio de su profesión. Y si se sigue insistiendo, con lo que uno se encuentra es con un consenso bastante robusto en torno a una posición que en la filosofía del Derecho se acostumbra a llamar de positivismo ideológico: la moral del abogado consiste en cumplir con las normas jurídicas, incluidas las del código deontológico que, por ejemplo, reconocen el derecho que asiste al abogado de defender a su cliente incluso aunque, para ello, tenga que ocultar ciertas informaciones (protegidas de manera prácticamente absoluta por el secreto profesional) y ocasionar daños a otros (a quienes no son sus clientes). El *Preámbulo del Código Deontológico de la Abogacía Española* parece avalar esta postura (de reducción de la moral al Derecho) cuando afirma que “como toda norma, la deontológica se inserta en el universo del Derecho”; o sea, que las normas deontológicas (las normas morales de la profesión) vendrían a ser también normas jurídicas, lo que parece por lo menos sugerir que actuar moralmente no puede significar otra cosa que actuar en conformidad con (o sin infringir) el Derecho.

Esa postura, por otro lado, no es privativa de los abogados; es la misma que suele –sobre todo, que solía- encontrarse en relación con los jueces o con los fiscales, al menos en países

como el nuestro. Como se sabe, en España no hay un código deontológico judicial (aunque sí que hay –pero no se suele saber- un *Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial* que atañe también a los jueces españoles), ni un código referido a la conducta de los fiscales. Lo que se debe, en muy buena medida, a la opinión, ampliamente compartida por unos y otros profesionales de la “justicia”, de que para ejercer sus funciones no resulta ni necesario ni posible recurrir a la moral. No es necesario, por las mismas razones esgrimidas por los abogados: porque bastaría, para actuar bien, con obedecer –cumplir con- el Derecho; y no es posible, porque la moral es un fenómeno esencialmente subjetivo o relativo: cada uno –o cada grupo- tiene su propia moral y no es aceptable que uno de esos códigos se imponga a los demás.

Yo creo que esta última postura es claramente infundada, por una serie de razones que he expuesto en otros trabajos (Atienza 2008 y 2014) y que, en lo esencial, se pueden reconducir a estas dos tesis. La primera es la de la necesidad de la ética (utilizo aquí “ética” como sinónimo de “moral”) para definir los conceptos de buen juez, buen fiscal o buen abogado. Como ocurre con el resto de las profesiones, el ejercicio de las mismas que hace que tenga sentido hablar de un buen (en el sentido de excelente, ejemplar) profesional supone apelar no simplemente a la no inconformidad de su comportamiento con normas jurídicas (no basta con no cometer delitos u otro tipo de infracciones sancionadas jurídicamente), sino a lo que solemos llamar normas ideales, las cuales sólo pueden situarse en el universo de la moral: la idea de un deber “jurídico” consistente en ser un juez, un fiscal o un abogado “excelente” parece efectivamente contradictoria, pues la excelencia es una cualidad –una virtud- que va más allá de lo que el Derecho en sentido estricto puede exigir del comportamiento de alguien. Y la segunda tesis es la de la posibilidad de la ética, entendido esto en el sentido de que las razones a las que apelamos cuando emitimos juicios éticos (incluidos los que se refieren a las conductas llevadas a cabo por jueces, fiscales o abogados) no tienen un carácter puramente subjetivo o relativo, sino que pretenden valer objetivamente. Sería, en mi opinión, absurdo interpretar que cuando afirmamos que el comportamiento del juez J fue inmoral porque pudiendo haber evitado un gran sufrimiento a K, sin embargo, no lo hizo, o que la actuación del abogado A para evitar la condena de un inocente, I, cuando no estaba estrictamente obligado a hacerlo y poniendo con ello en grave riesgo su carrera profesional, son acciones moralmente admirables, con ello no pretendemos otra cosa que expresar una opinión subjetiva o una opinión que, consideramos, es la que acepta –o aceptaría- cierto grupo social.

Ahora bien, la necesidad y la posibilidad de la moral en relación con el ejercicio profesional parece tener alguna singularidad cuando se trata de los abogados. Y la razón de que esto sea

así no resulta, al menos en principio, difícil de entender. Se trata, simplemente, de que el abogado defiende intereses de parte y de que –como dice el art. 4.2 del mencionado Código Deontológico de la Abogacía Española- “está obligado a no defraudar la confianza de su cliente y a no defender intereses en conflicto con los de aquel”. Esa vinculación con los intereses de su cliente (que, efectivamente, hace a la esencia de la profesión) sitúa al abogado en una posición claramente diferenciada de la que ocupan otros profesionales del Derecho (como el juez o el fiscal) o ajenos al Derecho (como el médico). Como es obvio, la imparcialidad es condición necesaria –aunque no lo sea suficiente- para la definición de buen juez; pero también es un ingrediente fundamental de la noción de un buen fiscal, puesto que la finalidad de la actuación de este último no tendría que ser la de lograr condenas, sino la de hacer justicia (actuando de manera imparcial). Y aunque el objetivo del médico –del buen médico- deba cifrarse ante todo en lograr el bienestar de sus pacientes, de ahí no puede derivarse una analogía en relación con el abogado: simplemente porque para lograr la curación de un paciente no hace falta normalmente poner en riesgo la salud de otros. No quiere decirse con ello que estas otras profesiones no tengan que hacer frente nunca a dilemas morales. Pero esas situaciones dilemáticas son, cabría decir, de carácter excepcional y no consustanciales a la profesión. Se plantean, por ejemplo, cuando el juez –o el fiscal- no pueden hacer justicia permaneciendo dentro del Derecho; o cuando el médico, en una situación de emergencia, sabe que no puede atender a todos los que requerirían sus cuidados y tiene que optar por ocuparse sólo de algunos de ellos, aunque eso signifique dejar morir a otros o precipitar su muerte.

2.

Ese particular rol institucional que ocupa el abogado es lo que ha llevado a muchos a hablar de “interna ambigüedad”, “doble compromiso”, “conflicto de deberes”, etc. de la profesión (vid. La Torre 2013), puesto que el abogado tendría que satisfacer tanto los intereses del cliente como los de la justicia en abstracto. Y genera, en consecuencia, lo que podría considerarse como el problema fundamental de la deontología de los abogados: ¿cómo es posible armonizar la defensa de los intereses de los clientes con el cumplimiento de lo que parecen ser deberes morales bien establecidos fuera de esa profesión: no dañar a un inocente, decir la verdad, etc.? Pues bien, para hacer frente a ese problema, me parece que pueden distinguirse tres posturas que, sintéticamente, pueden expresarse así: 1) negar que exista el problema; 2) aceptar que la abogacía es una profesión intrínsecamente inmoral; 3) optar por alguno de los dos polos de la contraposición –por los intereses del cliente o por lo que requeriría la moral-

para deshacer de esta manera el conflicto. Pasaré ahora a ocuparme de cada una de esas alternativas.

## 2.1.

La primera de ellas puede revestir formas más o menos fuertes, según que se trate propiamente de negar el problema, o más bien de ocultarlo o de esquivarlo. Pero todas esas estrategias argumentativas llevan, podríamos decir, a una misma conclusión: no existe el problema. Es lo que podría calificarse como la filosofía espontánea del abogado, la de quien asume el punto de vista más o menos ingenuo al que antes hacía referencia: el papel del abogado es defender los intereses de su cliente, de manera que no puede haber nada que reprocharle moralmente mientras no cometa, en la persecución de ese objetivo, algún tipo de ilícito jurídico. Esa actitud puede verse de alguna forma respaldada por el mismo Código deontológico de la abogacía española. Sobre todo, por el *Preámbulo*, que está redactado en un tono más bien grandilocuente y con el propósito, demasiado manifiesto, de enaltecer la profesión, sin dejar traslucir en ningún momento que el ejercicio de la misma pueda implicar cuando menos ciertos riesgos morales. Así, según el *Preámbulo*, los intereses cuya defensa se confía a la abogacía son “todos ellos trascendentales” y se relacionan fundamentalmente “con el imperio del Derecho y de la Justicia humana”; las normas deontológicas (las del Código) le permiten al abogado “satisfacer los inalienables derechos del cliente, pero respetando también la defensa y consolidación de los valores superiores en los que se asienta la sociedad y la propia condición humana”; “la honradez, probidad, rectitud, lealtad, diligencia y veracidad son virtudes que deben adornar cualquier actuación del abogado”; etcétera.

Pues bien, esa concepción ingenua, edulcorada, de la profesión niega el carácter moralmente conflictivo de la abogacía y, por tanto, la relevancia en último término de la reflexión ética: según esa visión –digámoslo una vez más–, lo único que ha de preocuparle moralmente al abogado es no transgredir las normas jurídicas, incluidas las de carácter deontológico. Pero se trata de una postura claramente insostenible (como de alguna forma ya lo he señalado antes) y por razones que podrían calificarse de conceptuales: es imposible sostenerla sin entrar en contradicción. Y ello porque las propias normas deontológicas (como ocurre en relación con muchas otras normas jurídicas) incorporan términos inequívocamente morales, de manera que su significado no puede establecerse si no es recurriendo a alguna teoría moral. Por ejemplo, en el caso del código deontológico español, el art. 3.1 establece que el abogado tiene el derecho y el deber de defender y asesorar libremente a sus clientes “sin utilizar medios ilícitos o injustos, ni el fraude como forma de eludir las leyes”; y el art. 7.2,k,

que el abogado no puede hacer publicidad utilizando medios o contenidos “contrarios a la dignidad de las personas, de la abogacía o de la Justicia”<sup>1</sup> . Pero, además, el Código deontológico no puede tampoco dejar de reconocer la existencia de conflictos morales en el ejercicio de la profesión, aunque lo haga esforzándose por atribuirles un carácter extremadamente marginal. Así, en el art. 5, que regula el secreto profesional, después de señalar que este es un derecho y deber primordial de los abogados, establece, en el apartado 8, lo siguiente: “En los casos excepcionales de suma gravedad en los que, la obligada preservación del secreto profesional,<sup>2</sup> pudiera causar perjuicios irreparables o flagrantes injusticias, el Decano del Colegio aconsejará al Abogado con la finalidad exclusiva de orientar y, si fuera posible, determinar medios o procedimientos alternativos de solución del problema planteado ponderando los bienes jurídicos en conflicto”. ¿No supone ello, por cierto, reconocer que la institución del secreto lleva, en muchos casos “no excepcionales”, a la producción de una injusticia que aunque no sea flagrante y de suma gravedad quizás si pueda considerarse intrínseca al ejercicio de la profesión en ciertos ámbitos?

## 2.2.

La tesis de que la abogacía es una profesión intrínsecamente inmoral es, casi podría decirse, un tópico de la cultura popular<sup>3</sup> y quizás explique, hasta cierto punto, la propensión de las asociaciones profesionales de abogados a proyectar hacia el exterior una imagen idílica de la abogacía. Pero, dejando a un lado ese posible contraste entre la opinión que los propios abogados tienen de sí mismos y la que de ellos tiene la gente en general<sup>4</sup>, lo que me interesa aquí es examinar esa tesis desde un punto de vista teórico o conceptual: ¿qué significa decir que la profesión de abogado es intrínsecamente inmoral?; ¿lo es en realidad?

---

<sup>1</sup> Con independencia de que el uso que aquí se hace de “dignidad” sea, por decir lo menos, impreciso; es difícil pensar que existe –como lo sugiere ese artículo- una misma noción de dignidad que se aplica tanto a las personas como a la Justicia (con mayúscula).

<sup>2</sup> Las comas están así puestas por los redactores del Código.

<sup>3</sup> Un ejemplo entre miles. Hace unos días he recibido en mi correo electrónico un documento que contiene una serie de frases célebres. Una de ellas (grabada en una especie de azulejo: imagino que para fijar sólidamente a alguna pared) era esta: “La sociedad es así: El pueblo trabaja, el rico le explota, el soldado defiende a los dos, el contribuyente paga por los tres, el vago descansa por los cuatro, el borracho bebe por los cinco, el banquero estafa a los seis, el abogado engaña a los siete, el médico mata a los ocho, el sepulturero entierra a los nueve, el político vive de los diez”

<sup>4</sup> Por cierto, en España, según el estudio de Metroscopia ( José Juan Toharia, “Por qué no se hunde España”, en El País de 24 de agosto de 2014), el trabajo del abogado es visto de forma algo más positiva que el del juez o el fiscal. Según ese estudio, los abogados cuentan con una aprobación ciudadana del 53%, porcentaje que es el mismo que el del Tribunal Supremo, pero algo superior al de los jueces en su conjunto (50%), al del Tribunal Constitucional (48%) y al de los fiscales (46%).

Una defensa sumamente interesante, y matizada, de esa tesis se encuentra en un escrito de comienzos del siglo XX de Carlos Vaz Ferreira. Según este gran pensador uruguayo (que fue tanto un filósofo como un filósofo del Derecho y, por un corto periodo de tiempo, un abogado), la inmoralidad interna de una profesión significa que “siendo necesario socialmente y aún moralmente que algunos las ejerzan, no puedan, sin embargo, ser ejercidas con arreglo a una moralidad absoluta” (Vaz Ferreira 1920, p. 36). Y, en su opinión, ese parece ser el caso de la abogacía: “En resumen: que la profesión parece llevar en sí misma un cierto grado de inmoralidad intrínseca difícilmente eliminable; en tanto que otras, como la de médico, si bien se prestan a inmoralidades mayores, y frecuentemente las manifiestan, no es de una manera necesaria” (p. 46). Pero veámoslo con un poco más de detalle.

Vaz Ferreira muestra una variedad de ejemplos (no extraídos sólo de casos penales) en los que el abogado no podría defender a su cliente en los términos que exigiría la justicia (digamos, argumentando siguiendo las reglas del discurso racional, que incorporan una pretensión de corrección o de imparcialidad) pues “el abogado que tal hiciera, se atraería de parte de su cliente grandes recriminaciones” (p. 39). Se da cuenta de que hay una teoría que justifica la actuación parcial del abogado: “La verdadera misión del abogado, se dice, es defender, o acusar en su caso; no debe preocuparse de los argumentos contrarios a su parte, puesto que ya la sociedad está organizada de tal manera que la parte contraria tiene también un defensor y éste se encargará de aquella tarea. Una entidad superior, el Juez, es la encargada de elegir entre esos argumentos” (p.39). Pero esas “razones institucionales” son precisamente lo que le llevan a sostener su tesis: “si esta teoría fuera verdadera y legítima, la profesión de abogado sería una de esas profesiones que tendrían lo que yo he llamado una inmoralidad intrínseca” (p. 40).

Ahora bien, la tesis de Vaz Ferreira es, en principio, que el ejercicio de la abogacía supone “cierta dosis de inmoralidad”. Pero esa postura moderadamente pesimista (por eso hablaba yo antes de lo matizado de su postura) se agudiza a la vista de una serie de circunstancias que él plantea así.

En primer lugar, está el riesgo (cuando se acepta lo anterior) de deslizarse por una pendiente resbaladiza: “una vez que se ha entrado por la teoría de que el abogado puede salirse de la moral absoluta y defender a su parte como mejor pueda, para que el juez elija entre las pruebas (...) sigue la inmoralidad una gradación creciente, y es imposible encontrar un criterio fijo, claro, para detenerse en un momento dado” (p. 41).

Pero además, en segundo lugar, hay un hecho psicológico que contribuye a empeorar la situación: se trata de “la tendencia natural y muy humana a convencerse *sinceramente*”, lo que lleva a “una especie de inmoralidad subconsciente” (p. 41).

Se añade a ello, en tercer lugar, “dos estados de espíritu peligrosos y malos” en los que el abogado puede caer con facilidad: consisten en tener un concepto o demasiado optimista o demasiado pesimista de la profesión. Aun siendo dos fenómenos en sí mismos antitéticos, sin embargo, pueden coincidir en cuanto al efecto de promover un comportamiento inmoral: el primero, porque al presentar la abogacía como “un ministerio augusto, una misión nobilísima y elevadísima” lleva a “la *separación entre la moral verbal y la moral práctica*” (p. 42); y el segundo –que le parece aún más grave- porque ese pesimismo se traduce en esta fórmula: “puesto que no se puede ser completamente, absolutamente moral siempre y en todos los casos en el ejercicio de esta profesión, no nos preocupemos de la moral”(p. 47).

Y, en fin, la última circunstancia que Vaz Ferreira entiende que ejerce también una influencia perjudicial en la moral de los abogados (de los juristas en general) es el formalismo: la tendencia a dar excesiva importancia a las cuestiones de palabra (p. 48), el contentarse completamente con la razón legal (p. 51), el no tener en cuenta los propósitos de las normas (p. 54), o el prescindir de los “sentimientos morales” que, aunque no puedan “crearse”, sí es posible procurar que, si es que ya existen, se empleen de manera adecuada. En relación con esto último, el autor uruguayo trae a colación una obra de Leon Tolstoy, *Resurrección* (que “debe ser leída –nos dice- por todos los futuros abogados, por cuantos puedan ser jueces, puedan ser fiscales...” [p. 57]), la cual pondría de manifiesto que las malas acciones de los juristas (de los hombres en general) provienen sobre todo de factores sociales, institucionales: de que la justicia está organizada de manera que los hombres no tienen relaciones directas, de persona a persona; y en forma tal que nadie siente tampoco la responsabilidad como algo personal (p. 57-58).

Pues bien, hay un reciente artículo de Minor Salas significativamente titulado “¿Es el Derecho una profesión inmoral?” (Salas 2007), que puede considerarse como una radicalización de las tesis de Vaz Ferreira que se acaban de examinar. Salas da a la pregunta enunciada en el título de su artículo una respuesta inequívocamente afirmativa y que afectaría a todas las profesiones jurídicas:

“Sí. El Derecho es una profesión esencialmente inmoral. Por “esencialmente inmoral” quiero decir(...)que su ejercicio cotidiano en los foros judiciales, administrativos y privados conlleva, a pesar de la buena voluntad de quienes laboran allí, conductas que atentan contra

algunos preceptos de la moral pública dominante. De no aceptarse –a veces de manera colectiva- esas pequeñas (o grandes) inmoralidades, entonces la práctica de la profesión se haría muy difícil y acaso hasta imposible. De allí que para ingresar al juego denominado derecho es ineludible respetar las reglas y códigos implícitos que se imponen en esa profesión. Si uno no acepta esas reglas, entonces está jugando a otra cosa. Se ha salido de la respectiva “gramática” y se encuentra ubicado en otra “forma de vida” que no es la jurídica. Como se diría en la política: es necesario “ensuciarse las manos”. No se puede ser jurista si se es siempre honesto y correcto. Dicho con una imagen fuerte, pero gráfica: “Necesitamos [juristas], al igual que necesitamos recolectores de basura, y en ambos casos deberíamos esperar que huelan mal”” (p. 583).

Las conductas inmorales de los juristas tienen, en su opinión, varias fuentes, y de ahí la clasificación que ofrece de las mismas. Unas son las conductas abiertamente inmorales y que suponen también actos jurídicamente ilícitos: están tipificadas como delitos o como infracciones administrativas. Otras son las tácita o inconscientemente inmorales, pero no antijurídicas; se trata de vicios *funcionales* (incurrir en falsedades o en mentiras, por ejemplo) y, por tanto, que resultan muy difíciles de corregir o bien es imposible hacerlo. Una tercera fuente son las conductas inmorales por ausencia de controles, que serían fáciles de corregir, si no fuera por la actitud obstruccionista de los propios profesionales del Derecho: “el gremio de los juristas utiliza, al igual que otros gremios, una serie de *estrategias de inmunización*(...)para evitar que las faltas y delitos de sus agremiados sean conocidos por el público” (p. 592). Y finalmente estarían las conductas “intrínsecamente” inmorales, vinculadas con el carácter mítico-simbólico del Derecho. Se trataría, según Salas, de una inmoralidad muchísimo más grave que las otras, pues es prácticamente imposible de eliminar. Y esto es así porque el Derecho se basa en un mito –el deseo de justicia y de certeza- que la realidad de la aplicación del Derecho desmiente una y otra vez, pero que los aplicadores del Derecho no pueden reconocer. De ahí la conclusión última a la que llega Salas:

“Esa forma de inmoralidad “intrínseca” consiste, esencialmente, en *aparentar* una serie de cualidades (verdad, justicia, seguridad, certeza, uniformidad, estabilidad, etc.) que en la realidad no existen o, si existen, están matizadas en grados diversos. Una cuota (mayor o menor según los casos) de falsedad, deshonestidad y hasta de mentira es necesaria en muchos pleitos jurídicos. Allí “toda la verdad” puede resultar mucho más nociva que la falsedad. Este fenómeno obedece, básicamente, a que el ejercicio del Derecho –al igual que el de otras profesiones- está sujeto a determinados “*juegos del lenguaje*” que demandan unos comportamientos muy particulares para lograr los objetivos propuestos. De no seguirse esos



“juegos”, entonces la persona no es tomada en cuenta o los resultados que obtiene son muy diferentes a los esperados” (p. 599).

Se trata pues, como decía, de dos versiones, débil y fuerte, de una misma tesis. Tratemos entonces de enjuiciarlas en relación con los dos criterios que señalaba también al comienzo: ¿qué se entiende por profesión intrínsecamente inmoral?; ¿lo es la de abogado?

Las definiciones de uno y de otro autor de “profesión intrínsecamente inmoral” parecen muy similares: para Vaz Ferreira supone un tipo de profesión que no puede ejercerse en muchísimos casos si no es vulnerando las reglas de la “moral absoluta”, de la “justicia”; y para Salas, aquella cuyo ejercicio cotidiano supone atentar contra normas de “la moral pública dominante”. El que sean realmente idénticas depende, pues, de que por “moral absoluta” se entienda lo mismo que por “moral pública dominante”. Ahora bien, yo no veo muy claro que la identificación de los dos términos haya sido la intención de Vaz Ferreira al escribir el texto (que era la transcripción de una conferencia pronunciada en 1908) al que me he hecho alusión repetidamente. Me parece más bien que su referencia a la “moral absoluta” debería interpretarse como una apelación no a la moral social (de la sociedad en la que está inserta el profesional de la abogacía), sino a la moral crítica o reflexiva, a lo que debería considerarse como correcto o incorrecto, con independencia de cuáles sean las opiniones que tenga la gente al respecto. En todo caso, lo que parece claro es que hay dos formas de entender lo de “profesión intrínsecamente inmoral” y de ello, de cada una de ellas, se derivan consecuencias de cierta importancia.

Si entendemos que lo que quiere decirse con ello es que el ejercicio de ciertas profesiones es considerado por la gente en general (por la opinión pública) como inmoral, entonces se trataría de un concepto, por así decirlo, sociológico, empírico, de manera que podría resolverse también empíricamente la cuestión de si existen o no (y en qué grado existen) ese tipo de profesiones. Pero se trataría también de un concepto poco crítico y, en mi opinión, no muy interesante: la gente (quienes no pertenecen al círculo de quienes forman parte de una profesión) puede pensar que el ejercicio de la misma es (intrínsecamente) inmoral, pero ese juicio podría estar equivocado: por desconocimiento de en qué consiste exactamente la profesión o porque las opiniones dominantes sobre lo que es o no moral son el fruto de prejuicios, supersticiones, sesgos ideológicos, etc. Si, como parece desprenderse de su texto, esta es la manera como entiende Salas el concepto de “profesión intrínsecamente inmoral”, entonces eso significa que su tesis es bastante menos radical –o menos crítica- de lo que podría parecer a primera vista. Si la moral pública dominante se acepta sin someterla a ningún

tipo de revisión crítica, basarse en ella para emitir juicios morales tendría un significado inevitablemente conservador, y el elemento crítico de la misma parece fácilmente cuestionable. Incluso creo que hay razones para considerar que la concepción de Salas incurre en auto-contradicción. En efecto, por un lado, el carácter mítico-simbólico del Derecho que es lo que origina, según él, la inmoralidad intrínseca de las profesiones jurídicas (no solo de la de abogado) funciona como tal mito en la medida en que (la justicia, la certeza, la determinación, etc. del Derecho) sea aceptado no solo por los juristas profesionales, sino por la gente en general: es difícil pensar que ese mito pudiera mantenerse si fuera una creencia meramente gremial y resultara seriamente cuestionada por la opinión pública, por los que no pertenecen a ese gremio. De manera que el mito consistiría entonces en creer en algo que es al menos consistente con las creencias en las que se basa “la moral pública dominante”. Pero, por otro lado, para justificar que se trata realmente de un mito, Salas no tendría más remedio que apelar a una realidad que no puede ser la que refleja –o presupone– esa “moral pública dominante”. En definitiva, no veo cómo pueda hacerse compatible la noción de mito y el tomar como última referencia el concepto de “moral pública dominante”.

La otra posibilidad consiste en entender que lo que hace al carácter intrínsecamente inmoral de una profesión es que su ejercicio sea contrario a una moral crítica (lo sea o no también a la moral pública dominante). Estaríamos ahora frente a un concepto normativo, incompatible con el escepticismo moral y que presupone, por lo tanto, cierto grado de objetivismo: calificar a una profesión de intrínsecamente inmoral significaría entonces que en el ejercicio más o menos normal de la misma el profesional realiza conductas carentes de justificación moral, con independencia de cuáles sean las opiniones morales dominantes al respecto. Yo creo que esa es, en efecto, la tesis defendida por Vaz Ferreira, quien, a diferencia de Minor Salas, no es un escéptico moral. Pero entonces se abre un margen de duda en relación a cómo ha de entenderse lo de “profesión intrínsecamente inmoral”, puesto que necesitamos precisar (algo que ahora ya no se puede hacer recurriendo a datos empíricos) qué es lo que desde una moral justificada puede decirse sobre comportamientos tales como mentir o dañar a un inocente. Y aquí es posible que Vaz Ferreira haya asumido una concepción absolutista de la moral que me parece cuestionable. O sea, en ese texto<sup>5</sup> él parece interpretar que los principios morales son absolutos, que habría que formularlos como normas categóricas: siempre está prohibido mentir, causar un daño a otro, etc. Cuando quizás lo más razonable sea entenderlos como principios *prima facie*, o sea, como normas que establecen mandatos o permisiones que pueden tener alguna excepción cuando, en circunstancias

---

<sup>5</sup> Pero no en otros. Vid. sobre ello Atienza 2014.

extraordinarias, chocan contra algún otro principio que, en esas condiciones, tenga un mayor peso. Si fuera así, entonces cabría pensar que el ejercicio de ciertas profesiones, como la de abogado, genera con cierta abundancia ese tipo de situaciones conflictivas en las que podría estar justificado excepcionar alguno de los principios morales (por ejemplo, el de no mentir). Pero eso no significa, o no necesariamente, que la profesión en cuestión sea intrínsecamente inmoral.

A lo que lleva todo lo anterior es a pensar que la postura de Vaz Ferreira, su tesis de que la profesión de abogado es intrínsecamente (necesariamente) inmoral, habría que sustituirla, para que resulte plausible, por esta otra: El ejercicio de la abogacía entraña un verdadero riesgo moral, y hay ciertas actitudes, más o menos frecuentes, que conviene evitar (y antes, ser conscientes de ellas), porque fomentan ese riesgo: pensar que la posición institucional del abogado es un salvoconducto que le libra de tener que plantearse cuestiones morales, no darse cuenta de que lo anterior puede abocar a una pendiente resbaladiza, incurrir en auto-engañó, en excesivo optimismo o pesimismo, en formalismo... Esa revisión, yo creo, es necesaria porque, de otra manera, el propio concepto de "profesión intrínsecamente inmoral" que maneja Vaz Ferreira resultaría inconsistente. Si una profesión es social y moralmente necesaria, entonces eso significa que su ejercicio contribuye a la realización de valores morales. Pero entonces, no puede ser que al mismo tiempo sea intrínsecamente inmoral, porque eso supondría algo así como que es la propia moral –la práctica de la moral– lo que resulta imposible. Y eso no encaja, en mi opinión, en una concepción como la de Vaz Ferreira, muy alejada de cualquier tipo de escepticismo o de nihilismo moral.

### 2.3.

La tercera alternativa, como antes señalaba, consiste en decantarse por alguno de los dos polos de la oposición. O sea, aceptado que al abogado se le plantean genuinos problemas morales y que la suya no es una profesión intrínsecamente inmoral, aparecen dos maneras fundamentales de justificar la ética de los abogados. O, mejor dicho, dos formas de entender esa ética: la una pone el énfasis en la defensa de los intereses del cliente y en lo que justifica al abogado a actuar así; la otra subraya que las exigencias de la moral ordinaria son (deben ser) un componente fundamental de la ética del abogado. Digamos, el abogado amoral frente al abogado moralista. Obviamente, hay diversas maneras de defender cada una de esas dos posiciones y podría pensarse también en soluciones intermedias. Aquí voy a referirme a una célebre discusión que tuvo lugar en la segunda mitad de la década de los 80 entre dos juristas estadounidenses, Stephen Pepper y David Luban, y que, me parece, permite ilustrar bien cada

una de esas dos posturas. Aunque en la polémica pueden advertirse elementos característicos de una determinada cultura jurídica, la estadounidense, eso no impide que se le pueda dar a cada una de esas dos concepciones un alcance bastante general.

Lo que Pepper (1986) se propone es justificar el punto de vista común entre los abogados del carácter "amoral" de su profesión: mientras su comportamiento no vulnere el Derecho, el responsable moral por las acciones que lleva a cabo el abogado en defensa de los intereses de su cliente es exclusivamente este último. El aspecto original de su tesis radica en que Pepper no se basa para defender esa postura, como es usual hacerlo, en la existencia de roles diferentes entre el juez y el abogado (la doctrina a la que se refería Vaz Ferreira) que caracterizan al sistema acusatorio (*adversary system*), sino en el valor de la autonomía. Su punto de partida es que el acceso al Derecho es condición necesaria para que el individuo pueda gozar de autonomía. Ahora bien, en sociedades tan juridificadas como las nuestras eso no podría tener lugar si no es con la mediación de los abogados. Eso hace que los abogados sean algo así como agentes morales instrumentales, al servicio del cliente, que no pueden actuar de manera paternalista, no pueden pretender que sus opiniones morales estén por encima de las del cliente. Más exactamente: si lo que pretende el cliente que contrata los servicios de un abogado es la realización de conductas moralmente "malas" en un grado elevado, entonces las mismas estarán ya prohibidas por el Derecho, de manera que el abogado no necesitará efectuar un juicio moral; y si esto no es así, esto es, las conductas que el abogado consideraría malas desde su concepción de la ética no están sin embargo prohibidas por el Derecho (no son malas en un grado elevado), él debe abstenerse de efectuar juicios morales en su relación con el cliente, pues en otro caso no respetaría la autonomía de este último.

Pepper hace frente a dos posibles críticas que podrían dirigirse contra su tesis de la amoralidad del abogado. La una se basaría en que el acceso al Derecho es desigual (y, por tanto, también son desiguales las posibilidades de ejercer la autonomía), ya que ese acceso está regulado por el mercado, de manera que la gente con más recursos económicos estaría en una posición de ventaja. Su réplica es que eso no afecta a su postura, porque la misma no tiene que ver con la distribución de un servicio, sino con el contenido moral de lo distribuido; y el que los abogados prestaran sus servicios de acuerdo con sus propios valores morales no contribuiría a una mayor igualdad, ni tampoco a una mayor justicia social. La otra crítica viene a decir que el funcionamiento del sistema acusatorio sólo podría justificar un comportamiento "amoral" del abogado en el contexto del proceso penal, pero eso dejaría fuera muchos otros campos de actuación del abogado. Pepper está de acuerdo con esa limitación del modelo

acusatorio, pero no considera que ello afecte tampoco a su postura que, como se ha dicho, no descansa en ese rasgo institucional que es más acusado en un sistema jurídico como el estadounidense que en ordenamientos jurídicos del "civil law". Su modelo de abogado no es tanto el de quien tiene a su cargo una defensa penal en un sistema acusatorio, sino más bien el del técnico que recibe de un cliente el encargo de hacer funcionar un mecanismo complejo (el Derecho): y de lo que tiene que preocuparse un mecánico, un técnico, es precisamente de que la máquina funcione, no de lo que el cliente pretenda hacer con ella.

La objeción a su postura que a Pepper le parece más seria es la que vendría del realismo jurídico, en cuanto concepción iusfilosófica dominante entre los juristas estadounidenses y que subraya el carácter indeterminado y manipulable del Derecho. Eso quiere decir que si la autonomía del cliente está limitada únicamente (como ocurre en su modelo) por el Derecho, esos límites, sencillamente, no están claros; más aún, el abogado amoral que es consultado por un cliente que quiere ver cómo maximizar su autonomía dentro de los márgenes que le permite el Derecho estaría contribuyendo en muchos casos a que se infrinja el Derecho y a que el cliente se comporte –debido al asesoramiento "técnico" de su abogado– de una manera inmoral. Pepper pone este ejemplo. Un cliente consulta a un abogado sobre las normas aplicables al tratamiento que una determinada industria tendría que hacer de las aguas contaminadas de amoníaco que vierte al exterior. La eliminación del amoníaco a que obliga la normativa supone un alto coste, pero el abogado informa al cliente de que en la zona donde está instalada la planta no se suelen hacer inspecciones, de que, en todo caso, los inspectores no sancionan nunca si se trata de la primera vez que se comete la infracción y de que, si el nivel de amoníaco es menor a tantos gramos por litro, aunque eso suponga incumplir con la normativa, la Administración hace la vista gorda, debido a las limitaciones presupuestarias que sufre.

Para hacer frente a este último problema, Pepper se plantea algunas alternativas: unas serían de carácter social (incrementar los recursos para la puesta en práctica del Derecho, incentivar las fuentes de autoridad moral de carácter no jurídico); y otras tendrían que ver con la ética de la relación cliente-abogado. Entre estas últimas señala la posibilidad de convertir al abogado en una especie de juez (o de policía) moral de su cliente, de recurrir a la objeción de conciencia, y –lo que le parece de mayor interés– de promover un diálogo moral entre el abogado y el cliente. Esto último permitiría que las decisiones del cliente estuviesen informadas por el juicio moral del abogado, el cual podría desempeñar una cierta función de educador moral; tendría, sin embargo, el inconveniente de que ese proceso dialógico resultaría caro, puesto que exige tiempo, y de que puede no ser eficaz. La conclusión final a la

que llega Pepper es que “si se une la posibilidad de la objeción de conciencia a un amplio diálogo moral y al valor moral inherente a facilitar el acceso al Derecho, lo que resulta (...) es que el buen abogado puede ser una buena persona; desasosegada, pero buena” (p. 635).

En su contestación, Luban (1986) hace cinco comentarios al anterior planteamiento que suponen una crítica matizada pero realmente de fondo a la anterior postura.

El primero, el más importante, consiste en rebatir la tesis del papel amoral del abogado. Lo que a Luban le parece equivocado del razonamiento de Pepper es que este último considera que la autonomía individual es un valor que prevalece siempre sobre el de la bondad o corrección de una acción. Ello se debe, piensa, a no haber tenido en cuenta una importante distinción que debe hacerse entre “la deseabilidad de que la gente actúe autónomamente” y “la deseabilidad de su acto autónomo”: “Es bueno, deseable –escribe Luban- que yo sea quien tome la decisión sobre si mentirte o no; es malo, indeseable, que yo te mienta” (p. 639). O sea, es bueno que el abogado ayude al cliente para que este tome sus decisiones autónomamente, pero si el ejercicio de esa autonomía da lugar a una acción inmoral, esto último es un ingrediente que también debe contar en el juicio moral de conjunto. Luban señala también que la idea de Pepper que antes veíamos de que el Derecho tiende a prohibir las acciones intolerablemente inmorales (frente a las meramente inmorales) es cuestionable, puesto que hay muchas otras razones (aparte de su dimensión de moralidad) para no prohibir jurídicamente una acción: la imposibilidad o dificultad para controlar su aplicación, para formular la prohibición en términos precisos, etc. En definitiva, no todo lo moralmente malo (lo intolerablemente inmoral) está jurídicamente prohibido. Luban considera además que no hay ninguna razón para oponerse a que los abogados operen como un filtro moral, como un límite informal (en el sentido de no establecido por el Derecho) a la autonomía individual. El abogado puede –y debe- negarse a cooperar con el cliente, y no sólo en casos de extrema gravedad (en los que Pepper admitiría la objeción de conciencia): “en casi todo caso de inmoralidad seria por parte del cliente, el bien de ayudar al cliente a realizar su autonomía resulta superado por el mal de la acción inmoral que se propone el cliente” (p. 642). Luban sostiene por ello lo que llama una “prerrogativa lisístrata” por parte del abogado, o sea, negarse a prestar servicios a un cliente que pretende llevar a cabo una acción que el abogado juzga inmoral, de manera análoga (de ahí el título de su artículo) a la Lisístrata de la obra de Aristófanes del mismo nombre, que propone llevar a cabo una huelga sexual por parte de las mujeres de los guerreros como forma de presionarles para que se esfuercen por lograr la paz.

Además, en relación con el problema de la desigualdad en el acceso al Derecho, Luban considera que el argumento de Pepper no es aceptable. En su opinión, el acceso al Derecho es un bien comparativo: quien no tiene acceso al Derecho (o no en las condiciones de los "ciudadanos de primera clase") estaría justificado en pensar que sufre un daño en relación con quienes sí lo tienen, y que si no todos tienen acceso al Derecho, entonces tampoco resulta aceptable que lo tengan algunos. Está de acuerdo con Pepper en que al sistema acusatorio no habría que darle tanta importancia en el debate sobre la ética de los abogados, aunque considera que sigue jugando un papel relevante. Piensa que es muy acertado el "descubrimiento" de Pepper de los efectos moralmente perniciosos que tiene el realismo jurídico, pero aclara que debe distinguirse entre un realismo de alto nivel, que sería una concepción iusfilosófica respetable, y un realismo de bajo nivel, que consiste en pensar que uno tiene derecho a hacer algo (que lo que uno hace es conforme al Derecho) en la medida en que su actuación no le acarree sanciones. Pues bien, en su opinión, la tesis de la función amoral del abogado defendida por Pepper contribuye a favorecer este realismo de bajo nivel: si el cliente (a través del asesoramiento del abogado) consigue que una acción suya (así, la contaminación con amoníaco del ejemplo anterior) no sea sancionada, entonces eso significaría pensar que ha actuado conforme a Derecho: que tenía derecho a actuar así. Finalmente, Luban simpatiza con la idea del diálogo moral entre el abogado y el cliente, y subraya que ese sería un primer paso (antes, por ejemplo, de recurrir a la objeción de conciencia) en el modelo del abogado moralista que él defiende.

### 3.

Todo lo anterior invita a hacerse algunas preguntas que, desde luego, no pretendo contestar de manera completa. Pero sí quiero sugerir algunas respuestas a las mismas que podrían utilizarse (junto con las preguntas) como el guión para un debate en clase.

#### 3.1.

Una pregunta obvia es la de si el esquema anterior ofrece un panorama completo de las diversas posiciones que pueden adoptarse en relación con la ética de los abogados. Mi impresión es que las cuatro que acabo de señalar son, por lo menos, las más sobresalientes. Quiero decir que uno puede imaginar variantes de cada una de ellas o, más difícilmente, combinaciones de varias de ellas, pero nada más. Claro que si no podemos concebir otras posiciones, eso tendría que deberse al hecho de que el núcleo de la ética de los abogados

reside en la posible contraposición entre los intereses del cliente y los intereses generales de la moral. ¿Pero es así? ¿No es posible concebir otro tipo de conflicto ético en la práctica de la abogacía que no tenga que ver con eso? ¿Cuál sería?

### 3.2.

Una variante de la anterior pregunta: ¿No podrían reducirse aún más las alternativas consideradas? ¿Qué diferencia habría entre lo que he llamado “filosofía espontánea de los abogados” (la posición 2.1.) y la posición defendida por Pepper (en 2.3.)? ¿No vienen a sostener ambas que el abogado no necesita la moral, que su moral consiste en ser “amoral”?

Bueno, aunque parezca una sutileza, no es lo mismo prescindir de la moral (de la teoría moral) que sostener positivamente la tesis de la amoralidad del abogado. En el segundo caso, hay un ejercicio de reflexión que falta en el primero, y que realmente cambia las cosas. Y las cambia, podríamos decir, en el mismo sentido en el que Habermas contrapone el habla espontánea al discurso racional: este último supone problematizar la pretensión de que lo que uno afirma es verdadero o correcto, o sea, supone someterse a lo que él llama la “coacción no coactiva del mejor argumento”. Aplicado a nuestro ejemplo, Pepper se ve obligado a buscar una fundamentación de su tesis, a plantearse posibles objeciones a la misma...y, en cierto modo, a introducir ciertos elementos que la flexibilizan o la matizan. Quizás no sea poco.

### 3.3.

En el trasfondo de lo anterior está la cuestión de cómo entender las normas deontológicas. En relación con ello, el jurista de formación tradicional se enfrenta con todo un dilema, que consiste en lo siguiente. Por un lado, no se las puede considerar como normas morales, porque el jurista no se ocupa de esas cosas; o sea, como hemos visto, si fueran normas morales, entonces serían prescindibles, inútiles. Pero, por otro lado, considerarlas como normas jurídicas tiene también sus problemas: algunos códigos deontológicos (muchos de los dirigidos a los jueces) carecen de sanciones, lo que lleva a muchos juristas a pensar (equivocadamente) que entonces son irrelevantes; y, en todo caso, muchas de las normas que figuran en ellos – como ya se ha dicho- están dirigidas a construir el modelo de un profesional (un abogado) excelente, lo que hace inevitable apelar a una noción, la de virtud, que no puede ser manejada jurídicamente: nadie puede recibir una sanción por no lograr la excelencia en algo.

Ahora bien, ¿por qué no salir del dilema cuestionando lo que lo genera: una concepción muy estrecha del Derecho ligada a la (falsa) pretensión de que existen límites precisos entre el Derecho y el no-Derecho?



### 3.4.

Lo cual lleva a plantear la cuestión de cómo se relaciona la deontología jurídica (en particular, la de los abogados) con la concepción positivista del Derecho. Tanto Pepper como Luban mostraban la dificultad que para dar cuenta de los deberes morales de los abogados suponía un cierto tipo de positivismo jurídico: el realismo jurídico (o una cierta versión del mismo). Para decirlo en términos clásicos, la invitación a ver el Derecho desde el punto de vista del "hombre malo" (o sea, de manera puramente instrumental) no parece, efectivamente, dejar mucho espacio para la ética; recuérdese que Holmes construye ese célebre concepto en un texto, *La senda del Derecho*, en el que defiende con gran énfasis la necesidad de la separación conceptual entre el Derecho y la moral. Pero la pregunta entonces es: ¿valdría eso para cualquier tipo de positivismo jurídico, esto es, está obligado quien asume la tesis de la separación (conceptual) entre el Derecho y la moral a defender la concepción que habíamos llamado del abogado "amoralista"?

La respuesta, obviamente, es que no. Si el Derecho y la moral son cosas distintas, entonces la moral puede obligar a alguien (sea o no abogado) a realizar alguna conducta que no sea la establecida por el Derecho. Y es también claro que, en su célebre escrito, Holmes no pretendía animar, ni tampoco justificar, a los juristas a comportarse de acuerdo con el modelo del "hombre malo". El problema del positivismo jurídico está, me parece a mí, en el otro polo, en que esa concepción (en sus formas no vulgares) parece incompatible con la figura del abogado moralista. Hay un reciente trabajo de Luigi Ferrajoli (2013) que ilustra bien este punto.

Ferrajoli parte de la misma contraposición que veíamos en el punto 2.3., pero piensa que los dos modelos (él está considerando únicamente la situación de un abogado penalista) pueden conciliarse a partir del derecho fundamental a la defensa. La idea es que, por un lado, el abogado es solidario con los intereses del cliente y por eso, en relación con la posibilidad de causar un daño a un tercero inocente, lo que "puede y debe hacer es exactamente todo lo que, con excepción del derecho a mentir, su asistido haría personalmente si tuviera la preparación técnica necesaria" (p. 210). Pero, por otro lado, la vinculación del abogado con la corrección procesal (esa vendría a ser su manera de entender el elemento "moralista") hace que esté limitado por el deber de lealtad y probidad (recogido en el código civil italiano), que no impone propiamente una obligación positiva, sino negativa: "aunque [esos deberes]...no permiten al defensor aconsejar a su defendido que jure en falso, sí es cierto que él no podrá desmentirlo sin violar su derecho a mentir. Y aunque al abogado no se le permita prestar falso

testimonio, él por supuesto no tiene el deber de declarar la verdad que, a lo mejor, conoce" (p. 211). Ferrajoli considera que ordinariamente es posible conciliar los dos modelos, pero reconoce también que hay supuestos extraordinarios que plantean auténticos dilemas morales. El caso límite y dramático sería "cuando el abogado tiene conocimiento de pruebas de culpabilidad de su cliente, cuyo ocultamiento causaría la condena de un inocente" (p. 215); en cuyo caso lo único que cabría sería remitir el dilema "a la conciencia del abogado" (p. 214) sin que, al parecer, el análisis filosófico pueda hacer otra cosa que mostrar la existencia de un problema ético. ¿Pero es eso cierto? ¿No es posible llevar a cabo un razonamiento objetivo (de carácter moral) que haga un balance entre las diversas razones que, en principio, se le presentan al abogado y que tendría que concluir, creo yo, que (salvo en alguna extrañísima situación en la que se presentara alguna circunstancia absolutamente excepcional) las razones para evitar que se castigue a un inocente superan a todas las otras? ¿No hay, en el fondo, un escamoteo de los problemas morales cuando lo único que se hace es remitir su posible solución a "la conciencia del abogado"? ¿Hay alguna manera de plantear con seriedad los problemas de deontología jurídica si uno sigue aferrado a la tesis de la separación estricta entre el Derecho y la moral? ¿No es el positivismo jurídico culpable de la falta de formación de los juristas (jueces, abogados, etc.) en materia de filosofía moral?

### 3.5.

Un error frecuente que parece estar en el origen del escepticismo de muchos juristas (y no juristas) en materia moral es la tendencia a pensar que los principios morales tienen un carácter absoluto. Y como muchas veces parece que aplicar uno de esos principios (no causar daño, no mentir) en determinadas circunstancias llevaría a consecuencias inasumibles, el escéptico concluye que la moral no tiene más que un alcance subjetivo o relativo: no hay principios morales objetivos, dictamina, sin darse cuenta de que hablar de principios objetivos no significa lo mismo que hablar de principios sin excepciones o sin modulaciones.

En realidad, ni siquiera Kant, prototipo de absolutista moral, parece haber dejado de hacer alguna excepción o, por lo menos, alguna matización en cuanto al carácter absoluto del principio de que no se puede mentir. Y una matización que, además, viene muy a cuento en relación con la deontología de los abogados.

Como se sabe, Kant (1989) llegó a afirmar que ni siquiera sería moralmente lícito mentir a alguien que nos preguntara por el paradero de una determinada persona con el propósito de asesinarla. Pero, sin embargo, al menos según la interpretación de Sandel (2011), Kant habría hecho una interesante distinción entre mentir y decir algo cierto pero que lleva al engaño;

pues engañar a otro no diciéndole la verdad no supondría necesariamente ir en contra del imperativo categórico. Sandel interpreta que eso es lo que habría hecho el propio Kant cuando, en cierta ocasión, el rey Federico Guillermo II de Prusia le exigió que prometiera que no volvería a ocuparse de asuntos que tuvieran que ver con la religión. Kant hizo esta declaración: "Como fiel súbdito de Su Majestad, desistiré en adelante por completo de toda disertación pública o escrito concernientes a la religión". Ahora bien, Kant sabía que el rey no viviría mucho tiempo y, de hecho, se consideró relevado de su promesa cuando, al cabo de unos pocos años, se produjo la muerte del soberano: de esta manera, habría conseguido engañar a los censores sin tener que mentirles. Y Sandel sugiere que esa misma estrategia es la que habría utilizado el abogado defensor del presidente Clinton para justificar que este último no habría mentido al pueblo americano al declarar: "nunca he tenido relaciones sexuales con esa mujer [Monica Lewinsky]". El presidente habría actuado mal e inducido al engaño a propósito de sus relaciones con la famosa becaria, pero no habría mentido de acuerdo con la definición que el diccionario da de lo que significa "relaciones sexuales" y que no incluye (o no incluía entonces) el sexo oral. La relevancia de esa distinción vendría, entonces, a consistir en lo siguiente: "una afirmación que induce a error pero que, pese a ello, es verdadera no fuerza o manipula al que la oye del mismo modo que una pura mentira. Si el que la escucha está suficientemente atento, siempre podrá escapar del engaño" (Sandel 2011, p. 158).

¿Pero no es este entonces un buen argumento para negar el carácter intrínsecamente inmoral de la profesión de abogado? ¿No presuponen, quienes sostienen esta última tesis, una concepción inadecuada de la moral, al considerar que la misma consiste en una serie de preceptos absolutos, que se aplican de manera inflexible y sin tener en cuenta las singularidades de cada situación?

### 3.6.

Un problema interesante que plantea la deontología profesional del abogado es el del límite del deber de lealtad. Un problema que, parece, podría abordarse de dos maneras distintas.

Una es contraponiendo el deber de lealtad (hacia el cliente, hacia los miembros de un cierto grupo familiar, profesional, político...) a los deberes morales generales. La noción de deber moral especial (referido a quienes están dentro de esos diversos ámbitos) tiene pleno sentido, pero de ahí no se puede inferir que ese tipo de deber haya de prevalecer siempre frente a los provenientes de la ética general. Como antes se ha dicho, el deber de evitar que se castigue a un inocente es un claro límite al deber del abogado de ser leal hacia su cliente.

La otra forma de abordarlo consistiría en darse cuenta de que existen diversos círculos de lealtad: de que, por ejemplo, frente a la lealtad hacia el cliente por parte del abogado estaría la lealtad hacia el Derecho o hacia sus conciudadanos. Esta última parece ser la vía seguida por escépticos como Richard Rorty (2002), que ve la justicia como una especie de lealtad ampliada. Para él, los dilemas morales (donde podríamos incluir el que tiene que afrontar el abogado que tiene que optar entre defender los intereses de su cliente y no dañar a un tercero inocente) son conflictos entre lealtades y no, tal y como los presentaría un kantiano, un conflicto entre la lealtad, que emana de los sentimientos, y la justicia, que proviene de la razón. Rorty llega a afirmar que “la idea de una obligación moral *universal* de respetar la dignidad humana queda sustituida por la idea de la lealtad frente a un grupo muy grande, es decir, la humanidad” (p. 84).

¿Pero es realmente satisfactoria esta última manera de enfocar la ética? ¿No está expuesta a la pregunta, más o menos obvia, de por qué debemos ser leales: a un pequeño grupo o a toda la humanidad?

### 3.7.

Si la lealtad la consideramos no como un sustituto, sino más bien como un ingrediente de la justicia o de la moralidad, aparece ahora una nueva pregunta que es la de si existen unos mismos principios de la moral, válidos para todos los campos de la experiencia humana; por ejemplo, el imperativo categórico kantiano, con sus tres formulaciones que contienen los principios de igualdad (universalidad), dignidad y libertad (autonomía). O si, por el contrario, algunas regiones de la praxis humana (la ocupada por la política o por el ejercicio de diversas profesiones) deben contar con códigos morales específicos no coincidentes –o no del todo– con el de la moral general; en el caso de profesiones como la abogacía, entre otras cosas por el peso que aquí adquieren los deberes de lealtad.

Pues bien, a mí me parece que hay buenas razones para descartar esta segunda opción y para pensar que la ética es única, que son los mismos principios los que rigen en todos los campos de la experiencia humana, aunque esos principios pueden tener modulaciones distintas, precisamente al tener que ser ponderados en relación con situaciones muy diversas. Y una de esas razones es que, si no fuera así, resultaría muy difícil poder construir una personalidad coherente. Aunque muchos profesionales (abogados, jueces, etc.) vean las cosas de otra manera, yo creo que no es posible para nadie escindir de manera radical su vida

profesional y su vida privada. Precisamente, esa no escisión es un rasgo característico del concepto de profesión en sentido estricto.

### 3.8.

Una obvia pregunta a hacerse –la última- es la de cuál de las cuatro posiciones analizadas en el apartado 2 resulta ser más satisfactoria. Y el lector que haya llegado hasta aquí habrá averiguado de sobra que mis preferencias están por la última: la que hemos llamado del abogado moralista, entendiendo por tal, el abogado que es consciente de que se pueden cometer acciones gravemente inmorales sin infringir el Derecho o, mejor dicho, haciendo uso del mismo; y que quien contribuye a esos males no puede justificar su conducta alegando que se limita a defender los intereses de su cliente o a hacer posible su autonomía o que, simplemente, desarrolla un rol profesional –la defensa de parte- en un contexto institucional en el que otros cumplen la función de defender los intereses de la otra parte o de decidir el conflicto desde una posición de imparcialidad e independencia.

Esto no significa desconocer el carácter necesariamente parcial del abogado, sino que de lo que se trata es de poner un límite a esa parcialidad que, por lo demás, cuenta con una justificación racional: de otra manera no se podría lograr –en una sociedad compleja- que los individuos pudiesen satisfacer muchos de sus derechos (fundamentales o no). Pero el abogado tiene que ponderar los valores que contribuye a realizar en el ejercicio de su profesión con los que, en ciertas ocasiones, puede poner en riesgo (daños a terceros inocentes, afectación a intereses colectivos) y del balance de la misma puede resultar que hay ocasiones en las que él no puede –no debe- moralmente realizar ciertas acciones, aunque las mismas no contradigan el Derecho positivo. Dicho de otra manera, el Derecho –la abogacía- no es una profesión intrínsecamente inmoral, pero sí una profesión de riesgo moral. Algo que es coherente con una concepción no positivista del Derecho que ve en el mismo no sólo un fenómeno autoritativo sino, sobre todo, una empresa con la que se trata de obtener ciertos fines y valores. No siempre es fácil alcanzarlos y a veces puede resultar imposible, pues nuestros Derechos son también ambiguos: están involucrados tanto en los procesos de liberación humana como en los de opresión. Por eso, lo que no puede hacer el jurista, el abogado, es desentenderse de la tensión moral que necesariamente caracteriza a las profesiones jurídicas.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

Atienza, Manuel: *Reflexiones sobre ética judicial*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México DF, 2008

-----: "¿Por qué no conocí antes a Vaz Ferreira?", en *Revista de la Facultad de Derecho*, nº 36, Universidad de la República, Uruguay 2014.

-----: "Ética para fiscales", en *Jueces para la democracia*, nº 79, 2014

Ferrajoli, Luigi: "Sobre la deontología profesional de los abogados", en García Pascual, C. (coord.), *El buen jurista. Deontología del Derecho*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2013.

Holmes, Oliver W.: *La senda del Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975.

Kant, Immanuel: "Sobre un presunto derecho a mentir por filantropía", en *Teoría y práctica*, Tecnos, Madrid, 1989.

La Torre, Massimo: "Variaciones sobre la moral del abogado: ambigüedades normativas, teorías deontológicas, estrategias alternativas", en García Pascual, C. (coord.), *El buen jurista. Deontología del Derecho*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2013.

Luban, David: "The Lysistratian Prerogative: A response to Stephen Pepper", en *American Bar Foundation Research Journal*, 1986.

Pepper, Stephen L.: "The Lawyer's Amoral Ethical Role: A Defense, A Problem, and Some Possibilities", en *American Bar Foundation Research Journal*, 1986.

Rorty, Richard: *Filosofía y futuro*, Fedisa, Barcelona, 2002

Salas, Minor: "¿Es el Derecho una profesión inmoral?", en *Doxa* nº 30, 2007.

Sandel, Michael J.: *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?*, Ed. Debate, Barcelona, 2011.

Vaz Ferreira, Carlos: *Moral para intelectuales*, Imprenta "El siglo ilustrado", Montevideo, 1920.