

DEONTOLOGÍA DE LAS PROFESIONES JURÍDICAS*

Una discusión académica

Liborio L. Hierro

Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad Autónoma de Madrid

Sumario: 1. La deontología profesional: ¿una nueva disciplina? 2. La "naturaleza" de las normas deontológicas: cinco aproximaciones. 3. Una cuestión de roles. 4. Profesiones jurídicas y roles jurídicos. A. El rol de los abogados o la parcialidad. B. El rol de los jueces o la imparcialidad. 5. Conclusión: los límites de la deontología. Nota bibliográfica

1. LA DEONTOLOGÍA PROFESIONAL: ¿UNA NUEVA DISCIPLINA?

Como es evidente, la deontología profesional no es una disciplina que forme parte de nuestros programas docentes y es también notorio que nunca lo ha sido aunque hace pocos años ha empezado a estar presente en los planes de estudio de las universidades privadas vinculadas a la Iglesia católica¹. Sería incierto, sin embargo, concluir que nadie, entre nosotros, la ha prestado atención.

Entre nosotros la deontología profesional ha sido cultivada desde hace mucho tiempo pero casi exclusivamente por profesionales y algo muy parecido ha ocurrido en Latinoamérica². Este tipo de literatura deontológico-profesional se caracteriza, en términos genera-

les, por su marcado carácter seudo-religioso: la profesión —en nuestro caso, la profesión de abogado— es presentada exclusivamente como una vocación al servicio de un valor trascendental como, en nuestro caso, la justicia; y el que abraza esta vocación³ contrae un compromiso específico del que se derivan ciertos deberes especiales y ciertos privilegios correlativos que comparte con la comunidad de sus colegas. No es de extrañar que entre los deberes figure habitualmente, como uno de los primeros, el de lealtad hacia estos colegas, lealtad que se vive en la común pertenencia a un colegio profesional. Tampoco es de extrañar que este tipo de literatura tenga una singular inclinación a enunciar los deberes especiales del profesional en la forma de los grandes mandamientos revelados: el decálogo⁴. Es también característico de este tipo de literatura el

* Este trabajo se publicó originalmente en el libro *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, editado por Miguel Bajo y Agustín Jorge Barreiro, pp. 2037-2059, Madrid, Thomson-Civitas, 2005. Una versión más breve fue el objeto de mi conferencia en las "Jornadas sobre Deontología de las profesiones jurídicas", organizadas por el Institut Universitari de Drets Humans (Universidad de Valencia) y celebradas los días 18-20 de noviembre de 2009. Agradezco a la profesora María José Añón su invitación a participar en aquellas jornadas y, ahora, en esta publicación.

atribuir la autoridad para dictar e imponer las normas deontológicas a la propia comunidad de los profesionales, el colegio, así como, finalmente, carecer de toda indagación sociológica, de análisis funcional alguno y de cualesquiera consideraciones autocríticas salvo las dirigidas a los profesionales que se desvían de las pautas deontológicas vigentes. Posiblemente George Bernard Shaw tenía en mente estos rasgos cuando afirmó que todas las profesiones eran conspiraciones contra la laicidad.

Si las Facultades de Derecho de las universidades públicas se planteasen la conveniencia de introducir en los planes de estudio la enseñanza de la “Deontología profesional” con los ojos puestos en este tipo de literatura, creo que la respuesta adecuada sería mantenerse en la laicidad y dejar ese discurso pseudo-religioso fuera del ámbito académico, como siempre lo ha estado. Tampoco parece justificado recurrir a las normas jurídico-positivas como contenido de la hipotética asignatura, pues no es justificable introducir una nueva disciplina en los ya sobrecargados planes de estudio si su contenido son un puñado de artículos de unos reglamentos profesionales o de unos estatutos colegiales que cualquier profesional, abogado, notario, registrador, juez o lo que fuere, puede conocer y comprender con facilidad cuando ingrese en la respectiva profesión.

La cuestión es si no hay, en realidad, otras perspectivas desde las que abordar el estudio y la enseñanza de la deontología profesional que tengan el suficiente relieve científico y pedagógico como para incluirla en los planes de estudio. Estas páginas tratan de responder afirmativamente a esta cuestión pero, para hacerlo, parece necesario plantear previamente qué tipo de normas son las normas deontológicas y cuál sería el contenido específico de una disciplina que las estudiase y enseñase.

2. LA “NATURALEZA” DE LAS NORMAS DEONTOLÓGICAS: CINCO APROXIMACIONES

La distinción más habitual que hoy manejamos es la que se hace entre tres conjuntos de normas: las reglas del trato social, las normas morales y las normas jurídicas⁵. Esta distinción es exhaustiva, en la forma en que normalmente se utiliza, de tal modo que una determinada norma necesariamente pertenece a alguno de estos tres conjuntos. La exhaustividad se consigue mediante la consideración de que cualquier norma que no es una norma moral ni una norma jurídica es, necesariamente, una regla del trato social. El conjunto “reglas del trato social” se convierte así en un cajón de sastre en el que podemos ubicar las normas del saludo, las normas del vestir, las normas del comer, las normas de la convivencia familiar, las normas de la amistad, las normas del vecindario, las normas de la higiene, las normas del trato a los animales, y también las normas de las relaciones profesionales sean con los superiores, los iguales, los inferiores o los clientes; pero podemos hacerlo siempre —claro está— que nos reframos a normas sobre cada uno de estos aspectos, o de cualquier otro de las relaciones intersubjetivas, que no pertenezcan al conjunto de las normas morales o de las normas jurídicas.

Creo que la distinción más elaborada entre los tres tipos de normas es la que sigue, con algunos matices, los criterios que Kant propuso para distinguir las normas morales de las normas jurídicas. Esta distinción —que no someteré ahora discusión— puede esquematizarse así:

	Normas jurídicas	Reglas sociales	Normas morales
Objeto	Acto externo	Acto externo	Acto interno
Fin	Libertad externa	Libertad externa	Libertad interna
Origen	Heterónomas	Heterónomas	Autónomas
Cumplimiento	Legalidad (formal)	Urbanidad (formal)	Moralidad-adhesión
Sanción	Coerción	Difusa	Remordimiento

En esta distinción el conjunto que aparece como más problemático es el de las normas morales porque, si se entienden como normas plenamente autónomas, puede dudarse que sean propiamente normas⁷, mientras que si se entienden como normas que llaman a una adhesión interna y exigen un cumplimiento por convencimiento pero que son heterónomas, entonces pueden ubicarse como un segmento de las reglas sociales al que generalmente se denomina “moralidad positiva”.

Como acabo de señalar, no es mi intención discutir ahora este esquema que, con leves matices, creo que es bastante generalmente aceptado. Lo que me interesa subrayar es que en este esquema la distinción opera sobre características un tanto formales de las normas porque, incluso en el renglón que se refiere al objeto, la distinción se hace sobre un elemento formal del objeto (es decir: bien sobre la acción u omisión en tanto fenómeno externo bien sobre la intención que da lugar a esa acción u omisión) pero, en ningún caso, atendiendo al ámbito u objeto de la acción u omisión de que se trate. El criterio kantiano no distingue, por ejemplo, entre matar y ser afectuoso como presuntos actos externo e interno, respectivamente, sino entre “matar” y “querer matar” o “ser afectuoso” y “querer ser afectuoso”, de modo tal que el acto interno siempre forma parte del acto externo aunque no a la inversa. Por esta razón, porque la distinción no opera sobre el tipo de conductas que las normas regulan sino sobre la forma en que las regulan, una conducta cualquiera puede eventualmente ser objeto de normas de uno de los tres conjuntos, o de dos de ellos, o de los tres, lo que para un contexto normativo dado ofrece siete posibilidades:

- (1) conducta que está regulada sólo por una norma jurídica (v.gr: “se acordarán en un solo acto todos los trámites que, por su naturaleza, admitan un impulso simultánea...”)
- (2) conducta que está regulada sólo por una norma moral (v.gr: “amarás a tu prójimo como a ti mismo”)

- (3) conducta que está regulada sólo por una regla del trato social (v.gr: “en las mesas de presidencias clásicas rectangulares ocupadas por un solo lado es obligado que haya al menos dos camareros”)
- (4) conducta que está regulada por una norma jurídica y una norma moral (v.gr: “no se debe defraudar al fisco”)
- (5) conducta que está regulada por una norma jurídica y una regla del trato social (v.gr: “obligatorio ceder el paso al que viene por tu derecha”)
- (6) conducta que está regulada por una norma moral y una regla del trato social (v.gr: “se debe visitar a los parientes y amigos enfermos”)
- (7) conducta que está regulada por una norma jurídica, una norma moral y una regla del trato social (v.gr: “no matar”)⁸

Si esta tipificación es exhaustiva, como pretende, las normas deontológicas no pueden ser un cuarto tipo de normas, sino que han de ser o un segmento de las reglas del trato social, o un segmento de las normas morales o un segmento de las normas jurídicas o, quizá, un segmento de algunas de las zonas de confluencia entre unas y otras, es decir: las normas deontológicas se distinguirían de otras normas por el ámbito de conductas que regulan y no por el modo en que las regulan.

Tanto en la literatura profesional que, como he indicado, es la que predomina entre nosotros como en la escasa literatura académica creo que cabe encontrar hasta cinco aproximaciones diferentes a la idea de “normas deontológicas” que, ordenadas en relación con la tipología ofrecida, serían las siguientes:

A) *Las normas deontológicas como normas morales.* Las normas deontológicas son normas éticas o morales en sentido genuino. Es éste un punto de vista muy común del que podríamos poner como ejemplo a Raúl H. Viñas cuando propone un esquema (Viñas 1972, p. 3) según el cual las normas deontológicas son una derivación de tres conjuntos de normas o principios que él denomina “ética”, “moral” y “axio-

logía”, de los cuales cabe derivar una “moral específica de las profesiones jurídicas”.

Quienes, como él, proponen este modelo ubican las normas deontológicas en el conjunto de las normas morales, señalando al mismo tiempo que son específicas de un ámbito profesional aunque, generalmente, suponen que esa especificidad se obtiene simplemente por lo que, en términos tomistas, llamaríamos “conclusión” (es decir derivando de reglas generales la regla para un supuesto especial) o, a lo sumo, por “determinación”. Veamos tres ejemplos. Los llamados “mandamientos del abogado” que formuló, con gran éxito en la cultura profesional iberoamericana y mil veces imitado, Eduardo J. Couture contienen diez preceptos (estudia, piensa, trabaja, lucha, sé leal, tolera, ten paciencia, ten fe, olvida y ama a tu profesión), preceptos que, más o menos, serían exigibles, o al menos recomendables, para cualquier actividad humana. La fundamentación de la norma mediante la conclusión aparece en otras ocasiones más explícita como, por ejemplo, cuando se propone: “no mientas: defiende con habilidad la causa sin falsear lo argumentado...” (Vigo 1990, p. 143), y la fundamentación mediante la determinación cuando, por ejemplo, se propone el “colegialismo” como un principio de otro decálogo, señalando que el profesional ha de mirar “en el Colegio lo que realmente es: un ámbito de convivencia entre compañeros, un órgano de representación y defensa de legítimos intereses profesionales y una garantía de defensa de la sociedad...” (Martínez Val 1990, p. 270-271).

El carácter moralmente genuino de este modelo estriba en que parece situar estas normas, expresadas en decálogos o heptálogos de formulación privada, como propuestas de normas morales que el buen profesional debe aceptar y auto-imponerse. La cercanía de este modelo con el siguiente estriba, con mucha frecuencia, en que sus defensores sostienen que, en definitiva, es la comunidad profesional la que tiene que discutir, formular y proponer a sus miembros la aceptación de estos deberes éticos. Curiosamente, aunque no sorpren-

dentemente, esta traslación de la “autonomía” —que se supone definitoria del conjunto de las normas morales— desde el sujeto individual hacia el colectivo profesional conduce a esta primera posición a convertir a las normas deontológicas en normas sociales; esto es: normas compartidas de hecho por un determinado grupo social, el grupo profesional, y que éste impone a sus miembros, lo que nos aboca a la segunda aproximación.

B) *Las normas deontológicas como reglas sociales*. Las normas deontológicas son, bajo este segundo punto de vista, las normas que constituyen la moralidad positiva de un grupo profesional. Esta sería la posición de aquellos que, en palabras de Carlo Lega, entienden que “la ética profesional es fruto de una obra diuturna de autocontrol y de autolimitación que proviene de los mejores profesionales del grupo y que es asumida por la generalidad de los miembros del mismo como norma moral” (Lega 1983, p. 31). Bajo este punto de vista, las normas deontológicas ofrecen una doble característica: (a) se trata de normas que, al menos por su origen, pertenecen a la moralidad positiva de un grupo y que, en consecuencia, constituyen un segmento de las reglas sociales y (b) se justifican principalmente como normas necesarias para conservar el crédito público del grupo profesional.

Desde luego si esta tesis se limitase a describir las normas deontológicas sería probablemente una tesis verdadera en relación con la mayor parte de las profesiones en la mayor parte de contextos sociales, pero sería sólo una tesis de “ética descriptiva”. Lo que la convierte en una tesis de “ética normativa” es la pretensión de que estas normas, así surgidas y así justificadas, son las que debe aceptar el profesional. De este modo la tesis, en su dimensión normativa, es típicamente una tesis propia de lo que llamamos “positivismo ético” por cuanto sugiere que un profesional está moralmente obligado a hacer aquello que el grupo profesional al que pertenece estima que es lo profesionalmente bueno o correcto. No hay, desde aquí, más que un paso para sostener que el grupo profesional tiene el derecho e incluso la obligación de ve-

lar por el cumplimiento de estas normas por parte de sus integrantes, lo que las convertiría en normas jurídicamente exigibles, que es precisamente la tercera aproximación⁹.

C) *Las normas deontológicas como normas jurídicas.* Las normas deontológicas son normas jurídicas que imponen un mínimo ético al comportamiento profesional. Creo que este modelo encuentra una contundente formulación en la obra de Geoffrey C. Hazard, *Ethics in the Practice of Law*, en la que afirma:

“La cuestión [de cómo deben conducirse los juristas] no puede dejarse satisfactoriamente a la conciencia individual o a las tradiciones de la profesión vagamente articuladas. Por lo tanto es apropiado y socialmente necesario que las normas jurídicas resuelvan con autoridad las cuestiones debatidas de tal modo que tanto los juristas como los demás tengan una comprensión común de la conducta esperada y permisible en el desempeño del oficio de jurista: la ética jurídica es por lo tanto propiamente una cuestión de derecho positivo del mismo tipo que las leyes que gobiernan un negocio regulado (aunque no sean las únicas consideraciones normativas que el jurista debe seguir sino unos estándares mínimos) ...

Las reglas que gobiernan una profesión tienen que ser algo más que una declaración de ideales y aspiraciones; tienen que ser un cuerpo de leyes.” (Hazard 1978, pp. 5 y 17).

Bajo este punto de vista las normas deontológicas son, o al menos deberían ser, normas jurídicas y no reglas sociales corporativas ni normas éticas genuinas aunque, como lo hacen en general las normas jurídicas, tengan como justificación y función la de imponer un mínimo ético heterónomamente acordado sobre cada comunidad profesional.

Hasta aquí hemos visto tres modelos de respuesta que, básica y respectivamente, ubican las normas deontológicas en el conjunto de las normas morales, en el conjunto de las reglas del trato social de pretensiones morales, o en el sector de las normas jurídicas con pretensiones morales.

D) *Un modelo ecléctico.* No es de extrañar que estas dudas sobre la naturaleza de las normas deontológicas hayan conducido a algunos autores a proponer un cuarto modelo de carácter ecléctico. Creo que el ejemplo más claro lo ofrece el mismo Carlo Lega cuando define las normas deontológicas como “el conjunto de reglas y principios que rigen determinadas

conductas del profesional de carácter no técnico, ejercidas o vinculadas, de cualquier manera, al ejercicio de la profesión y a la pertenencia al grupo profesional” (Lega 1983, p. 23). Al excluir sólo las reglas de carácter técnico (las reglas técnicas del arte u oficio) Lega parece incluir todas las demás reglas, sean normas genuinamente morales, normas de la moralidad positiva, normas jurídicas o meras reglas sociales. Esta impresión se confirma cuando leemos que las normas deontológicas constituyen “en sustancia, una especie de urbanidad del profesional” (ibídem, p. 23), que “su carácter ético se evidencia en mayor grado en las profesiones con trasfondo humanitario como el arte forense y el arte médico” (ibídem), que “tienen un carácter preferentemente ético y presentan puntos de contacto con las normas de la costumbre” (ibídem, p. 24) pero que, al mismo tiempo, “tienden a transformarse en normas jurídicas” (ibídem) y que “su contenido sustancialmente moralista no autoriza, sin embargo, a considerarlas como normas de carácter moral” o que “el contenido de las normas deontológicas no se agota en el ámbito de la ética, ni puede decirse que todas estas normas tengan un carácter exclusivamente moral” (ibídem y nota 5), de tal manera —concluye Lega— que “todo comportamiento del profesional que no tenga un carácter meramente técnico, pero que esté vinculado de cualquier forma al ejercicio de la profesión, entra en el ámbito de la normativa deontológica” (ibídem, p. 25 y pp. 56-60).

La posición de Lega —dejando ahora al margen la discusión que él introduce sobre el carácter jurídico de los reglamentos corporativos— implica un concepto extenso en el que las normas deontológicas se definen no por su “naturaleza” normativa —es decir: por el tipo de conjunto normativo al que pertenecen— sino por el tipo de conducta que regulan. Cualquier norma que no sea una mera regla técnica y que regule la conducta de un profesional en cuanto profesional es una norma deontológica. Las normas deontológicas pueden ser tanto los usos o costumbres normativas de urbanidad del grupo profesional como sus

normas morales positivas, las normas morales genuinas que alguien pueda formular para esos profesionales o las normas jurídicas sobre esa profesión, ya tengan su origen en disposiciones jurídicas legisladas o en reglas jurídicas por reconocimiento o adopción del ordenamiento jurídico. Ahora nos encontraríamos, por tanto, con que las normas deontológicas pueden ubicarse en cualquiera de los sectores normativos de nuestra tipología y que lo que las unifica es simplemente su objeto: la actividad profesional.

E) *Un modelo negativo*. Todavía queda una quinta aproximación que, en algún modo, viene a cerrar, como formando un círculo, las aproximaciones anteriores. Se trataría de quienes sostienen que, si las normas deontológicas son normas éticas, entonces no existe ninguna posible especificidad para las actividades profesionales y que a ellas les son aplicables, como a cualquier otra actividad humana, las normas morales de carácter general, lo que conduce a la conclusión de que no existe tal cosa como la “deontología profesional”. Sería el argumento defendido recientemente por Aulis Aarnio: “Mi tesis principal —dice— es que *de facto* no hay una ética profesional *particular* de los juristas (ni de ninguna otra profesión) más allá o por encima de los principios éticos que obligan a todo el mundo” (Aarnio 2001, p. 2). Sus argumentos se mueven en la órbita de la unidad del razonamiento práctico, de su carácter moral en última instancia y del programa de fundamentación dialógica, de modo que el ámbito de la práctica del Derecho, en cualquiera de sus dimensiones, está sometido a las mismas exigencias metodológicas para justificarse moralmente que cualquier otra actividad humana.

Creo que esta posición —que podríamos llamar “negativa”— viene a cerrar el círculo porque, aun a partir de diferentes argumentos, termina por coincidir con aquellos que enunciaban como principios deontológicos ciertos principios o reglas morales generales y, a lo sumo, algunas triviales concreciones de ellos. La diferencia sería que mientras en aquellos se sostiene retóricamente la idea de una deontología profesional específica, cuya especificidad o no resulta muy clara o resulta muy discutible, en el caso de Aarnio se acepta que no hay nada de específico tras semejante retórica.

3. UNA CUESTIÓN DE ROLES

En una primera dimensión, meramente descriptiva, parece que la aproximación teórica que más se ajusta a lo que mayoritariamente se piensa, la que mejor refleja lo que los profesionales entienden por deontología y lo que se contiene en los llamados “códigos deontológicos”, es la posición de Lega. En efecto, nos encontramos habitualmente con que bajo el rótulo de “deontología” o “ética profesional” se explican, discuten y tratan de justificar prácticas convencionales propias de una profesión, reglas de urbanidad profesional, reglas de autodefensa del prestigio social de la profesión, normas de la moralidad positiva tradicional del grupo, normas morales genuinas invocadas con o sin concreción alguna como principios que el buen profesional debería cumplir y, también, normas jurídicas de carácter organizativo, como las normas que regulan la colegiación o limitan la competencia entre los profesionales.

En la tradición retórico-moral que acompaña a estas explicaciones todas estas reglas diversas se suelen recubrir de algún pretendido tinte moral pero, cuando uno se para a reflexionar, resulta difícil reconocer qué principio moral sustenta las numerosas restricciones a la competencia que tradicionalmente incluyen los códigos deontológicos, tanto privados como oficiales, o qué criterio moral sustenta la organización en colegios de inscripción obligatoria y ámbito territorial (con frecuencia de origen meramente histórico). Muchas de estas normas organizativas puede que encuentren su justificación, cuando la tienen, en razones públicas de organización y control pero es más que dudoso que los sistemas organizativos de marcado carácter gremial que acompañan a las profesiones liberales y a ciertos oficios públicos (por ejemplo: notarios, registradores o farmacéuticos) tengan carácter moral alguno frente a otras posibles alternativas organizativas.

Ello no obstante, y como no es mi intención modificar los usos habituales del lenguaje sino tan sólo explicarlos, creo que podemos partir de un primer sentido en que por “deontología profesional” se entiende —siguiendo a Lega— el conjunto de normas sociales, morales y jurídicas, de carácter no técnico, que regulan una profesión.

Un sencillo criterio epistemológico, que ya he venido manejando, obligaría a distinguir

a continuación entre la “deontología profesional descriptiva”, que tendría como objeto la descripción de las normas sociales, morales y jurídicas vigentes en un grupo profesional en un contexto dado (es decir: la descripción de las normas que *regulan* esa profesión) y la “deontología profesional normativa”, que tendría por objeto la reconstrucción crítica y la propuesta de las normas sociales, morales o jurídicas, que *deberían regular* esa profesión. Naturalmente, a un punto de vista ético o a un punto de vista político (político social o político jurídico) aquel primer enfoque sólo le interesa como dato.

Ese dato, sin embargo, es el que nos puede mostrar algo que en las cinco aproximaciones analizadas ha quedado o bien implícito o bien simplemente negado. Me refiero a lo que permite definir una profesión. Lo que permite definir una profesión es la prestación habitual de algún servicio de carácter técnico. La capacitación —históricamente vinculada a un título superior— para prestar ese servicio y el compromiso público de hacerlo de acuerdo con las reglas técnicas específicas es lo que atribuye a los profesionales un “rol” especial. Ejercer la profesión es asumir ese rol y asumir el conjunto de obligaciones y derechos que se derivan de él¹⁰. En una gran parte estos derechos y obligaciones no son específicos. Que un profesional no deba mentir a un cliente o no deba injuriar a un colega no tiene nada de específico; tampoco se debe mentir a un familiar ni injuriar a un vecino; que deba realizar su trabajo con diligencia y honestidad es algo que moralmente se le puede exigir a cualquier tipo de profesional, a un comerciante o a cualquier trabajador. Hasta aquí no habría nada específico. Otros derechos y obligaciones pueden considerarse específicos en el sentido de que sólo corresponden al que ejerce una cierta profesión pero se derivan, por conclusión o por determinación sin mayor problema, de normas morales de carácter general; su carácter específico estriba simplemente en que el que no ejerce esa profesión no se encuentra en la ocasión de aplicación de la norma (por ejemplo, si afirmamos que el médico tiene el deber moral de actualizar sus conocimientos médicos y el abogado sus conocimientos jurídicos).

Los problemas interesantes aparecen cuando comprobamos que, en muchos casos, el rol profesional requiere y justifica conductas que son contrarias a las normas morales generales y que ello es lo que ha generado ciertas costumbres, normas morales o normas jurídicas peculiares: cuando el profesional tiene el derecho o la obligación, en virtud de su rol, de hacer algo que en circunstancias normales está prohibido o cuando tiene prohibido hacer algo, en virtud de su rol, que en circunstancias normales está permitido o incluso es obligatorio¹¹. Nos encontramos, entonces, ante derechos y obligaciones excepcionales, en el estricto sentido de que constituyen excepciones a la aplicación de normas morales de carácter general. Su justificación sólo puede encontrarse en que sean conductas cuya realización sea condición necesaria para el desempeño de una función profesional justificada y que no viole un bien de mayor importancia que la propia función profesional. Su justificación moral implica, por lo tanto y necesariamente, satisfacer tres condiciones:

(1) que la función profesional del que se derivan esté justificada (esta primera condición podría denominarse “de la finalidad”)

(2) que la conducta excepcionalmente prohibida, obligatoria o permitida, sea una conducta instrumentalmente necesaria para cumplir la función profesional (condición “de la necesidad”), lo que se desdobra en (2.1) que sea instrumentalmente adecuada para cumplir la función (condición “de la adecuación”)

(2.2) que no exista una conducta alternativa y conforme con las normas morales generales que satisfaga en los mismos términos el cumplimiento de la función (condición “de la ausencia de alternativa”)

(3) que la conducta excepcionalmente prohibida, obligatoria o permitida no implique la violación de una regla o principio de una mayor peso moral que los que son servidos por la función profesional¹².

En este nivel de la cuestión sí podríamos hablar de una “ética profesional especial” en sentido estricto. Los problemas que se plantean para justificar estos “privilegios” profesionales sirven, al mismo tiempo, para poner en cuestión y revisar críticamente la justificación del rol profesional y, sobre todo, de su organización institucional que es, con la mayor frecuencia, la que condiciona el alcance de esos derechos y obligaciones excepcionales¹³.

Reconstruyendo estas ideas cabe proponer el siguiente esquema de comprensión (o ideograma) de la “deontología profesional”:

DEONTOLOGÍA PROFESIONAL
(estudio de las normas que regulan el ejercicio de la profesión)

CARÁCTER	DESCRIPTIVA	NORMATIVA
OBJETO	(Descripción de las reglas sociales, normas morales y normas jurídicas que regulan el ejercicio de la profesión)	(Fundamentación de las reglas sociales, normas morales y normas jurídicas que deben regular el ejercicio de la profesión)
Función	Descriptivo-funcional	Justificación del rol
Organización institucional	Descriptivo-institucional	Justificación de la organización institucional
Derechos y deberes del profesional	Descriptivo-posicional	Justificación de los derechos y deberes excepcionales: ÉTICA PROFESIONAL

La deontología normativa requiere, por tanto: (a) justificar el rol, (b) justificar la organización del rol y (c) justificar los derechos y obligaciones excepcionales que se derivan del rol y de su organización. En un sencillo ejemplo podríamos decir que una deontología profesional de la profesión militar requiere justificar la actividad militar misma, justificar si la actividad militar corresponde a un ejército popular, a uno profesional o a uno mercenario, y justificar, si dada una cierta organización institucional de la actividad militar, los militares deben tener o no deben tener el derecho al saqueo, la obligación de obedecer ciegamente, la obligación de dar trato humanitario a los prisioneros, etc. etc.

Bajo este punto de vista los dos primeros pasos —la justificación del rol y la justificación de su organización institucional— resultan determinantes de la justificación o ausencia de justificación de los derechos y obligaciones excepcionales de los profesionales. De acuerdo con Daryl Koehn los modelos de justificación de las profesiones pueden reducirse a tres. El primero sería el modelo del experto (expertise model): el profesional es un experto poseedor de ciertos conocimientos más o menos esotéricos que presta por licencia del estado conforme a los estándares vigentes en su propia organización y dotado de gran autonomía; el protagonismo corresponde, en este primer modelo, al profesional. El segundo es el modelo contractual (contractualist model): el profesional es un prestador de servicios en el mercado; la relación del profesional con el cliente es una relación contractual y el protagonismo

corresponde ahora al cliente. El tercero —que es el que propone Koehn— es el modelo del compromiso público (public pledge) según el cual el profesional está vinculado por las expectativas del público respecto a las funciones que ha prometido desempeñar.

Probablemente podríamos reinterpretar las sugerencias de Koehn como la contraposición entre un modelo corporativo (tradicionalmente dominante)¹⁴, un modelo individualista (apegado a las concepciones neoliberales)¹⁵ y un modelo social. Ella pretende que, mientras el modelo corporativo tiende a promover la idea de que las normas deontológicas son normas morales especiales y el modelo contractual tiende a promover la idea de que las normas deontológicas son las mismas normas morales de cualquier actividad, el modelo social (adjetivación que yo asigno a su modelo del “public pledge”) tiende a promover la idea de que las normas deontológicas son normas especiales nacidas de una promesa cuya fuerza de obligar proviene de una norma moral general —la obligación de cumplir las promesas— y cuyo contenido proviene de la moralidad positiva que es la que configura el rol profesional¹⁶. Se acepte o no se acepte la originalidad del modelo alternativo de Koehn, lo cierto es que el problema de partida continúa estando en la justificación del rol y de su configuración institucional.

4. PROFESIONES JURÍDICAS Y ROLES JURÍDICOS

Una llamativa peculiaridad de la actual configuración institucional de las profesiones jurídicas es que da lugar a roles profesionales no sólo diferentes sino contrapuestos¹⁷. Suele decirse que entre las diferencias existentes en la organización institucional de la aplicación del Derecho (“Administración de Justicia”) en el sistema anglosajón de “common law” y el sistema continental de “civil law” la más importante es la consolidación, en el anglosajón, del “Adversary System” y la subsistencia, en el continental, del sistema inquisitorial. De acuerdo con esta supuesta diferencia, el “Adversary System” sirve no tanto al ideal de la búsqueda de la verdad como al ideal de la autonomía individual (Hazard 1978, p. 129) y tiene como consecuencia que la función del abogado es concebida en términos de servicio a los intereses del cliente, mientras que en el sistema continental predominaría el ideal de búsqueda de la verdad y la función del abogado sería concebida como servicio a la administración de justicia (ibídem, pp. 131 y 132)¹⁸.

Aunque haya importantes diferencias entre ambas culturas jurídicas¹⁹, no creo que sea una de ellas la indicada. Los sistemas continentales de aplicación del Derecho se ajustan también al diseño “adversarial” que aquí solemos denominar “contencioso” porque tiene la estructura de una contienda entre partes (Marradi 1983, p. 1515) y, aun cuando el juez asuma ciertas funciones inquisitoriales en la instrucción penal, ello apenas desdibuja esa estructura contenciosa y los roles distintos y contrapuestos que ella genera.

Para situar esos diferentes roles propuse hace unos años una definición y una clasificación de las profesiones jurídicas bajo un punto de vista funcional. Bajo este punto de vista cabe entender como profesiones jurídicas aquellas actividades cuya función consiste en la elaboración técnica de normas jurídicas, su aplicación y la prevención y resolución de conflictos jurídicos

(Hierro 1997, p. 30). Ello significa que lo característico de las profesiones jurídicas sería la elaboración y aplicación de normas jurídicas. El jurista (como sinónimo de “profesional jurídico”) elabora el elemento técnico²⁰ de las normas aunque, con la mayor frecuencia, no es la autoridad que las aprueba: el abogado prepara contratos, testamentos y estatutos que otros suscribirán, como el jurista en las comisiones técnicas que preparan los proyectos de ley o decreto (típicamente, en la Comisión General de Codificación) o que los informan en trámites posteriores (típicamente, Letrados del Consejo de Estado y Letrados de las Cortes). Por lo que se refiere a la aplicación —utilizando una distinción entre “seguir”, “cumplir” y “aplicar” normas que ahora no es momento de desarrollar²¹— no consiste ésta en el mero cumplimiento de normas (que millones de funcionarios, empleados y ciudadanos practican cotidianamente), sino en el proceso técnico de establecer la norma o normas aplicables a un supuesto de hecho dudoso o controvertido; aquí la función del jurista opera tanto preventivamente —cuando el abogado asesora, cuando el notario autoriza, cuando el registrador califica— como resolutivamente cuando el conflicto se formaliza jurídicamente, dando lugar entonces a la intervención de abogados, procuradores, fiscales, secretarios y, en última instancia, jueces.

De acuerdo con esta delimitación, las profesiones jurídicas típicas serían, sin que el orden implique ninguna prioridad o jerarquía, las siguientes: abogado, notario, registrador, fiscal, procurador, secretario judicial y juez. A las funciones que en estas profesiones se desempeñan cabe fácilmente asimilar las funciones eventualmente jurídicas que se desempeñan en algunos otros puestos de trabajo o cuerpos de funcionarios (por ejemplo: parcialmente, las funciones de un secretario de administración local, las de un cónsul, etc.).

Esta clasificación funcional parece la más relevante desde un punto de vista deontológico si, como se ha indicado, lo peculiar de la deontología deriva del rol que se desempeña y el rol deriva de la organización institucional de la función. Por ello propuse allí dividir las profesiones jurídicas por el “momento” en que intervienen en la vida jurídica ofreciendo un cuadro aproximativo del siguiente tenor:

ACTIVIDAD PROFESIONAL	GRUPOS QUE LA DESEMPEÑAN	CONTENIDO	RESULTADO
Creación de normas: asesoramiento técnico consultivo	Abogados, Profesores, Letrados Cortes, Letrados C. de Estado, Abogados del Estado, etc.	Preparación del contenido de actos de creación de normas	Proyectos de Ley, de Real Decreto, contratos, testamentos, estatutos, etc.
Aplicación de normas: (1) prevención de conflictos jurídicos	Notarios, Registradores, Secretarios (fedatarios, en general), Abogados, Inspectores de trabajo, Inspectores financieros y tributarios, etc.	Asesoramiento en la aplicación de normas, fe pública, garantía documental, comprobación de situaciones	Documentos públicos, inscripciones registrales, actas, dictámenes, arbitrajes, etc.
Aplicación de normas: (2) formalización y resolución de conflictos jurídicos	Abogados, Abogados del Estado, Procuradores, Fiscales, Secretarios Judiciales, Jueces	Tramitación y resolución de procedimientos jurisdiccionales	Sentencia (o resolución administrativa)

Lo que el cuadro anterior pretendía era tipificar las profesiones jurídicas por la actividad jurídica que desempeñan, por el momento de la vida jurídica (o de la vida social bajo el punto de vista de la decisión jurídica) en que el profesional interviene²² y, a partir de ahí, distinguir dos grandes y diferentes roles en ellas. Porque lo que resulta peculiar en las profesiones jurídicas es que, en ellas, no sólo se da cabida a dos o más funciones técnicamente diferentes— como lo pueden ser la del médico y la de la enfermera, o la del profesor y la del inspector educativo, o la del arquitecto y la del encargado de obra— sino básicamente a dos funciones contradictorias entre sí: la que se encamina a optimizar los intereses del cliente dentro del marco de posibilidades legales y la que se encamina a obtener la aplicación de la ley sea cual sea la índole de los intereses afectados.

Lo que, como hemos visto, los anglosajones denominan “Adversary System” y que nosotros podemos denominar “sistema contencioso” implica un peculiar marco de toma de decisiones que supone una de estas dos cosas: o bien que el ordenamiento jurídico no predetermina una única respuesta correcta a cada conflicto planteado o bien que la respuesta correcta (admitido que la haya) sólo puede alcanzarse

mediante un procedimiento discursivo²³. En cualquiera de ambas hipótesis explicativas el sistema contencioso supone que en los niveles de creación y aplicación preventiva de normas el sistema ofrece muchas posibilidades alternativas lo que da lugar a que unos profesionales (abogados, consultores fiscales, etc.) asuman la función de optimizar los intereses del cliente dentro de las posibilidades legales mientras otros profesionales asumen la función de “gatekeepers” al homologar, registrar o validar los actos de los particulares (notarios, registradores, inspectores, etc.); en el nivel de la formalización y resolución de conflictos jurídicos es claro que el carácter contencioso se radicaliza mediante un procedimiento decisión basado en una discusión contradictoria cuyo auténtico valor —de acuerdo con Hazard— “puede que no sea su contribución a la verdad sino su contribución al ideal de la autonomía individual” (Hazard 1978, p. 129). Pero es aquí donde empiezan los problemas.

A. EL ROL DE LOS ABOGADOS O LA PARCIALIDAD

El primero de los roles a que esta configuración institucional da lugar es el rol que corresponde al abogado, profesión que, como el

cuadro pone de manifiesto, actúa en cuanto tal en los tres niveles de actividad²⁴. El rol característico del abogado es la parcialidad pues su función consiste en optimizar los intereses de su cliente. Max Weber subrayó esta característica y explicó a partir de ella el papel protagonista asumido por los abogados en el modelo de legitimación legal-racional:

“La importancia de los abogados en la política occidental desde que se constituyeron los partidos no es, en modo alguno, casual. Una empresa política llevada a cabo a través de los partidos quiere decir, justamente, empresa de interesados... La función del abogado es la de dirigir con eficacia un asunto que los interesados le confían, y en esto,... el abogado es superior a cualquier funcionario. Puede hacer triunfar un asunto apoyado en argumentos lógicos débiles y en este sentido malo, convirtiéndolo así en asunto técnicamente bueno...” (Weber 1967, p. 114)

Un buen ejemplo lo aporta una historia muy conocida entre los abogados anglosajones. En 1820 murió el rey Jorge III de Inglaterra, a quien llamaban el “rey loco” y del que se ha dicho, incluso, que la locura hizo de él “el más constitucional de los monarcas” (Maurois 1970, p. 440). Su hijo Jorge IV llevaba ya diez años actuando de regente y, aunque considerado el primer “caballero” (dandy), no era ni muy edificante ni muy apreciado. Había contraído un matrimonio secreto con una católica y luego había contraído otro matrimonio con Carolina de Brunswick, matrimonio que sólo duró prácticamente un año pues se separaron y ella se vino al Continente. Ella tampoco era una santa, desde luego; así que cuando su marido fue coronado, decidió reclamar sus derechos como reina y su marido, como reacción, decidió demandar ante la Cámara de los Lores el divorcio por adulterio de ella (al parecer, la candidata a reina había tenido públicos líos con su correo). El abogado de Carolina fue un tal Lord Brougham.

El escándalo —como es fácil de imaginar— afectaba notablemente al equilibrio político y a la estabilidad de la corona ya que el nuevo rey gozaba, como ya he dicho, de escasa popularidad y la reina era, por el contrario, bastante popular a pesar de sus veleidades. De modo que defender a la reina podía resultar

poco “patriótico” o —como diríamos hoy— poco “políticamente correcto”. En esta tesitura, Lord Brougham tuvo que justificarse ante las numerosas presiones y dijo que, en cuanto abogado, la protección de su cliente era:

“el primer y único deber; y que al cumplir este deber ... [el abogado] debe actuar sin preocuparse de las consecuencias, aunque sea su desgraciado destino meter a su patria en la confusión”

Esta sería una forma bastante contundente de enunciar una norma moral básica de la conducta profesional del abogado y de enunciarla en términos de los que Weber llamaría “ética de la convicción”. A veces se ha señalado que la deontología del abogado viene demasiado condicionada por la función del abogado en las causas criminales (Hazard 1978, p. 150) y que los presupuestos implícitos en ellas no pueden extenderse a las causas civiles (ibídem, p. 151)²⁵. Esta distinción no parece muy convincente. Por un lado, por cuanto la función de la defensa es sustancialmente idéntica aunque el procedimiento sea de carácter civil, laboral o administrativo. Que el abogado tenga para con su cliente “la obligación de mostrar por todos los medios legítimos que la culpabilidad no está establecida jurídicamente” (Salsmans 1947, p. 266) es tan predicable de una defensa penal como de una defensa civil en una acción por daños o de una defensa laboral por una infracción contractual. La división puede funcionar, sin embargo, de forma más convincente si la línea se traza entre la función de defensa en juicio y la función consultiva. Si no hay nada moralmente reprochable en que un abogado consiga, sirviéndose de las normas procesales, la absolución de su cliente en juicio cuando sabe que era culpable del delito o responsable de la deuda parece que sí hay algo reprochable en que el abogado utilice sus conocimientos para asesorar en la forma más cautelosa de cometer el delito o de eludir el cumplimiento de las obligaciones.

Es difícil, ello no obstante, sustraerse a la convicción dominante de que la relación del abogado con el cliente consiste, en cualquier orden de actividad, en optimizar los intereses del cliente dentro del marco de posibilidades

legales. La contraposición entre el abogado-servidor-del-cliente y el abogado-colaborador-de-la-administración-de-justicia es, muy plausiblemente, un dilema mal planteado²⁶ pues en un sistema contencioso el abogado, ya sea en la actividad preventiva ya sea en la actividad conflictual, asume el rol de servir al cliente pero, asumiendo ese rol, realiza su aportación específica a la administración de la justicia. Quizá podría resolverse esta aparente paradoja del rol del abogado recordando las palabras con las que Adam Smith explicó y justificó la actuación autointeresada del comerciante como contribución al interés general:

“en éste, como en otros muchos casos, es conducido por una mano invisible a promover un fin que no entra en sus intenciones. Mas no implica mal alguno para la sociedad que tal fin no entre a formar parte de sus propósitos, pues al perseguir su propio interés, promueve el de la sociedad de una manera más efectiva que si esto entrara en sus designios” (Smith 1987, p. 402).

Añadía Smith que “no son muchas las cosas buenas que vemos ejecutadas por aquellos que presumen de servir sólo al interés público” (ibídem) y, desde luego, los momentos de administración de justicia inquisitoriales —de los que España tiene abundante historia— confirman que, también para administrar la justicia, se obtienen resultados mucho más justos mediante un sistema contencioso que mediante un sistema inquisitorio, pero ello supone que los abogados sirvan a la causa de su cliente y dejen a cargo de la (in)visible mano de los jueces la función de aplicar imparcialmente la ley.

La consideración del rol básico del abogado como la parcialidad y el servicio al cliente no requiere suscribir un modelo exclusivamente contractual con ausencia de toda regulación del acceso a la profesión, el contenido de los contratos profesionales o las obligaciones del abogado ante el tribunal y ante sus colegas, pero sí requiere aproximar el modelo del experto al modelo contractual y someter a revisión las múltiples normas supuestamente deontológicas que simplemente sirven para mantener ventajas corporativas en un merca-

do poco simétrico respecto a la información disponible por los ofertantes del servicio y por sus demandantes. Algo, dicho sea de paso, que afortunadamente se está produciendo por la inevitable fuerza de los hechos²⁷.

B. EL ROL DE LOS JUECES O LA IMPARCIALIDAD

El segundo es el rol del juez cuya función típica se desempeña en un único momento del tercer nivel de la actividad jurídica, el momento de resolver un conflicto jurídicamente formalizado y que, no sorprendentemente, es cabalmente el contrario al del abogado: la imparcialidad. El excelente estudio de Dieter Simon señala que “el precio que la justicia tuvo que pagar para su liberación de las diversas formas de intromisión del soberano hubo de ser la rigurosa vinculación del juez a la ley” (Simon 1985, p. 71) y lo cierto es que, por más que se critique la mitología que subyace tras la idea del imperio de la ley, de la vinculación del juez a la ley y de la decisión judicial como operación lógico deductiva, estos son los ideales regulativos de la función judicial en un Estado de Derecho.

La literatura académica sobre la función judicial es notoriamente más extensa y de mayor calidad que la existente sobre los abogados. Ello no obstante suele predominar el punto de vista de la actividad judicial como “poder” del estado y, en consecuencia, su independencia respecto a los otros dos poderes. Es menos frecuente atender a su función profesional, a pesar de que el modelo continental (y, a pesar de las diferencias y especialmente de la forma de reclutamiento, también el anglosajón) es el modelo de un juez profesional. Este modelo de juez profesional se apoya, de un lado, en la vinculación a la ley y, del otro, en la imparcialidad en el proceso. José Juan Toharia ha insistido, siguiendo a Shapiro, en que “lo que en última instancia parece hacer imprescindible la existencia de independencia es que, sin ella, no sería posible la imparcialidad” (Toharia 1999, nota 6 en pp. 27-28, donde cita a Shapiro 1981, pp. 19-20)²⁸.

Desde luego la imparcialidad del juez no requiere que éste carezca de ideas ni que las oculte como pone de relieve el ejemplo de los países anglosajones (ibídem, nota 8 en p. 28). Lo que requiere es, junto a cierta protección institucional, una actitud de discreción pública que casa mal con la participación activa y constante en organizaciones profesionales que a duras penas pueden ocultar su carácter de sucedáneos de organizaciones políticas y con cualquier otra forma de activismo público.

Pero el objeto de estas páginas no era penetrar en el proceloso mundo de la organización judicial como tampoco en los detalles de la organización actual de la abogacía. El objeto se limitaba a tratar de mostrar cómo una deontología profesional, tanto en el nivel descriptivo como en el nivel crítico o normativo, tiene que partir del análisis y la revisión crítica de la función que la respectiva profesión cumple, de su organización institucional y de los roles que de ella se derivan a los que se vinculan derechos y obligaciones especiales. Ello podría constituir el objeto de una disciplina que sí interesase a los investigadores y a los estudiantes. Aunque me consta que a los estudiantes les interesan también otros horizontes de la ética profesional.

5. CONCLUSIÓN: LOS LÍMITES DE LA DEONTOLOGÍA

Aunque a mí me parece muy plausible la tesis ya citada de Geoffrey Hazard (“las reglas que gobiernan una profesión tienen que ser algo más que una declaración de ideales y aspiraciones; tienen que ser un cuerpo de leyes”), la comprensión de la deontología profesional como el establecimiento de los mínimos éticos

que el profesional está obligado a satisfacer no cambia mucho aunque se defienda que esos mínimos normativos, o parte de ellos, han de formularse sólo en sede de normas corporativas o de meras prácticas convencionales.

Cuando uno presenta así el tema ante los estudiantes y muestra en toda su desnudez desprovista de ropaje retórico (del famoso “alma de la toga”) que el abogado no sólo puede sino que debe obtener un pronunciamiento favorable para su cliente, lo que eventualmente puede implicar salvar de la pena a un delincuente o liberar de la deuda a un deudor, como el juez no sólo puede sino que debe aplicar la legislación vigente, lo que eventualmente puede implicar enviar al desempleo a un trabajador o poner en la calle a una familia, los estudiantes, en su mayoría, lo entienden. Muchos de ellos, sin embargo, manifiestan su interés por otra dimensión que, en esa comprensión de la deontología profesional, queda excluida. ¿Cuál es —preguntan— el mejor ejercicio profesional desde un punto de vista ético?

En mi opinión —he contestado— un médico que decide ejercer su profesión en una aldea de alguna deprimida zona del África subsahariana, hace una opción ética más meritoria que la del que sienta plaza en un hospital de nuestra red sanitaria, pero no podríamos decir que su opción es deontológicamente mejor. La deontología no establece ideales de vida, sino obligaciones y derechos propios de una actividad profesional. Sólo establece qué es lo que los miembros de un determinado grupo profesional deben hacer y no deben hacer.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

- AARNIO, AULIUS (2001) “Lawyers Professional Ethics – Do They Exist?”, en *Ratio Iuris*, vol. 14, pp. 1-9.
- ALMOGUERA, JOAQUÍN (1995) *Lecciones de Teoría del Derecho*, Madrid, Reus.
- ALONSO, PAZ Y GARRIGA, CARLOS (1998) “El régimen jurídico de la abogacía en Castilla (siglos XIII-XVIII)”, en *Recueils de la Société Jean Bodin pour l’Histoire comparative des Institutions*, LXV, 4ª parte, pp. 51-114.
- BOBBIO, NORBERTO Y MATTEUCCI, NICOLA (1983) *Diccionario de Política*, Madrid, Siglo XXI (original: *Dizionario di Política*, Turín, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1976).
- BRUSIIN, OTTO (1959) *El pensamiento jurídico*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América (original: *Über das Juristische Denken*, Kelsinki, Societas Scientiarum Fennica, 1952).
- COLEGIO OFICIAL DE PSICÓLOGOS (2004) *Ética y Deontología para Psicólogos*, Madrid, Colegio Oficial de Psicólogos de España.

- CORTINA, ADELA (1997) "Universalizar la aristocracia. Para una ética de las profesiones", *OTROSÍ*, nº 134, pp. 56-64.
- COTTERRELL, ROGER (1991) *Introducción a la Sociología del Derecho*, Barcelona, Ariel (original: *Sociology of Law: An Introduction*, Londres, Butterworth, 1984).
- DE LA TORRE DÍAZ, FRANCISCO JAVIER (2000) *Ética y deontología jurídica*, Madrid, Dykinson.
- DEL RÍO, CARMEN (2004) "Cuadro (Docencia de Ética o Deontología de la Psicología en las universidades españolas)", en *Colegio Oficial de Psicólogos*, 2004, p. 151.
- DEL ROSAL, RAFAEL (2002) *Normas deontológicas de la abogacía española*, Madrid, Civitas.
- DÍAZ, ELÍAS (1980) *Sociología y Filosofía del Derecho*, Madrid, Taurus (segunda edición; primera edición de 1971).
- FERNÁNDEZ, JOSÉ LUIS Y HORTAL, AUGUSTO (comps.) (1994) *Ética de las profesiones*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas.
- FERNÁNDEZ, JOSÉ LUIS Y HORTAL, AUGUSTO (comps.) (2001) *Ética de las profesiones jurídicas*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas.
- GEORGE, ROBERT P. (ed.) (1996) *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, Oxford, Oxford University Press.
- GEWIRTH, ALAN (1986) "Professional Ethics: The separatist Thesis", *Ethics*, nº 96, pp. 282-300.
- GONZÁLEZ ANLEO, J (1994) "Las profesiones en la sociedad corporativa", en José Luis Fernández y AUGUSTO HORTAL (comps.) 1994, pp. 21-34.
- GUERRERO, EUQUERIO (1979) *Algunas consideraciones de ética profesional para los abogados*, México, PORRÚA HAZARD, GEOFFREY C. (1978) *Ethics in the Practice of Law*, New Haven, Yale University Press.
- HERNÁNDEZ MARTÍN, VALERIANO (1991) *Independencia del juez y desorganización judicial*, Madrid, Civitas.
- HIERRO, LIBORIO L. (1997) "Las profesiones jurídicas; una visión de conjunto", *Sistema*, nº 137, pp. 27-44.
- (2003) *La eficacia de las normas jurídicas*, Barcelona, Ariel.
- JIMÉNEZ ASENSIO, RAFAEL (2003) "Abogados, enseñanza del Derecho y administración de justicia (En torno a algunos problemas institucionales del la Abogacía española en el siglo XXI)", *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 67, pp. 187-251
- KIPNIS, KENNETH (1991) "Ethics and the Professional Responsibility of Lawyers", *Journal of Business Ethics*, nº 10, pp. 569-576.
- KOEHN, DARYL (1994) *The Ground of Professional Ethics*, Londres, Routledge.
- LA TORRE, MASSIMO (2003) "Juristas, malos cristianos'. Abogacía y Ética jurídica", *Derechos y Libertades*, nº 12, pp. 71-108.
- LEGA, CARLO (1983) *Deontología de la profesión de Abogado*, Madrid, Civitas (segunda edición; primera edición de 1976) (original: *Deontologia forense*, Milán, Giuffré, 1975).
- LEWISCH, PETER (1995) "Judges and Lawyers: Their Services in an Economic Perspective", en Varios 1995, pp. 337-344.
- MACCORMICK, NEIL (1996) "The Concept of Law and The Concept of Law", en Robert P. George (ed.) 1996, pp. 163-194.
- MARAÑÓN, GREGORIO (1966) *Vocación y Ética y otros ensayos*, Madrid, Espasa Calpe (quinta edición; primera edición de 1946).
- MARRADI, ALBERTO (1983) "Sistema judicial", en Bobbio-Matteucci 1983, pp. 1514-1522.
- MARTÍNEZ VAL, JOSÉ MARÍA (1990) *Abogacía y Abogados*, Barcelona, Bosch.
- MAUROIS, ANDRE (1970) *Historia de Inglaterra*, Valencia, Círculo de Lectores (original: *Histoire D'Angleterre*, sin más referencias en la edición española).
- PÉREZ SERRANO, NICOLÁS (2001) "La formación ética en los profesionales del Derecho", en José Luis Fernández y Augusto Hortal (comps.) 2001, pp. 123-163.
- ROSS, ALF (1999) *Teoría de las fuentes del Derecho. Una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales (original: *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des Positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen*, Leipzig, F. Deuticke, 1929).
- SALSMANS, JOSÉ (1947) *Deontología jurídica o moral profesional del abogado*, Bilbao, El mensajero del Corazón de Jesús (original: *Droit et Morale. Déontologie juridique —en flamenco: Rechthelijke Plichtenleer— de 1924 o 1925, según los datos que ofrece la edición española*).
- SAVIGNY, FEDERICO CARLOS DE (1978) *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del Derecho*, Valparaíso Edeval (original: *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814).
- SHAPIRO, MARTÍN (1981) *Courts. A Comparative and Political Analysis*, Chicago, The University of Chicago Press.
- SIMON, DIETER (1985) *La independencia del juez*, Barcelona, Ariel (original: *Die Unabhängigkeit des Richters*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1975).

- SMITH, ADAM (1987) *Investigación sobre la naturaleza y las causas de la riqueza de las naciones*, México, Fondo de Cultura Económica (original: *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Londres, 1776).
- TOHARIA, JOSÉ JUAN (1987) *“¡Pleitos Tengas!”... Introducción a la cultura legal española*, Madrid, Siglo XXI.
- (1999) “La independencia judicial y la buena justicia”, *Justicia y Sociedad* (PNUD), nº 3, pp. 9-32.
- VARIOS AUTORES (1995) *Challenges to Law at the End of the 20th Century*, tomo III, 17th IVR World Congress, Bolonia, Cooperativa Universitaria Editrice Bologna.
- VIGO, RODOLFO LUIS (1990) *Ética del Abogado. Conducta procesal indebida*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- VIÑAS, RAUL HORACIO (1972) *Ética de la abogacía y de la procuración. Deontología jurídica*, Buenos Aires, Panne-dile.
- WEBER, MAX (1967) *El político y el científico*, Madrid, Alianza (original: *Politik als Beruf, Wissenschaft als Beruf*, Berlín, Duncker & Humblot, 1919).

NOTAS

1. Con el nombre de “Ética de las profesiones jurídicas” es asignatura obligatoria en la Universidad Ramon Llull (ESADE) y en DEUSTO, con el nombre de “Ética profesional” lo es en la Universidad Pontificia de Comillas (ICADE) y con el nombre de “Deontología jurídica y práctica forense” lo es en la Universidad de Navarra. Una situación similar se produce, al menos, en las Facultades de Psicología. Una asignatura de “Ética de la Psicología” o “Deontología Profesional” se incluye como obligatoria en las universidades Pontificia de Salamanca, Pontificia de Comillas, Ramon Llull (Blanquerra), Deusto e Internacional-San Estanislao de Kostka y, como optativa, en la Universitat Oberta de Catalunya. En universidades públicas sólo se incluye, como obligatoria, en la Universidad de Barcelona y, como de libre configuración, en la Universidad de Sevilla (vid. *Cuadro*, elaborado por Carmen del Río, Colegio Oficial de Psicólogos 2004, p.151). En marzo de 2002 la Junta de Gobierno del Colegio Oficial de Psicólogos se dirigió a la Conferencia de Decanos de las Facultades de Psicología solicitando que en todas las Facultades de Psicología se enseñase deontología profesional (ibídem, pp. 147-150).
2. Rafael Del Rosal señala, en este mismo sentido, que “*la deontología profesional de la abogacía había venido siendo prácticamente hasta hace unos años una disciplina jurídica sin desarrollo doctrinal que se transmitía de generación en generación en el interior de los despachos*” (Del Rosal 2002, p. 26).
3. Con estas mismas resonancias religiosas definía Gregorio Maraón la vocación profesional: “*¿Qué es vocación? Es, en su etimología y en su real y vulgar acepción, la voz, la voz interior, que nos llama hacia la profesión y ejercicio de una determinada actividad*” (Maraón 1966, p. 19).
4. El más conocido es el Decálogo escrito por Eduardo Couture en 1949 pero suelen citarse también los decálogos de San Ivo (s. XIII), de San Alfonso María de Ligorio (s. XVIII) y, en el siglo XX, los de Ángel Osorio y Gallardo, Reinaldo Temprano Azcona e Ives Granda da Silva Martins, a los que cabe añadir el “Heptálogo del abogado” y el “Decálogo de moral profesional general”, ambos de José M. Martínez Val, y el Decálogo de J. Honorio Silgueira (vid. J. M. Martínez Val 1990, capítulo XXX en pp. 269-271 y apéndice II en pp. 289-293. Vid. también Euquerio Guerrero 1979, pp. 53-58, donde junto al de Couture y al de Ossorio, se incluye el de Silgueira). La afición mosaica permanece tan viva que el abogado madrileño Nicolás Pérez-Serrano Jáuregui, en un trabajo reciente, llega a proponer hasta tres decálogos sucesivos (Pérez Serrano 2001, pp. 131-139, 140-142 y 144-145).
5. Por todos, Elías Díaz 1980 pp. 17-38 y Joaquín Almuera 1995, pp. 113-151.
6. Puede verse una explicación más desarrollada en Elías Díaz 1980, pp. 18-30.
7. Alf Ross, en su primera obra (*Theorie der Rechtsquellen*, de 1929), sostuvo en una interesante discusión sobre Kelsen que “*el concepto de “norma autónoma” supone —fuera del punto de vista psicológico— una contradictio in adjecto*” (Ross 1999, nota 73 en p. 324; vid. también p. 344).
8. Las referencias, en los ejemplos, a normas morales se suponen relativas a un determinado punto de vista moral o moral crítica. Las referencias a normas jurídicas y reglas sociales se suponen relativas a las reglas sociales y al Derecho positivo vigentes hoy en España. Desde el punto de vista subjetivo, que no es el habitualmente analizado por la Teoría del Derecho, los conflictos de normas resultan relevantes, incluso a veces dramáticos, en la medida en que son conflictos que se plantean al sujeto porque su conducta está regulada al mismo tiempo y de forma contradictoria por normas jurídicas y reglas sociales, o por normas jurídicas y normas morales o por normas morales y reglas sociales (vid: Hierro 2003, p. 116-120).

9. Neil MacCormick ha subrayado el carácter institucional, autoritativo y heterónomo de la ética profesional en cuanto queda *“delegada a órdenes profesionales, es decir a sus tribunales disciplinarios o comités éticos”* (MacCormick 1996, pp. 170-171; cita y traducción que tomo de La Torre 2003, p. 99).

10. Kenneth Kipnis 1991, p. 574: *“To become a good professional is, in part, to identify oneself as occupying a certain institutional role”*.

11. Como indica Daryl Koehn, es esta peculiaridad lo que llama la atención de los filósofos: *“that professionals understand themselves as ruled by ethical norms or standards which permit, and maybe even oblige professionals, to performances not permitted by the “ordinary” norms applicable to the rest of us”* (Koehn 1994, p. 3). Esta peculiaridad constituye lo que Alan Gewirth ha denominado la “tesis separatista”, según indica Adela Cortina (Cortina 1997, p. 61 donde cita a Gewirth 1986). Vid. también La Torre 2003, p. 98.

12. La prohibición de la tortura, por ejemplo, fue el resultado de una ponderación que atribuyó un mayor peso a los derechos a la integridad física y a la dignidad del reo que a la (por otra parte, discutible) contribución de la tortura a descubrir la verdad mediante confesión.

13. Como afirma Kenneth Kipnis, *“The question of what my ethical responsibilities are is thus not separate from the question of what social roles I occupy, an from the question of whether the social institutions, to which my roles belong, are legitimate”* (Kipnis 1991, p. 572). La Torre señala, en este sentido, que *“por lo que concierne a la lista y al contenido de las obligaciones deontológicas del abogado tienen obviamente origen en gran medida en la configuración institucional de la abogacía y del sistema jurídico en el cual se insertan”* (La Torre 2003, pp. 83-84).

14. González Anleo considera que una ocupación ha de reunir ocho rasgos para constituir una “profesión”: (1) prestación de un servicio de forma institucionalizada (lo que implica que el servicio es único para cada profesión, que las prestaciones han de estar definidas y que han de ser indispensables); (2) que la prestación del servicio tiene el carácter de vocación o misión (esto es: no se ajusta a horarios y requiere una permanente entrega y un constante perfeccionamiento); (3) que se ejerce de forma estable; (4) que el colectivo profesional tiene el control monopolístico de la prestación del servicio; (5) que el acceso requiere un largo proceso de capacitación teórico-práctica; (6) que el colectivo reclama autonomía para la regulación del servicio; (7) que el colectivo asume la responsabilidad por los actos y las técnicas de la profesión; y (8) que la profesión no se ejerce sólo por ánimo de lucro sino como servicio a la sociedad (González Anleo 1994, pp. 21-34; vid. Adela Cortina 1997, pp. 59-62 —de donde tomo la cita de González Anleo— hace suya esta caracterización). Es una buena muestra del modelo del experto (rasgos 1, 3 y 5, con cierta idealización en los rasgos 2 y 8) y de su carácter corporativo (rasgos 4, 6 y 7).

15. Un ejemplo de esta concepción lo ofrece Peter Lewisch (Lewisch 1995, *passim*) donde, partiendo de los presupuestos del análisis económico del Derecho, critica, tomando como referencia principal el ordenamiento austriaco, los requisitos de acceso a la profesión, la existencia de tarifas y la prohibición del pacto de quota litis.

16. *“...to say professionals occupy a role is simply to agree that they are subject to the public expectations that have been formed by and coalesced around such promises. Promises are binding under ordinary morality. So, on this view, professional roles are sanctioned by the prevailing morality of the particular community in which professional exist”*... *“For this reasons, conceiving of professional ethics as a further specification of ordinary morality is attractive... Professionals act morally and consequently have authority if and when they abide by the terms of their publicly made pledges”* (Koehn 1994, pp. 150 y 153). La autora pretende que, bajo este punto de vista es fácil rechazar la pretensión de que un fontanero sea un profesional ya que el fontanero no ha contraído un compromiso público de servir al bien de su cliente como un bien inherentemente individual e intrínsecamente bueno (ibídem, p. 179). En mi opinión es claro que el modelo propuesto por Koehn no pasa de ser una cierta reformulación del modelo del experto (o modelo corporativo). Aunque con seguridad la actividad médica o la actividad jurídica puedan suscitar problemas morales más interesantes que la fontanería, no veo ninguna razón —ni mucho menos la invocada por ella— para negar que el fontanero, el taxista, el electricista o el jardinero sean también profesionales sometidos, como tales, a un compromiso público de satisfacer las expectativas públicas vigentes respecto a los servicios que ofrecen, y que tal compromiso se apoya en su promesa pública de hacerlo así.

17. En otros ámbitos, como la educación, la sanidad o la construcción, los roles profesionales pueden ser distintos (profesores-psicólogos-administrativos-directivos; médicos-enfermeros-practicantes-gestores; arquitectos-arquitectos técnicos-maestros de obra-economistas) de tal modo que ocasionalmente incluso pueden actuar divergentemente, como cuando los gestores o los economistas tratan de minimizar el gasto mientras los técnicos tratan de incrementar la

calidad a costa del gasto, pero todos ellos comparten el mismo objetivo general (el mismo “ethos” o tarea moral) como es, respectivamente, formar a los alumnos, prolongar la vida y curar la enfermedad, y construir edificios. Aunque ocasionalmente se produzcan actitudes o actuaciones divergentes o incluso contrapuestas (por ejemplo, entre dos criterios médicos) se trata de una mera contingencia; no es, como en la aplicación del Derecho, un rasgo necesario el que los profesionales actúen contradictoriamente.

18. José Juan Toharia comprobó que, en España, el 65% de los estudiantes de Derecho, el 66% de los jueces y el 58% de los abogados piensan que el abogado debe tener presente antes la Justicia que los intereses de su cliente, y señala que Rueschemeyer constató la misma concepción en Alemania, mientras que en los abogados estadounidenses predomina la concepción inversa atribuyéndose al abogado la misión de defensa del interés particular y considerando que la defensa del interés general (de la Justicia) corresponde al fiscal y al juez (Toharia 1987, pp. 125-126). En el mismo sentido Roger Cotterrell 1991, pp. 162 y 164. Toharia lo atribuía hipotéticamente a una diferencia entre el sistema jurídico continental y el sistema del common law. Yo ya me atreví a ponerlo en duda, sugiriendo que la explicación podía encontrarse en el menor desarrollo de los estudios sociológico-jurídicos en los países continentales y, por ello, en una mayor vigencia de estereotipos retóricos (en definitiva, a una ausencia -no inocente- de “realismo” jurídico) (Hierro 1997, nota 48 en p. 43).

19. Rafael Jiménez Asensio analiza estas diferencias, en relación con la organización profesional y con la enseñanza del Derecho, con cierto detalle. Creo que de su estudio se deriva que la diferencia más importante se encuentra, precisamente, en el enfoque profesional de la enseñanza del Derecho en el mundo anglosajón frente al enfoque académico en el mundo continental (Jiménez Asensio 2003, *passim*).

20. La distinción clásica entre el “elemento político” y el “elemento técnico” en el Derecho se debe a Savigny (Savigny 1978, p. 19).

21. La he desarrollado en Hierro 2003, capítulos 2 y 3, pp. 71-90 y 139-146.

22. Vid. Otto Brusiin 1959, pp. 59 y ss. donde distingue como ejemplos de ocupaciones jurídicas la actividad jurisdiccional, la actividad administrativa, la protección de intereses ajenos y la formulación de normas de derecho.

23. No es ocioso señalar que ni la hipótesis de que no hay una única respuesta correcta, ni la hipótesis de que la única forma de encontrarla es una discusión racional, son consistentes con el paradigma del silogismo deductivo. Tomarse en serio el viejo “*da mihi factum, dabo tibi ius*” haría innecesaria la participación de las partes en la discusión del Derecho y, por tanto, la función más específica de los abogados en el nivel del conflicto jurídico. La consolidación del modelo contencioso no ha sido, desde luego, pacífica. Habría que recordar las disposiciones dictadas en Castilla en los comienzos de la Edad Moderna para limitar la actividad de los abogados; además de las conocidas “leyes de citas”, las “Leyes por la brevedad de los pleitos” de 1499 trataron de que las informaciones en Derecho sólo se dieran previa solicitud del tribunal y sobre las cuestiones señaladas por él (sobre todo ello, Alonso y Garriga 1998, *passim* y, en particular, nota 150 en p. 81) y, en tiempos más cercanos, las posiciones dominantes durante el período de la Revolución francesa en contra de la intervención de los abogados (La Torre 2003, p. 78). Como señala allí mismo Massimo La Torre, la recuperación del interés liberal en la abogacía, conseguida tras el período revolucionario, “*no encuentra reflejo en la teoría positivista del Derecho... Si el juez es “autómata de las leyes”, máquina de producir sentencias, del abogado ni se habla*” (ibidem, p. 79).

24. Naturalmente, esta apreciación es sólo aplicable a la organización de la abogacía en España y países de similar organización profesional, en los que cualquier abogado está habilitado para ejercer funciones consultivas y funciones de defensa en juicio.

25. Una distinción muy perfilada entre las obligaciones morales del abogado en una causa criminal y en una causa civil la propuso ya el jesuita José Salsmans en su libro de 1924 (Salsmans 1947, pp. 264, 266 y 269). Se trata de un libro que, pese a su antigüedad, reviste un enorme interés pues, aun moviéndose en una concepción notoriamente conservadora, ofrece una capacidad de análisis de los problemas y una matización de las respuestas que supera en mucho a la literatura profesional posterior (como la citada en nota 4).

26. Massimo La Torre analiza con detalle los dos modelos, que denomina *grosso modo* “liberal” y “comunitarista”, que representarían los dos cuernos del dilema (La Torre 2003, pp. 88-106). Manifestación expresa de comunitarismo hace Francisco Javier de la Torre lo que le lleva a sostener que “*un abogado no defenderá un caso de cuya justicia no esté firmemente convencido ni dará un consejo que en cualquier aspecto sea contrario a la ley*”, sin embargo y sin mayor explicación pocas páginas después admite que “*aunque sepa que cometió el crimen el abogado debe utilizar todos los recursos lícitos y*

legales, para evitar el veredicto de culpabilidad” (De la Torre 2000, pp. 273 y 276; vid. sobre su entusiasmo comunitarista pp. 22 y 136).

27. Baste recordar, como ejemplos en relación con la abogacía, la actual permisividad de la publicidad y la prohibición de los honorarios mínimos obligatorios, cambios ambos producidos en la última década.

28. El trabajo citado de Toharia incluye una breve pero contundente crítica a la “espiral independentista” que, en España, fue objeto de una excelente monografía de Valeriano Hernández (1991).