

SOBRE LA PROYECCIÓN DE LA ÉTICA A LA ACTIVIDAD PROFESIONAL DE LOS JURISTAS. EN TORNO A LAS TESIS DE MANUEL ATIENZA

ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO

Profesor emérito de la Universidad de Sevilla

Crónica Jurídica Hispalense 16-17 • Págs. 325 a 356

SUMARIO

I. UNA CONCEPCIÓN NOVEDOSA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO. II. LA ÉTICA PROFESIONAL: EL TEMA DE NUESTRO TIEMPO. III. LA DEONTOLOGÍA JURÍDICA PROFESIONAL COMO ÉTICA APLICADA. IV. SOBRE LA PROYECCIÓN DE LA ÉTICA AL EJERCICIO PROFESIONAL DE JUECES Y FISCALES. V. ÉTICA Y ABOGACÍA. CINCO MODELOS DE DEONTOLOGÍA PROFESIONAL DEL ABOGADO. 1. *La ética del abogado como cumplimiento de la ley. Tesis positivista.* 2. *¿Tienen los abogados una conciencia de alquiler? Tesis profesionalista.* 3. *El abogado como artífice de la justicia. Tesis iusnaturalista.* 4. *La abogacía como profesión de riesgo moral. Tesis postpositivista.* 5. *La ética en el arquetipo profesional del abogado. Tesis neoiusnaturalista.* VI. ESBOZO DE UN DECÁLOGO DE LA DEONTOLOGÍA PROFESIONAL DEL ABOGADO. 1. *Ningún proceso sin defensa.* 2. *Ninguna defensa sin independencia.* 3. *Ninguna independencia sin libertad.* 4. *Ninguna libertad sin responsabilidad.* 5. *Ninguna responsabilidad sin diligencia.* 6. *Ninguna diligencia sin prudencia.* 7. *Ninguna prudencia sin integridad.* 8. *Ninguna integridad sin lealtad.* 9. *Ninguna lealtad sin confidencialidad.* 10. *Ninguna confidencialidad sin justicia.* VII. ÉTICA PROFESIONAL DE LOS JURISTAS Y JUSTICIA.

Resumen: En este trabajo se integran dos partes diferenciadas. La primera, constituye un comentario crítico del Autor sobre las tesis avanzadas por el profesor Manuel

Summary: In this work, two differentiated parts are integrated. The first is a critical comment by the Author on the theses advanced by Professor Manuel Atienza in his

Atienza en su ensayo: *Ética de las profesiones jurídicas*, incluido en su libro sobre: *Filosofía del Derecho y transformación social*. El Autor muestra su conformidad con la propuesta de Atienza de considerar la Ética jurídica profesional, como una ética aplicada. Se exponen también los planteamientos de Atienza en relación con la peculiaridad de la ética jurídica cuando se proyectan a la actividad profesional de los jueces, fiscales y abogados. En la segunda parte el Autor prolonga el estímulo intelectual de la concepción de Atienza, proponiendo cinco modelos básicos, en los que se explicitan otros tantos modos de concebir la Deontología jurídica profesional del abogado y, asimismo, esboza un decálogo de los deberes éticos para el ejercicio de la abogacía.

Palabras clave: Deontología jurídica; Ética profesional para jueces, fiscales y abogados; Independencia y libertad profesional de la abogacía; Secreto profesional y abogacía; La justicia en el ejercicio de las profesiones jurídicas.

essay: *Ethics of the legal professions*, included in his work *Philosophy of Law and social transformation*. The Author shows his agreement with the proposal of Atienza to consider professional legal Ethics as applied ethics. The arguments of Atienza are also exposed in relation to the peculiarity of the legal ethics when they are projected to the professional activity of the judges, prosecutors and lawyers. In the second part the Author prolongs the intellectual stimulus of Atienza's conception, proposing five basic models, in which there are many other ways of conceiving the professional legal deontology of the lawyer and, also, he outlines a decalogue of the ethical duties for the lawyer in the exercise of the legal profession.

Keywords: Legal deontology; Professional ethics for judges, prosecutors and lawyers; Independence and professional freedom of advocacy; Professional confidentiality and advocacy; Justice in the exercise of the legal professions.

Fecha de recepción: 23 de octubre de 2018

Fecha de admisión: 30 de octubre de 2018

I. UNA CONCEPCIÓN NOVEDOSA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

El libro *Filosofía del Derecho y transformación social*¹, constituye un síntoma ejemplar de los nuevos modos de entender y elaborar la filosofía jurídica. La obra se debe al profesor Manuel Atienza, Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, en la que, desde la creación de dicho Centro académico, viene desarrollando una ejemplar e influyente tarea científica. Fundador y Director de la Revista *Doxa*, ha conseguido que dicha publicación sea hoy un órgano de expresión y comunicación, del máximo prestigio y de lectura indispensable para cuantos deseen conocer el sentido actual de la cultura jurídica. Asimismo, se debe a su iniciativa la organización del Curso de doctorado sobre *Teoría de la Argumentación*, que representa un sólido y reputado espacio para el desarrollo de la actividad investigadora en esa materia. Gracias a esas iniciativas se ha dilatado el horizonte cultural de nuestra filosofía del Derecho, al situarla en la ruta de las principales corrientes internacionales del pensamiento teórico y filosófico sobre el Derecho y al proyectar a otras latitudes las principales tendencias iusfilosóficas de nuestra hora presente.

1. M. ATIENZA, *Filosofía del Derecho y transformación social*, Trotta, Madrid, 2017.

La obra científica del profesor Atienza es relevante y dilatada. El libro, que da pauta a estas reflexiones, puede considerarse como el compendio y culminación, hasta el presente, de su concepción iusfilosófica y viene a completar la otra faceta fundamental de su quehacer intelectual, consagrada a sus estudios sobre la argumentación jurídica, que fueron integrados en su *Curso de argumentación jurídica*².

El libro de Atienza revela una importante erudición y una erudición de lo importante. Los Capítulos que lo conforman recogen las aportaciones bibliográficas más relevantes en cada una de las materias estudiadas y, al propio tiempo, la elección de esas materias revela la aguda sensibilidad del Autor para captar los nudos de interés más actuales y decisivos en el panorama presente de la Teoría y Filosofía del Derecho. La nómina de las distintas cuestiones abordadas en el libro corrobora este aserto. La indagación sobre la idea actual del Derecho, la defensa de la filosofía del Derecho como filosofía "regional", el giro argumentativo en la teoría del Derecho contemporánea, la crítica al positivismo jurídico y al neoconstitucionalismo y, al propio tiempo, la defensa de un constitucionalismo postpositivista, el análisis de la ponderación y el sentido común jurídico, la dogmática jurídica como tecno-praxis, el objetivismo moral y su proyección al Derecho y la contribución iusfilosófica a la transformación de la sociedad, suponen una revisión atenta y sugerente de los principales problemas abiertos y debatidos en la cultura jurídica actual. Esos temas son planteados y estudiados, concienzudamente, en el libro de Manuel Atienza.

Todos esos argumentos son merecedores de la mayor atención intelectual. No obstante, ha movilizad mi interés preferente el amplio Capítulo que versa sobre la *Ética de las profesiones jurídicas*. Por ello, mi comentario se centrará en la estimación crítica de los planteamientos que avanza el profesor Atienza respecto a esta debatida problemática.

II. LA ÉTICA PROFESIONAL: EL TEMA DE NUESTRO TIEMPO

Parafraseando el título del libro de José Ortega y Gasset, *El tema de nuestro tiempo*³, podríamos decir que la ética y la deontología profesional constituyen hoy el tema de nuestro tiempo. Manuel Atienza, intelectual alerta, atento a captar los signos caracterizadores de nuestro presente, advierte la actualidad que hoy adquiere el estudio de la ética en el ejercicio profesional de las más diversas actividades.

Dícenos al respecto Atienza, que en la últimas décadas, ha adquirido notable relevancia el estudio de la ética de las profesiones: de los médicos, de los científicos, de los periodistas, de los empresarios, de los jueces, de los fiscales, de los abogados...

Entre las razones que aduce para justificar ese interés, figuran: el *pragmatismo*, entendido como la exigencia de que las cosas, también la ética, sirvan para algo y tiendan a resolver determinados problemas. En segundo término, alude a la

2. M. ATIENZA, *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013.

3. J. ORTEGA Y GASSET, "El tema de nuestro tiempo", en *Obras Completas*, Alianza Editorial & Revista de Occidente, Madrid, 1983, vol., 3, pág. 143 ss.

complejidad creciente de las profesiones, que hace necesario aunar la preparación técnica con determinados deberes éticos. El ejercicio profesional no se agota en el desarrollo de determinadas pautas instrumentales, sino que obliga a justificar los fines y medios de esa actividad. La técnica no es suficiente, por sí misma, para satisfacer las exigencias de los distintos quehaceres profesionales. Por último, hace referencia a la *desorientación* que en la vida contemporánea, suscitan su problematismo y constante cambio, lo que dificulta saber que significa ahora ser un *buen* médico, un *buen* profesor o un *buen* jurista. En este último supuesto, la idea de "bondad" podrá predicarse de los distintos profesionales del derecho: jueces, fiscales, abogados, notarios, procuradores...

Atienza plantea una doble dimensión de la ética jurídica: como teoría de la justicia y como deontología jurídica o ética de las profesiones jurídicas. A partir de su concepción, el Derecho aparece como una práctica social, por lo que para su conocimiento resulta indispensable analizar los comportamientos de quienes protagonizan esa práctica. El estudio empírico de esa práctica constituye el objeto de la sociología jurídica, en tanto que la ética jurídica no atiende a la descripción de esos comportamientos, sino a establecer cómo deben ser realizados para ser correctos.

La ética, en cuanto disciplina crítica, no se ocupa de las acciones que de hecho realizan las personas, porque su finalidad versa en establecer unos determinados modelos o prescripciones de conducta. Por ello, la ética jurídica asume como su tarea principal, la prescripción de los comportamientos jurídicos correctos, es decir, de cómo deben comportarse quienes ejercen las distintas profesiones jurídicas: jueces, fiscales, abogados, notarios, registradores, procuradores⁴...

El enfoque de los motivos de la actualidad y sentido, de la ética profesional, que nos propone Atienza, me parece claro y clarividente. Con ánimo de completar su perspectiva sobre las causas que justifican el interés actual sobre esta materia, estimo que podrían añadirse a las tres que aduce, otras dos que también reflejan la inquietud social por las proyecciones de la ética a la actividad profesional: la inseguridad y la corrupción.

Es la nuestra una época en la que el síndrome de la *inseguridad*, se halla instalado en casi todos los ámbitos del vivir social. La inquietud cívica generada por la cultura de la postverdad y por la galaxia digital, en la que muchas realidades virtuales enmascaran la ausencia de una auténtica realidad, se ha traducido en una aspiración de autenticidad hacia los distintos roles profesionales. La ciudadanía aspira a que los distintos profesionales cumplan con corrección, es decir, de conformidad con sus deberes éticos, las actuaciones inherentes a su profesión. Hace algunos años el sociólogo alemán Ulrich Beck⁵ definió a las sociedades actuales como "sociedad del riesgo". Ese riesgo y esa inseguridad suponen una llamada de atención sobre la exigencia de que quienes desempeñan tareas profesionales, lo hagan desde lo que socialmente se espera que sea un ejercicio éticamente correcto de las mismas.

4. M. ATIENZA., ob. cit., págs. 221 ss.

5. U. BECK, *La sociedad del riesgo mundial: en busca de la seguridad perdida*, trad. cast., Paidós, Barcelona, 2008.

En relación con la situación anterior, aparece el ominoso fenómeno de la *corrupción*, que representa un cáncer para la convivencia de las sociedades políticas. En la lucha contra las diversas formas de corrupción que se producen en la actividad de las más diversas profesiones y que adquiere un carácter especialmente grave en la esfera de los profesionales del Derecho, la apelación a la ética reviste una justificada intensidad y actualidad.

De cuanto nos dice Atienza, en relación con la relevancia actual de la ética para la actividad profesional, cabe inferir su "indispensabilidad". La ética es hoy la garantía más eficaz de un desempeño socialmente correcto de las distintas labores profesionales.

III. LA DEONTOLOGÍA JURÍDICA PROFESIONAL COMO ÉTICA APLICADA

Entiende Manuel Atienza que la ética, posee la doble condición de ser última y de ser única. Esta afirmación implica sustentar que los criterios éticos no son sólo los últimos a los que apelamos en el plano del razonamiento práctico, sino que son también únicos, en el sentido de que, en lo esencial, son los mismos para todos, para todos los agentes morales, con independencia de su posición social y de la profesión que ejerzan. Conviene no resbalar sobre el alcance de estas dos afirmaciones, que salen al paso de determinadas confusiones y malentendidos que han contribuido a dificultar el significado de cuanto implica la proyección de la ética sobre el ejercicio de las profesiones jurídicas. Explica el Autor el sentido último de la ética, al rebatir la negación del significado final de las razones morales, que fundamentan el razonamiento jurídico, tesis sustentada desde determinados planteamientos iuspositivistas. Desde la concepción iuspositivista se considera que una justificación completa de un razonamiento jurídico se concluye con la mera enunciación de la norma positiva aplicable al caso. Lo que determina la aplicación de esa norma es la aceptación de la regla de reconocimiento del sistema normativo, o sea, el criterio o los criterios que permiten identificar las normas válidas: por ejemplo, la conformidad con una Constitución. Para el positivismo jurídico, esa aceptación no tendría por qué revestir una dimensión moral; podría aceptarse por razones: teóricas por entender que la regla de reconocimiento consiste en un mero criterio conceptual, o por consideraciones prudenciales, eso es lo que resulta más conveniente, lo que mejor satisface ciertos intereses.

Atienza critica esta postura, al aducir que si la regla de reconocimiento fuera simplemente un criterio conceptual, no permitiría justificar el deber de usar una determinada norma como premisa normativa. Implicaría caer en la falacia naturalista, en el paso del ser al deber ser. La regla de reconocimiento es una norma, una norma de carácter consuetudinario que establece el deber de seguir las reglas del sistema. Al ser esto así, se pregunta Atienza, "por qué está justificado seguirla, es decir, obedecerla, lo que supone apelar, en último término, a razones de carácter autónomo: razones que valgan por sus méritos intrínsecos y razones imparciales que no pueden basarse en el propio interés de quienes las esgrimen; o sea, el tipo de razones que solemos llamar morales"⁶.

6. M. ATIENZA., ob., cit., pág. 223.

Advierte Manuel Atienza que esa *supremacía* de la moral, en cuanto que es fundamento último de todo comportamiento humano, no implica *imperialismo* de la moral, porque con ello no quiere decirse que las razones morales absorban a todas las otras; las condicionan, pero permiten (o pueden permitir) que las razones no morales operen con una relativa autonomía. Esta cualidad de la moral posee innegable importancia para la deontología jurídica. Los jueces y abogados para justificar su conducta jurídica no pueden actuar en abstracto, es decir, sin considerar el contexto institucional y entre los distintos argumentos justificativos de sus actuaciones deberá optar por aquella que tenga mejores credenciales desde un punto de vista moral.

Importancia prioritaria debe otorgarse al carácter *único* de la ética, que es negado por quienes no aceptan una ética universal. Según esa tesis, cada profesión tendría una ética propia, dotada de caracteres y rasgos propios. De ahí, se derivaría que hay especialidades profesionales, en el ámbito de la política, de la economía, la medicina o el Derecho, en los que no rigen los principios generales de la moral.

Frente a esta tesis, Atienza acoge la teoría de Ernesto Garzón Valdés relativa al "Principio de la inderogabilidad de la moral", que cabe formular así: "Nadie puede derogar los principios de la moral". Tales principios se concretan en los postulados kantianos de universalidad, igualdad, de dignidad y de autonomía.

Consecuencia inmediata de ese planteamiento es que no cabe separar la moral ordinaria de la moral profesional, si con ello se pretende que, como consecuencia de asumir un determinado rol profesional (de juez, de abogado, de médico o de político), ciertos principios de la moral ordinaria (no mentir, no dañar a un inocente) dejan de estar vigentes⁷.

El planteamiento de Atienza nos sitúa ante uno de los aspectos más debatidos sobre el significado de la ética profesional. Me refiero a la controversia abierta entre quienes defienden que la ética profesional debe considerarse como una ética *regional*, es decir, un conjunto de reglas morales específicas propias de cada actividad profesional, o por el contrario quienes afirman, que se trata de una ética *aplicada*, o sea, de la proyección de la ética a los distintos ejercicios profesionales. El carácter único de la ética, propugnado por Atienza, me parece que resulta el más oportuno y convincente.

Se halla muy extendida la defensa del carácter regional de las éticas profesionales y, en concreto, de la deontología jurídica. Quienes propugnan el significado regional de la ética forense, aducen el argumento de que dicha ética posee códigos escritos y órganos disciplinarios propios y por ello tiene un grado de institucionalización, que le otorga unos perfiles específicos.

Esta postura ignora la universalidad de la ética, la exigencia de que sus normas sean, por decirlo kantianamente, universalizables. Considerar a la ética profesional forense como un capítulo separado de la moral ordinaria, puede implicar la justificación de conductas y actitudes, que en función del alibí de su particularidad jurídica, ofenden a los principios básicos de la moral. Esta concepción ha sido, muchas veces la

7. *Ibid.*, pág. 224.

principal responsable de una desconfianza social hacia los juristas, tal como se tendrá ocasión de considerar *Infra*.

La caracterización de la ética profesional jurídica como ética aplicada, tiene también unas implicaciones terminológicas. Cuando se designa ese ámbito de estudio, tal como lo hace Manuel Atienza, como ética de las profesiones jurídicas, conviene no descuidar que la preposición de genitivo "de", que sirve de nexo de unión entre los términos "ética" y, "profesiones jurídicas", puede suscitar una cierta dosis de ambigüedad. Cuando aludimos a la "ley de la razón", podemos hacer referencia: a la proyección de unas normas que deben regir el uso de la razón, o a que la razón tiene su propia ley.

En la primera acepción, la preposición "de" puede significar relaciones circunstanciales de modo (más próximas al caso ablativo que al genitivo) y tiene un sentido análogo al de las preposiciones "para" o "sobre", que es la que corresponde a la concepción de la ética profesional jurídica como ética aplicada, que se expresaría, por tanto, como ética "para" las profesiones jurídicas. En la segunda acepción, que es la propiamente genitiva, la preposición "de" evoca la idea de pertenencia. En esa acepción, "de" significa que las profesiones jurídicas, tienen, generan o expresan una ética peculiar. De acuerdo con ese uso lingüístico genitivo, en su sentido propio, la ética profesional de los juristas, aparece como una ética regional dotada de unas características genuinas.

En definitiva, quienes nos sentimos partidarios de que la ética debe ser "aplicada" a las profesiones jurídicas y que, por eso, no es admisible una ética regional de dichas profesiones, deberíamos, por coherencia con estas premisas, enunciar esta disciplina como: "ética *para* las profesiones jurídicas"; dejando la expresión "ética *de* las profesiones jurídicas", para quienes defienden el carácter regional de dicha materia.

El reconocimiento del carácter final, único y universal de la ética no excluye que no pueda existir una modulación en sus aplicaciones: unidad y universalidad de la ética, no significan indiferencia o uniformidad en sus proyecciones a diversos ámbitos. Advierte Atienza que, por ejemplo, en la ética médica adquiere una gran importancia el principio de autonomía y el de paternalismo justificado, dada la asimetría de la relación entre el médico y el enfermo; en la ética periodística, el de libertad de expresión y el de respeto a la intimidad, ya que la profesión periodística debe estar encaminada a generar una opinión pública libre; y en la ética judicial, los característicos principios de independencia y de imparcialidad (a los que se podría añadir el de motivación) vienen a ser una consecuencia de que el fin último de la jurisdicción no pueda ser otro que la salvaguarda de los derechos de los individuos. Por idéntico motivo, en el ámbito del Derecho la pluralidad de actores jurídicos, de profesiones jurídicas, determina que las cuestiones deontológicas admitan cierta diferenciación, de acuerdo con cada uno de esos roles institucionales.

IV. SOBRE LA PROYECCIÓN DE LA ÉTICA AL EJERCICIO PROFESIONAL DE JUECES Y FISCALES

En opinión de Manuel Atienza, se dan hoy causas que justifican un interés peculiar por la deontología judicial. Es motivo del mismo, un factor subjetivo, que afecta a

la estructura plural que hoy reviste la judicatura de las sociedades democráticas, lo que determina que quienes desempeñan la tarea de juzgar conformen un colectivo diferenciado por su origen social, ideologías o género, frente a la homogeneidad del estamento judicial de épocas anteriores. Esta circunstancia hace que los conflictos de tipo ético que tiene que juzgar la profesión ocupen un papel más destacado, más visible, entre otras cosas, porque ya no hay un acuerdo (o no hay un acuerdo claro) en cuanto a cómo resolverlos.

La otra causa es de carácter objetivo y tiene que ver con el aumento del poder judicial, que es un fenómeno de gran importancia en nuestras sociedades y que, a juicio de Atienza, parece estar ligado, al menos, a estos dos motivos. Por un lado, a la evolución del Derecho en las últimas décadas de acuerdo con el modelo de lo que suele llamarse "constitucionalismo". Esa concepción se caracteriza, como uno de sus rasgos distintivos, por la importancia que otorga a los principios y los valores constitucionales, lo que inevitablemente comporta que los jueces deban llevar a cabo operaciones –la denominada "ponderación"– más complejas y que suponen una mayor indeterminación que la simple subsunción; dicho de otra forma, el poder de los jueces se incrementa cuando aumentan los espacios de discrecionalidad. Ese poder creciente de los jueces, se halla también vinculado a la crisis de las instituciones políticas y al fenómeno de la corrupción: la opinión pública parece abocada a ver en la instancia judicial al único poder público capaz de hacer frente a esas disfunciones y de tomar, en cierto modo, las medidas que ni el poder legislativo ni la Administración parecen estar en condiciones de afrontar. No cabe duda de que ese mayor poder de los jueces supone también un incremento de los problemas éticos. Es lo que explica los temores, frente al llamado "activismo judicial", o sea, frente al peligro de que los jueces se conviertan en los nuevos "señores" del Derecho, en lugar de ser los garantes de los derechos.

Advierte Atienza, que la ética judicial no se agota en el plano de las normas. O sea, el concepto de "buen juez" no se deja definir exclusivamente en términos normativos o, si se quiere, no exclusivamente en términos de prescripciones. El buen juez no es simplemente el que cumple con las normas jurídicas y no incurre en responsabilidad penal, civil o administrativa; sino el que ha desarrollado profesionalmente ciertos rasgos de carácter que constituyen las virtudes judiciales.

La contraposición entre una ética del deber y una ética de las virtudes, esto es, entre una ética basada en la obediencia a las normas, o bien en la formación del carácter, en la educación de los sentimientos para disponer a las personas hacia el bien, es uno de los tópicos más discutidos en la teoría ética contemporánea. No obstante, estima Atienza, que no está justificado optar por una de esas dos concepciones en detrimento de la otra, puesto que, como sostiene el Autor, no parecen posturas irreconciliables, sino más bien complementarias. El cumplimiento de los deberes éticos del juez resulta facilitado, si se apoya en las virtudes que caracterizan su rol social.

Ahora bien, algunas virtudes parecen ser completamente generales, o sea, son cualidades humanas que resultan necesarias para poder desempeñar adecuadamente cualquier rol social; pensemos, por ejemplo, en la valentía, en la honestidad o en la justicia (entendiendo por justicia la no arbitrariedad). Pero otras son específicas de

ciertas prácticas sociales, de ciertas profesiones; o, si se quiere, las virtudes generales o básicas (las que en la tradición –una tradición que viene de Platón– se han llamado cardinales) asumen una cierta modulación en cada una de las diversas prácticas sociales.

Entre las virtudes propias del juez, se puede aludir a su capacidad argumentativa, su conocimiento del Derecho, su buen juicio, perspicacia, prudencia, sentido de la justicia, valentía, altura de miras y humanidad.

De esta relación de virtudes judiciales, que no debe ser considerada como un elenco cerrado, se infiere que una de ellas ocupa un lugar de especial importancia y, en cierto modo, viene a ser una especie de síntesis de todas las otras. Se trata de la virtud de la prudencia, pero entendida no tanto –o no sólo– en el sentido que hoy atribuimos a esta expresión, sino en el de la *frónesis* aristotélica. Para Aristóteles la prudencia (la *frónesis*) no tiene ninguna conexión particular con la cautela o con el interés propio, sino que es la virtud de la inteligencia práctica, de saber cómo aplicar principios generales a las situaciones particulares.

Manuel Atienza se muestra decidido partidario de la elaboración de un código deontológico para la judicatura. Sale al paso de las reticencias de quienes estiman que ello podría dar lugar a la imposición de unos determinados valores ético-religiosos, que limitarían la autonomía del juez, y de quienes, a partir de un positivismo legalista, entienden que la ética judicial se regula y agota en las normas que regulan el ejercicio de la judicatura, o de quienes, a partir de un relativismo ético, muestran su decidido escepticismo ante cualquier código ético judicial.

Frente a esas actitudes, defiende Atienza las buenas razones para que la judicatura cuente con un código ético. Dicho código permitiría facilitar a los jueces la reflexión sobre su propia práctica, orientar esa práctica al explicitar los criterios que la guían (o que debieran guiarla) y facilitar a otros la crítica justificada de la profesión, puesto que los destinatarios de un código deontológico, no son sólo los miembros de una determinada profesión. Para lograr esos propósitos no es indispensable que contenga sanciones, entre otras cosas porque puede –suele– haber normas disciplinarias (además de las propiamente penales) de carácter inequívocamente jurídico-positivo que regulan (con sanciones) los comportamientos judiciales que suponen no haber cumplido con lo estrictamente debido. De manera que, en palabras de Atienza, "un código de ética judicial debe apuntar más bien hacia la excelencia judicial, aunque para ello no pueda dejar de referirse a los requisitos mínimos que, obviamente, son presupuestos de la excelencia; ello supone, por lo demás, cierto grado de redundancia (inevitable) entre las normas deontológicas y las estrictamente jurídicas"⁸.

El profesor Atienza, incluye en su ensayo una célebre anécdota, que resulta muy ilustrativa para el desarrollo de su planteamiento de la ética judicial. Dicha anécdota tiene como protagonistas a Learned Hand y a Oliver Holmes, dos de los jueces más influyentes en toda la historia de los Estados Unidos. Al parecer, después de haber almorzado juntos, Holmes subió a su carruaje para trasladarse al tribunal, pero en seguida oyó los gritos de Hand que, en un arrebatado de entusiasmo, había salido co-

8. *Ibíd.*, pág. 232.

riendo tras el coche y le animaba así: "¡Haga justicia, señor, haga justicia!". Holmes detuvo el carruaje y le espetó: "Ese no es mi trabajo. Mi trabajo consiste en aplicar el Derecho". En otra ocasión, Holmes escribió en una carta lo siguiente: "Muchas veces he dicho a mis colegas en el tribunal que odio la justicia, lo que quiere decir que, si alguien empieza a hablar de ella, sé muy bien que por una u otra razón está dejando de pensar en términos jurídicos".

Una persona lega en Derecho consideraría, me parece, por lo menos extraño que un juez que ha servido de modelo a tantos jueces (y a tantos juristas) y no sólo en su país tuviera, sin embargo, una opinión tan escéptica a propósito de la justicia. ¿Por qué esa actitud no les resulta, sin embargo, tan chocante a los profesionales del Derecho: a quienes participan en la administración de justicia (como jueces, como fiscales o como abogados) o a quienes elaboran el pensamiento jurídico? La respuesta, que nos ofrece Atienza, es que, si no todos, la inmensa mayoría o al menos una buena parte de los juristas de un país como el nuestro son positivistas jurídicos, esto es, asumen la tesis de la separación entre el Derecho y la justicia (o la moral) y, en consecuencia, ven el ejercicio de su profesión como una práctica que no tiene que ver en sentido estricto con la justicia. O, quizás mejor, muchas o la inmensa mayoría de las decisiones que ellos toman, las consideran seguramente justas, pero simplemente porque se han producido siguiendo los cauces señalados por el Derecho. Desde esta perspectiva iuspositivista, la justicia sería un valor al que se apela o inspira el momento de crear las normas, por tanto, algo que atañe al legislador, pero que no afecta a la interpretación y aplicación del Derecho.

Esta actitud puede también predicarse de las actuaciones de los fiscales, profesionales que no raramente son definidos con expresiones como la de "guardianes de la legalidad" o alguna otra semejante. Para Atienza, la postura ética del Ministerio Fiscal, incide de lleno en la *vexata quaestio* de la contraposición entre iusnaturalismo y el positivismo jurídico. A partir de ese enfoque, Atienza formula algunas precisiones con las que trata de evidenciar su postura:

1.^a) En su opinión, no ser partidario del positivismo jurídico, como es su caso, no significa aceptar el Derecho natural. Porque entiende que el Derecho es una creación humana, un producto histórico y social. Cuando se plantea la alternativa entre ser iusnaturalista o iuspositivista, se está incurriendo, para Atienza, en el paralogismo de la falsa contraposición.

2.^a) Atienza, se define como postpositivista. Su crítica al positivismo, no le lleva a identificar el Derecho con la moral. Por supuesto, hay ciertas perspectivas desde las que tiene pleno sentido efectuar esa distinción. Y, en todo caso, aunque la argumentación jurídica contenga, en opinión de Atienza, siempre un fragmento de razonamiento moral, eso no quiere decir que el razonamiento jurídico y el moral se confundan: el jurista (juez, fiscal o abogado) que construye una tesis jurídica utilizando razones morales no se convierte por ello en un moralista; o sea, no debe –no puede– argumentar para defender esa tesis de la misma manera que lo haría, por ejemplo, un filósofo moral.

3.^a) Nos dice Atienza que el Derecho –esta es la tesis postpositivista o constitucionalista básica– no es sólo un sistema de normas establecidas autoritativamente, sino,

además de eso (y sobre todo), una práctica social que persigue obtener ciertos fines y valores dentro de los límites fijados por el sistema (por los materiales jurídicos). En el contexto de esa práctica, el papel de la moral es considerable: por ejemplo, a la hora de identificar qué es lo que tal Derecho establece a propósito de tal cuestión; o de motivar una decisión, de aportar en favor de la misma argumentos de carácter justificativo.

4.^a) Añade también Atienza, que el positivismo jurídico no es tanto una concepción falsa cuanto una concepción excesivamente pobre de lo que es el Derecho, especialmente en el contexto de los Estados constitucionales. Una consecuencia de esa pobreza teórica es que los juristas formados en esa cultura no están en las mejores condiciones para poder hacer frente a los problemas que les plantea la práctica, la experiencia jurídica. Así, entre otras posibles deficiencias, el jurista de formación positivista no cuenta con instrumentos adecuados para resolver problemas de interpretación (piénsese en una concepción como la de Kelsen, que de poco puede servirle al operador del Derecho); ignora casi todo de lo que es la filosofía moral contemporánea; y tiene también ciertas dificultades para comprender el sentido de la ética de los jueces o de los fiscales.

Para corroborar sus tesis, Atienza nos recuerda: "el escepticismo ante la ética que uno puede encontrar con tanta frecuencia entre los juristas españoles y, en particular, entre los jueces. Como se recordará, las dos razones que éstos suelen dar para negar la ética judicial son que la misma no resulta ni necesaria ni posible. O sea, dos argumentos típicamente positivistas (sobre todo, el primero) y que, como antes se indicó, no pueden calificarse más que de equivocados"⁹.

Manuel Atienza, trae a colación las ideas escépticas de algunos representantes del Ministerio Fiscal, para quienes las normas deontológicas que regulan el comportamiento de los fiscales establecen exigencias de carácter corporativo (más o menos cuestionables en cuanto a su contenido) centradas en la idea del honor (el honor de un grupo, de una profesión) y son, en cierto modo, una reliquia del pasado. En una sociedad democrática la exigibilidad de virtudes específicas de los fiscales, deben quedar reducida a lo que establece la ley, excluyendo pautas de comportamiento privadas, diferentes de las prescripciones legales profesionales. Atienza sale al paso de estas reticencias críticas respecto a la deontología del Ministerio Fiscal, e indica que la razón de ser de las normas deontológicas para las profesiones jurídicas dimana de que dichas normas no tienen por objeto reglamentar jurídicamente cierto tipo de comportamientos, sino de regularlos en una forma que no cabe dentro de los moldes del Derecho oficial, porque no son propiamente reglamentaciones jurídicas, sino morales, aunque sea frecuente hablar al respecto de "códigos". Si no pueden consistir en reglamentaciones propiamente jurídicas es porque con las mismas no se trata de deslindar la conducta lícita de la ilícita, sino, fundamentalmente, de definir qué es lo que debe entenderse por *excelencia* en la práctica de una profesión jurídica como es la de los fiscales.

9. Ibid., pág. 239.

Admite Atienza, que en algunos códigos deontológicos de jueces y fiscales pueden deslizarse contenidos ideológicos, prejuicios y pretensiones corporativas, contrarias a los principios de una ética universalizable. No obstante, esos riesgos no tienen la entidad suficiente como para una descalificación global de los códigos éticos para jueces y fiscales, que son necesarios para establecer el desempeño moralmente correcto de esas profesiones.

Surge entonces un problema insoslayable: ¿Quiénes pueden considerarse expertos en ética y deontología profesional? Atienza responde a esa importante cuestión, a partir de una metodología analítica, que le conduce a establecer algunas distinciones. A partir de dicho enfoque advierte que en los códigos deontológicos de jueces y fiscales existen factores de carácter descriptivo y normativo. Los primeros, constituyen deberes profesionales que son propios de cada una de las modalidades del ejercicio de la judicatura o la fiscalía. En ello, son expertos quienes experimentan dichas pautas de actuación. De ahí, que un fiscal o un juez sea mejor experto en el conocimiento de esos deberes, que un profesor de ética o un iusfilósofo. Junto a esos elementos descriptivos, los códigos deontológicos contienen unas reglas normativas, que representan proyecciones de la ética sobre ese ámbito profesional. En esas proyecciones generales de la ética, sí son expertos los éticos y los filósofos del Derecho.

En lo que atañe a esa dimensión normativa de los códigos deontológicos, Atienza distingue entre las teorías de la ética en deontológicas y teleológicas. Las primeras como la concepción de Kant consideran que lo "correcto" es el fruto del cumplimiento del deber. El segundo tipo de teorías morales como el utilitarismo de Bentham, invierte las cosas, las prioridades: lo correcto es lo útil, lo que uno debe hacer es aquello que produzca las mejores consecuencias.

La otra distinción, a la que alude Atienza, es la que permite diferenciar las teorías normativistas de la ética, de las concepciones de la ética basadas en la virtud. Las primeras tratarían de contestar a la pregunta de qué debe uno hacer para comportarse de manera éticamente adecuada, cuáles son nuestros deberes éticos. Las segundas un ejemplo notable de este tipo de concepción es la ética aristotélica tratan de contestar más bien a la pregunta de cómo construir una personalidad moral, qué rasgos de carácter —qué virtudes— son los que debería esforzarse por adquirir el que aspira a llevar una vida buena, una vida moral. Estas distintas versiones de la ética no son, según nos dice Atienza, incompatibles, ni excluyentes.

Los jueces y fiscales deben cumplir con su deber, pero deben también ser sensibles a las consecuencias de sus actos. Y en lo referente a la segunda distinción, los jueces deben ser independientes y los fiscales imparciales, y hay virtudes, como el valor, la honestidad, etc. que, si se poseen, contribuyen efectivamente a que los jueces cumplan con sus deberes de independencia y los fiscales con los de imparcialidad.

El enfoque que nos ofrece Manuel Atienza sobre el significado y contenido de los códigos deontológicos de los jueces y fiscales, me parece clara y provechosa. De cuanto hasta aquí se lleva expuesto, se infiere que su planteamiento ha sabido captar los principales nudos temáticos y problemáticos que inciden en la conducta ética de jueces y fiscales,

V. ÉTICA Y ABOGACÍA. CINCO MODELOS DE DEONTOLOGÍA PROFESIONAL DEL ABOGADO

No parece lícito dudar de que la cuestión más debatida y controvertida de cuantas dimanen de la proyección de la ética sobre la actuación profesional de los juristas, es la que hace referencia al ejercicio de la abogacía. Sensible a esta circunstancia, el profesor Atienza dedica el apartado más extenso de su ensayo al estudio de esta problemática. A diferencia del método seguido hasta aquí para dar cuenta del planteamiento de Manuel Atienza sobre la ética en la actividad profesional de los juristas, donde me he ceñido, en lo posible, al propio itinerario argumentativo que nos ofrece en su texto, avanzaré en este epígrafe un esquema de clasificación de las distintas posturas desde las que se intentan dar respuesta a la peculiar modalidad operativa que adquiere la ética en relación con el ejercicio profesional de la abogacía.

No pretendo, con la aportación de este cuadro taxonómico, agotar todas las posibles variantes de enfoque que, en el pasado y en el presente, han pretendido ofrecer una respuesta a las cuestiones éticas que suscita el ejercicio profesional forense. Mi propósito se limita a establecer un principio de ordenación de las principales actitudes sobre este problema, sin perder nunca de vista el hilo conductor de las reflexiones sobre esta cuestión que aporta el estudio de Manuel Atienza.

Estimo, que la dificultad que suscita proyectar la ética sobre la conducta profesional del abogado, se funda en la propia peculiaridad de la función que este desempeña. El abogado tiene que defender un interés de parte, lo que hace que sus juicios, a diferencia de los del juez no tengan que estar presididos por la voluntad de imparcialidad. Esta conducta ha sido fuente de numerosos malentendidos, que tienen una larga tradición histórica.

No huelga recordar, a efecto, las críticas que los discípulos de Sócrates, Platón y Jenofonte, vertieron contra la actitud de los sofistas. Les reprochaban que, a diferencia de su maestro Sócrates, quien tenía como guía de sus reflexiones la búsqueda de la verdad y lo hacía sin reclamar ningún estipendio a cambio, ellos eran relativistas defendiendo distintas opiniones, según su conveniencia y lo hacían a cambio de un precio. Estas críticas deben ser contempladas hoy, teniendo presente el marco histórico social de Atenas. Es necesario recordar que en el siglo V a. C. bajo el gobierno de Pericles, se instaura en Atenas dos principios democráticos básicos: la *isonomía* y la *isegoría*. Esta última permitía a cada ciudadano defender sus intereses a través de la libertad de la palabra. Pero en el caso en que un ciudadano ateniense no se hallara dotado para la elocuencia, contrataba a un retórico, es decir, a un sofista, para que realizara ante los jueces una apología en su nombre. Eso explica, el que los sofistas plegaran sus argumentos en función de los intereses de cada caso y que percibieran un estipendio por esa labor profesional. Los sofistas son, por tanto, antecedentes históricos de los abogados y su actitud nació bajo la incomprensión que siempre ha perseguido ese ejercicio profesional.

Entre las distintas ópticas de enfoque de la proyección de la ética a la actividad profesional de los abogados, me parece que se pueden distinguir cinco concepciones que, en cierto modo, pueden resumir las principales actitudes al respecto.

1. LA ÉTICA DEL ABOGADO COMO CUMPLIMIENTO DE LA LEY. TESIS POSITIVISTA

La primera posición a la que se debe hacer referencia, es aquella que concibe la ética profesional del abogado como el cumplimiento de determinadas normas que se inscribe en el propio Derecho positivo. Desde esta perspectiva, la ética de la abogacía no es más que un capítulo en el seno del ordenamiento jurídico, que, se concretaría en normas referentes al Estatuto de la Abogacía, al Código Deontológico de los abogados y a todas las normas materiales y procesales en las que existe una alusión expresa a los deberes del abogado. A partir de ahí, se difumina y, en cierto modo, desaparece el problema ético, del ejercicio profesional forense, ya que queda subsumido en el deber general del cumplimiento del derecho, con la única particularidad de que se trata de deberes que afectan al ejercicio de la abogacía. Para quienes asumen ese enfoque "el abogado –en palabras de Atienza– no necesita ni debe adentrarse en disquisiciones de carácter propiamente moral"¹⁰. A lo sumo, admiten que como a todos los ciudadanos, les importa, la moral, pero eso es algo que tiene que ver, básicamente, con su vida privada, sería una forma de moralidad crítica, que nada tiene que ver con el ejercicio de su profesión.

Según el profesor de Alicante, *el Preámbulo del Código Deontológico de la Abogacía Española* asumiría esta postura, al afirmar 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.

Un gran número de abogados, en ciernes y en ejercicio, y de forma, consciente o inconsciente, participan de las premisas del positivismo jurídico sobre las relaciones entre la ética y el ejercicio profesional de la abogacía. Entienden que se trata de un aspecto institucionalizado de su labor, en el que existen normas, sanciones y órganos encargados de aplicarlas, que contribuyen a resolver cualquier problema que pueda surgir en esta materia. Los Consejos Generales de la Abogacía, los Colegios de Abogados, e incluso los Megabufetes, poseen códigos deontológicos donde se regulan los deberes de los letrados y reglamentos para la aplicación de sanciones, por lo que la conducta moral del abogado está perfectamente tipificada.

En la literatura española actual sobre deontología del abogado, predomina esa orientación positivista, muchas veces, asumida de forma inconsciente. Esa es la actitud que dimana, por ejemplo, de las obras de Rafael del Rosal, *Normas deontológicas de la abogacía española*¹¹, y de José Ángel García Fernández, *Vademécum para abogados noveles*, en la que dedica un amplio apartado al estudio de la deontología profesional de la abogacía¹².

El planteamiento iuspositivista me parece del todo insatisfactorio, se basa en un legalismo ético, integrado por prescripciones rígidas y heterónomas. Estas circuns-

10. *Ibid.*, pág. 253.

11. R. DEL ROSAL, *Normas deontológicas de la abogacía español*, Civitas, Madrid, 2002, *passim*.

12. J.A. GARCÍA FERNÁNDEZ, *Vademécum para abogados noveles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 31 ss.

tancias lo convierten en lo que Kant denominaría una falsa ética. Precisamente, los problemas, las cuestiones y los dilemas morales más relevantes que afectan al que-hacer del abogado quedarían sin respuesta o con una respuesta ficticia a partir de este planteamiento.

2. ¿TIENEN LOS ABOGADOS UNA CONCIENCIA DE ALQUILER? TESIS PROFESIONALISTA

Ha adquirido celebridad la frase de Fiódor Dostoyevski expresada en *Los hermanos Karamazov* y también en su *Diario de un escritor*, según la cual: "los abogados tienen una conciencia de alquiler". Lo primero que habría que objetar a esta frase es que, en la mayor parte de las ocasiones, los abogados alquilan su ciencia, pero no su conciencia. Pero al margen de esta objeción, lo cierto es que el texto de Dostoyevski refleja una larga tradición de desconfianza hacia la actitud moral de los abogados, que, como se ha indicado, puede remontarse a los sofistas.

Massimo La Torre ha llevado a cabo una cuidada exposición de las principales tesis, expresadas a través de la historia, en las que se manifiesta una actitud de desconfianza o menosprecio hacia los abogados y hacia los juristas en general, partiendo de la notoria condena de Lutero: *Juristen, böse Christen*¹³.

La mala fama que, a través del tiempo, ha perseguido la actividad de los letrados, estimo que se funda en su peculiar relación con la moral ordinaria. Desde determinadas premisas, se entiende que la actividad profesional del abogado es "intrínsecamente inmoral"¹⁴, porque se considera que el desarrollo de la actividad forense tiene que transgredir, para obtener sus objetivos, determinadas normas morales. Desde otros enfoques, se dice que la actuación de los abogados se halla al margen de la ética, que es una actividad "amoral", ya que discurre por derroteros que nada tienen que ver con las normas morales. Pero quizás la tesis más extendida, en muchos sectores de la abogacía y de los comentaristas de su función, es la de que la profesión de abogado tiene unas exigencias implícitas en su desarrollo, que determinan que posea una "moralidad propia", distinta y específica respecto a la moral general. Estas tres actitudes y enfoques, al margen del aparente distanciamiento de sus formulaciones, coinciden en lo básico: en considerar que la actividad profesional del abogado posee unas exigencias y peculiaridades que contradicen o son ajenas a los preceptos de la moral ordinaria. La abogacía consiste en una actividad profesional que, para ser ejercitada eficazmente, es decir, que para poder defender, con éxito, los intereses de los clientes, se halla obligada a contrariar, prescindir o adecuar a sus exigencias las normas éticas.

13. M. LA TORRE, "Juristas, malos cristianos. Abogacía y ética jurídica", *Derechos y libertades*, 12 (2003), págs. 71 ss. *Cfr.*, también sus trabajos: "Variaciones sobre la moral del abogado: ambigüedades normativas, teorías deontológicas, estrategias alternativas" en el vol., col., a cargo de C. García Pascual, *El buen jurista. Deontología del Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013; *La déontologie de la profession d'avocat entre théorie du droit et philosophie politique*, en curso de publicación cuyo texto debo a la deferencia del Autor.

14. Hace referencia, expresamente, a esas actitudes, M. ATIENZA, *ob. cit.*, pág. 254 ss.

Quienes adoptan esta tesis “procesionalista”, en cualquiera de sus tres variantes, considera que la virtud de un buen abogado podría ser aquella que nos recuerda Massimo La Torre, expuesta con toda crudeza por el abogado que aparece en la obra de León de Tolstoi *Resurrección*. Dicho abogado se jacta de la habilidad de hacer triunfar una causa “imposible”, es decir, manifiestamente infundada e injusta, contra un adversario provisto por el contrario de una cantidad de buenas razones. Ese abogado es capaz de transformar el error en la razón y la razón en el error y –con trucos casi de prestidigitador– hacer parecer lo que es lícito ilícito y lo que es ilícito lícito. “Pero si esta fuera verdaderamente la virtud del abogado, ¿cómo podría un individuo que quiere mantenerse íntegro –hay que preguntarse– ganarse la vida de una manera tan repugnante?”¹⁵.

Es evidente que la consideración de la abogacía como una procesión intrínsecamente inmoral o amoral resulta incompatible con una ética o una deontología del abogado, representaría una manifiesta *contradictio in terminis*. Tampoco desde las premisas de quienes conciben la ética del abogado como una moral regional o particular, es posible formular una auténtica ética de la abogacía, porque como se tuvo ocasión de indicar *supra*, la ética es única y universal, lo que resulta incompatible con la admisión de éticas regionales o particulares.

3. EL ABOGADO COMO ARTÍFICE DE LA JUSTICIA. TESIS IUSNATURALISTA

José Castán Tobeñas, al prologar el libro de Alejandro Martínez Gil, *Código de Deontología Jurídica*¹⁶, indicaba que los Códigos de deontología profesional de los juristas respondieron en su origen a una inequívoca inspiración iusnaturalista. A su entender, sólo a partir del reconocimiento del Derecho natural, es posible reconocer el fundamento moral del Derecho. Asimismo, el iusnaturalismo postula establecer una correlación entre los derechos de las distintas profesiones jurídicas y los deberes morales que el ejercicio de las mismas comporta¹⁷.

El enfoque iusnaturalista se advierte también en la obra más reciente de la profesora Isabel Trujillo sobre: *Etica delle professioni legali*. La profesora de la Universidad de Palermo sostiene que la actividad de los profesionales del Derecho, así como la propia obediencia a las normas jurídicas, no se halla fundada en criterios formales, sino sustanciales. Se trata de los valores de la Ética y de la Justicia, que trascienden el Derecho positivo¹⁸. A su vez, entiende que la actividad profesional de los juristas constituye un aspecto de la moralidad pública que debe orientarse a la consecución del bien común de la sociedad¹⁹. Asimismo, al analizar las virtudes propias de los profesionales del Derecho (integridad, lealtad, imparcialidad, justicia...), sustenta la tesis

15. LA TORRE, M., “Juristas, malos cristianos. Abogacía y ética jurídica”, art. cit., pág. 106.

16. A. MARTÍNEZ GIL, *Código de Deontológico Jurídica*, Pylsa, Madrid, 1954.

17. J. CASTÁN TOBEÑAS, “Prólogo” a la obra de A. MARTÍNEZ GIL., *Código de Deontológico Jurídica*, ob. cit., pág. 3 ss.

18. I. TRUJILLO, *Etica delle professioni legali*, Il Mulino, Bologna, 2013, pág. 48 ss.

19. *Ibid.*, pág. 59 ss.

de que las mismas rebasan las normas legales y establecidas en los propios códigos deontológicos por su dimensión moral²⁰. De todo ello, se infiere, que la concepción iusnaturalista, que postula la conexión entre la moral y el Derecho, es la adecuada para servir de fundamento de los postulados éticos que deben presidir la actuación profesional de los juristas.

En la actualidad, algunos autores iusnaturalistas sostienen un activismo moral del abogado. Desde ese planteamiento, el proceso tiende a que las partes que actúan en él, se esfuercen en lograr, con el máximo respeto a la verdad, una decisión justa. De este modo, las partes del proceso y en concreto los abogados, comparten con el juez el deber de conseguir una sentencia justa. El abogado, de acuerdo con este enfoque, debe contribuir a aportar las pruebas y a formular los argumentos que conduzcan a la decisión correcta. En la mayor parte de los casos, esa decisión será la que favorece al cliente de estos abogados, los cuales, precisamente, han asumido la defensa de ese proceso en la convicción de que las pretensiones de su cliente se hallan plenamente fundadas²¹.

Los autores iusnaturalistas activistas consideran que la justicia es un bien que trasciende el interés de quienes son parte en un proceso, para afectar a toda la comunidad social, del lugar donde el proceso se tramita. Por ello, los abogados deben colaborar con el juez en la búsqueda de la solución correcta del proceso. Tal comportamiento implica la prohibición absoluta de cualquier actividad procesal que vulnere la moralidad, porque entonces el abogado sería cómplice de una injusticia.

La tesis iusnaturalista peca de una visión ideal del proceso, y de una concepción absolutista de los valores éticos, sin tener en cuenta las peculiaridades del desarrollo de los trámites procesales y la necesidad que tiene el abogado de defender los intereses de su cliente, sin incurrir en la inmoralidad, pero tampoco sin aportar datos que puedan comprometer la legitimidad de su defensa. Se trata de una tesis en la que se tienden a confundir los roles respectivos del juez y del abogado, al perder de vista que al abogado no le corresponde el establecimiento de lo que es justo, sino, la defensa, de parte, de los intereses de su cliente. La imparcialidad y la búsqueda de la verdad, es decir de la justicia en el proceso, es una virtud del juez, pero no del abogado. Al abogado le corresponde el presentar la “verdad” que ampara los intereses de su cliente, de la forma más eficaz posible para llevar a buen término la defensa.

No sería lícito omitir que en determinadas versiones del iusnaturalismo, se ha tendido a presentar como valores absolutos e inderogables, lo que no eran sino conveniencias de lugar y tiempo o expresiones de una determinada ideología. Así, Martínez Gil en su mencionado *Código de Deontología Jurídica*, considera como un deber ético del abogado, la prohibición de: “litigar contra los intereses o derechos de la Iglesia sin autorización previa del Ordinario”²².

20. *Ibid.*, pág. 107 ss.

21. Sobre el activismo moral de los autores iusnaturalistas no confesionales, *vid.*, M. LA TORRE, “Juristas, malos cristianos. Abogacía y ética jurídica”, art. cit., págs. 101 ss.

22. A. MARTÍNEZ GIL, *Código de Deontología jurídica*, ob. cit., art. 167.2, pág. 64.

De admitirse esta cláusula deontológica, los abogados católicos no hubieran podido defender a las víctimas de abusos por parte de clérigos, que contaban con la connivencia de las autoridades eclesásticas. Parece, por el contrario, que el deber ético de los abogados católicos, precisamente por ser católicos, se cifra en asumir la defensa de las víctimas de tales abusos.

4. LA ABOGACÍA COMO PROFESIÓN DE RIESGO MORAL. TESIS POSTPOSITIVISTA

Manuel Atienza se muestra disconforme con las tesis hasta aquí reseñadas. Su defensa del postpositivismo, le hace rechazar el postulado iuspositivista de la separación entre moral y derecho. De ahí, infiere que existen ocasiones en las que él abogado "no puede –no debe– moralmente realizar ciertas acciones, aunque las mismas no contradigan el Derecho positivo"²³.

Muestra también su desacuerdo con las tesis que consideran que el ejercicio de la abogacía entrañan una actitud intrínsecamente inmoral o amoral. Ambas posturas sostienen una actitud escéptica respecto al carácter inderogable de los principios morales porque sostienen la imposibilidad de que el abogado no tenga que recurrir a la mentira, a la reserva mental o a eludir la expresión de toda la verdad que conoce, cuando ello sea conveniente para la defensa de los intereses de su cliente. Atienza aclara que los valores éticos y los principios de la moral no son absolutos, sino que se trata de valores y principios *prima facie*, que pueden modularse a tenor de las exigencias y circunstancias del caso sin que, nunca afecten a lo que es el núcleo de la ética. Esta es la postura que va implícita en la teoría del riesgo moral del abogado. Esta posición también podría ser válida para el absolutismo ético, que se halla implícito en la tesis iusnaturalista.

Crítica también Atienza otro aspecto implícito en las posiciones que juzgan intrínsecamente inmoral o amoral el ejercicio de la abogacía. Se trata de que las mismas suscitan una ruptura en la personalidad del abogado. Resulta incoherente que el letrado en el ejercicio de sus funciones pueda realizar todo tipo de inmoralidades, pero en el plano privado de su conciencia las rechaza. Eso conduce a una auténtica esquizofrenia, o sea, a una fractura de la personalidad del abogado y tiene razón Atienza para considerarla inaceptable.

La teoría del riesgo moral, sustentada por Atienza, no niega el carácter parcial de la actuación del abogado, sino que trata de poner un límite moral a esa parcialidad. Dicha parcialidad, cuenta con una justificación racional: la defensa de los derechos de sus clientes, que no se podría lograr de no existir el asesoramiento legal de los abogados. 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 ni debe transgredir los principios y valores morales²⁴.

23. M. ATIENZA., ob. cit., pág. 273.

24. Ibid., págs. 270 ss.

5. LA ÉTICA EN EL ARQUETIPO PROFESIONAL DEL ABOGADO. TESIS NEOIUS-NATURALISTA

La teoría del riesgo moral del abogado elaborada por Manuel Atienza me parece plausible y entiendo que da una respuesta satisfactoria a los principales problemas que hoy plantea la deontología profesional de la abogacía. No obstante, atendiendo a la propia inquietud de Manuel Atienza por hacer coincidir la deontología con las virtudes de excelencia que deben concurrir en quien ejerce una actividad profesional, estimo que se podría completar dicha teoría con la aportación de las principales virtudes que deben informar el arquetipo del buen abogado.

Desde algunas perspectivas neoiusnaturalistas, con las que me siento solidario, se tiende hoy a concebir los valores implícitos en el Derecho natural o expresados por la justicia, no como categorías abstractas, absolutas e ideales, sino como valores abiertos a la experiencia y a la historia, es decir, como arquetipos. Se debe a Ortega la distinción entre el concepto de los ideales y los arquetipos. Los primeros, son categorías de estricto deber ser; se trata del puro deseo sobre cómo deberían ser las cosas para su perfección. El arquetipo, por el contrario, hace referencia a aquellas realidades que nos parecen las mejores, o sea, a manifestaciones empíricas de perfección²⁵.

Desde una perspectiva neoiusnaturalista las virtudes relativas a la excelencia o perfección del abogado, no deberían deducirse de un sistema deontológico ideal, sino construido a partir de la experiencia de aquellos comportamientos de los letrados y de aquellas pautas experienciales de la abogacía en las que se reflejara una inequívoca expresión de la moralidad.

Por aducir un ejemplo, estimo que el relato de sus experiencias como abogado que nos ofrece Ángel Ossorio y Gallardo en su obra *El alma de la toga*²⁶, representa un auténtico arquetipo ético del ejercicio profesional de la abogacía. Es cierto que, muchos de los aspectos de ese libro, pagan tributo a las condiciones del espacio y el tiempo en el que fue escrito, pero más allá de esos elementos circunstanciales, la obra refleja cabalmente el designio y la trayectoria de un abogado por mantener siempre sus actuaciones profesionales dentro de un paradigma moral. El propio Ossorio, para corroborarlo, indica que cuando un pasante inicia su experiencia como letrado en el bufete de un buen abogado, lo más importante que aprende no es una ciencia, que pocas veces se exterioriza, ni el arte de discurrir, que no suele ser materia transmisible, sino la ejemplaridad de una conducta moral²⁷. Compendia su posición respecto al necesario fundamento ético de la actividad profesional del abogado, cuando afirma: "la Abogacía no se cimenta en la lucidez del ingenio, sino en la rectitud de la con-

25. Cfr. J. ORTEGA Y GASSET, "Mirabeau o el político", en *Obras Completas*, Alianza Editorial & Revista de Occidente, Madrid, 1983, vol. III, pág. 603 ss. Vid sobre ello, A.E. PÉREZ LUÑO, "Ortega y las libertades", en *La Filosofía del Derecho en perspectiva histórica*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2009, págs. 323 ss; "La storia come esperienza filosofico-giuridica", en *Rivista di filosofia del diritto* (numero speciale), *La Filosofia del diritto tra Storia delle idee e nuove tecnologie*, 2015, págs. 19 ss.

26. A. OSSORIO Y GALLARDO, *El alma de la toga*, Reus, Madrid, 2008 (1.ª ed. 1919).

27. Ibid., págs. 133 ss.

ciencia. Esa es la piedra angular; lo demás, con ser muy interesante, tiene caracteres adjetivos y secundarios"²⁸.

En el Estado de Derecho los valores constitucionales y los derechos fundamentales deben servir, también, de parámetro orientador de la conducta del abogado, que pretenda ejercer sus funciones bajo los auspicios de la excelencia. Esos valores y derechos tienen una inequívoca impronta axiológica experiencial, que ofrece la inspiración básica de lo que debe ser la conducta ética del abogado.

En aras de dotar de un cierto orden sistemático a los distintos postulados que conforman esa visión arquetípica de la deontología profesional del abogado, se incluirán en el párrafo siguiente los principales principios que lo integran. No sin antes advertir que cada uno de esos postulados exigiría una monografía, para poder ser estudiado en una consideración demorada en pormenores, que aquí no procede. Por ello, esta reseña se limitará a esbozar el alcance básico de cada uno de ellos.

VI. ESBOZO DE UN DECÁLOGO DE LA DEONTOLOGÍA PROFESIONAL DEL ABOGADO

Se debe al jurista ilustrado germano Paul Johann Anselm von Feuerbach el haber acuñado la célebre máxima del principio de legalidad penal: *Nullum crimen nulla poena sine lege*. El principio de legalidad penal había sido reivindicado por Cesare Beccaria, en su célebre obra *Dei delitti e delle pene*, que data de 1764. En nuestro tiempo, ha sido Luigi Ferrajoli quien, a partir de esa máxima, ha elaborado los principios básicos del garantismo jurídico-penal. Inspirándome en esas formulaciones, estimo que pueden apuntarse los principales postulados en los que se concretan la deontología profesional del abogado.

1. NINGÚN PROCESO SIN DEFENSA

El derecho a la defensa constituye una garantía básica de los ordenamientos jurídicos democráticos. En un Estado de Derecho no es concebible el desarrollo de un proceso sin el debido asesoramiento técnico de un letrado en cada una de sus fases. Haciéndose eco de esa garantía del constitucionalismo democrático comparado, nuestra Ley de leyes proclama en su art. 24, que toda persona tiene derecho a la defensa y a la asistencia de letrado.

Es cierto, que existe también el derecho de toda persona a defender por sí misma sus intereses. Ahora bien, dada la complejidad de los sistemas jurídicos actuales, incluso en el caso de que se trate de un abogado o persona versada en el Derecho, es difícil, que salvo en procedimientos muy sencillos, no se requiera un cierto grado de especialización.

El tema del derecho a la defensa se halló en el centro de las críticas que desde el socialismo jurídico se avanzaron, desde finales del S.XIX, contra la injusticia que

28. *Ibid.*, págs. 37-38.

representaba el principio de la ignorancia del Derecho. Autores como Anton Menger, Giuseppe Salvioli y Joaquín Costa²⁹ pusieron de relieve la necesidad de que la falta de recursos no supusiera la negación del acceso a la justicia. A partir de entonces se establecen distintos sistemas de la denominada "defensa de los pobres", antecedente del "actual turno de oficio". Actualmente se halla regulado por la Ley 1/1996 de Asistencia Jurídica Gratuita. Desde el punto de vista ético el principal deber que dimana para los letrados del ejercicio de esta actividad, es el de ejercerla con el máximo empeño y entrega profesional, de forma que quienes recurren, por la precariedad de su situación económica, a ese sistema, tengan debidamente protegidos sus derechos e intereses. Se ha objetado, en ocasiones, al turno de oficio que está integrado por abogados nóveles con escasa experiencia y preparación técnica. En muchas ocasiones estos defectos son compensados por la dedicación e interés que estos jóvenes abogados prestan a las causas que se les confían. Por otra parte, no se debe omitir que algunos Decanos de los Colegios de Abogados y abogados prestigiosos, no han dudado en asumir el turno de oficio, como muestra de ejemplaridad y de sensibilidad ética.

2. NINGUNA DEFENSA SIN INDEPENDENCIA

En una sociedad democrática a la independencia del poder judicial le corresponde la independencia de la abogacía. El Código Deontológico de la Abogacía Europea, promulgado por la Asamblea de representantes de los Consejos de la Abogacía europeos en el año 1998, el Código Deontológico de la Abogacía Española del año 2002 y el Estatuto General de la Abogacía del 2011, en distintos apartados y artículos, coinciden en considerar a la independencia como un elemento constitutivo en el ejercicio profesional de la abogacía.

La independencia con postulado del ejercicio de la abogacía tiene dos dimensiones básicas: la primera, de carácter objetivo o institucional, consiste en la mencionada exigencia de que la abogacía, como estamento jurídico, actúe sin presiones de poderes políticos, sociales o económicos, que puedan comprometer su función. La segunda, es de carácter subjetivo y se refiere a la garantía de que todo abogado pueda actuar sin hallarse sometido a coacciones, presiones o injerencias que puedan incidir en el desempeño de su labor.

La independencia subjetiva del abogado no sólo hace referencia a la prohibición de controles o mediatizaciones procedentes del poder político o de otros poderes, sino que también representa una prerrogativa inviolable e inalienable, del abogado frente a posibles injerencias de otros abogados, aunque formen parte del mismo bufete, e, incluso, respecto de su propio cliente. El abogado tiene el derecho y el deber jurídico y moral de no permitir presiones de nadie en la toma de decisiones que vertebren la forma de conducir el proceso cuya defensa ha sumido.

La cuestión más problemática, la que ha suscitado una casuística más amplia y un número relevante de decisiones judiciales, es la que se refiere a la aplicación del principio de independencia respecto a aquellos abogados que dependen de un

29. *Cfr.*, A.E. PÉREZ LUÑO, *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 2.ª ed., 1994, págs. 99 ss.

organismo público o de una entidad privada. A diferencia de quienes practican un ejercicio libre de la profesión, estos abogados tienen unas obligaciones administrativas o contractuales con respecto a las entidades en las que prestan sus servicios. El problema, que interesa a la deontología jurídica, surge en la medida en que estos abogados, en función de sus convicciones éticas, apelen a la objeción de conciencia para negarse a prestar los servicios jurídicos que las entidades a que pertenecen les reclaman. Dependerá de las circunstancias de cada caso el que pueda prevalecer esa objeción de conciencia o el cumplimiento de sus deberes profesionales, administrativos o contractuales.

3. NINGUNA INDEPENDENCIA SIN LIBERTAD

Inmediata relación con el principio de independencia guarda el principio de libertad. Ese principio, en el desarrollo del ejercicio profesional de la abogacía, se manifiesta a través de una serie de aspectos o circunstancias especiales.

En primer término, debe reseñarse la plena libertad del abogado para asumir la defensa de una determinada causa. La relación entre el abogado y su cliente se realiza a través del contrato de defensa, en el que ambas partes deben ser completamente libres. Ni a nadie se le puede imponer por la fuerza un abogado, ni ningún abogado debe asumir una defensa en contra de su voluntad.

Esas exigencias pueden verse matizadas en el turno de oficio, donde no siempre el cliente está en disposición de elegir un abogado. El abogado, sí está en condiciones de rechazar una defensa de oficio, que estime contraria a sus propias convicciones éticas, siempre que ello no conduzca a la indefensión de su cliente.

El abogado en el ejercicio del principio de libertad puede desistir de la defensa de su cliente, por motivos éticos o de otra naturaleza. Pero en caso de esa renuncia, deberá actuar de forma que no se lesionen los intereses o derechos de su cliente o se le cause indefensión.

Un aspecto muy importante para la actividad profesional de los letrados, es el que concierne a su libertad de expresión. Se entiende que este derecho, reconocido en art. 20 de la Constitución española, se halla reforzado en el ejercicio de la abogacía, por la relación de dicho art. 20 con el art. 24 de nuestra Norma fundamental en el que se establecen las principales garantías procesales. El abogado debe de tener, para la eficacia de su derecho a la defensa, de un ámbito reforzado de libertad de expresión, en sus intervenciones destinadas a la defensa de la causa que asume. La jurisprudencia permite que, en virtud de esa libertad de expresión, los abogados puedan recurrir en el desarrollo del proceso y en particular, en la vista oral, a expresiones duras, irónicas e incluso en el sarcasmo, con el límite de la ofensa, la injuria o la falta de respeto hacia el Tribunal o las otras partes. Es especialmente relevante, sobre todo ello, cuanto se recoge en la STC 205/1994, coincidente en sus planteamientos con lo que es doctrina reiterada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Otro tema, que reviste actualidad es el que hace referencia a la libertad del abogado para realizar publicidad de su bufete. Tradicionalmente en las normas deonto-

lógicas de nuestros Colegios de Abogados, se tendía a prohibir o establecer severos límites a esta práctica. Se consideraba que con la propaganda, se afectaba a la igualdad de los colegiados, ya que estarían en mejores condiciones para realizarla los bufetes que contaran con más medios económicos. Hoy vivimos en la sociedad de la imagen y de la publicidad y es, casi imposible, que ninguna actividad profesional pueda quedar al margen de ese fenómeno. Por ello, en el Código Deontológico de la Abogacía Española, por influjo de lo que es hoy una práctica habitual en países de nuestro entorno, se permite, en su artículo 7, la publicidad de los bufetes. Se exige, no obstante, que esa publicidad, respete determinadas pautas que afectan directamente a la moralidad: que sea digna, adecuada a los fines de lo que es un despacho de abogados, veraz y que no pueda causar confusión a los posibles clientes. Se exige también que dicha publicidad, de ningún modo, lesione intereses legítimos de otros colegiados.

Estas exigencias se hallan en directa conexión con cuanto establece el artículo 8 del propio Código Deontológico de la Abogacía Española sobre el requisito ético de evitar la competencia desleal. Dicha deslealtad puede consistir en la captación de clientes que atente contra la dignidad de otros abogados. También se prohíbe la utilización de terceros (los denominados "ganchos"), que recibiendo una determinada recompensa por parte de un abogado, actúan en determinados lugares propicios a la conflictividad jurídica o de accidentes (como Juzgados de guardia, Hospitales, Comisarías...).

También se produce competencia desleal cuando un abogado ofrece gratuitamente sus servicios con inmediato menoscabo de los demás letrados que se ajustan a la percepción de los honorarios legal y estatutariamente establecidos. Se considera, asimismo, un supuesto de competencia desleal, la que puede producirse en el seno de un despacho colectivo, por infidelidades, desavenencias o captación indebida de clientes por parte de alguno de los miembros del bufete en detrimento de los demás.

Un supuesto especialmente controvertido en este ámbito de la deontología profesional de la abogacía es el que hace referencia a la *cuota litis*. Se trata de un pacto establecido entre el abogado y su cliente, al inicio de un pleito, por el cual el abogado va a recibir como remuneración un porcentaje de las eventuales ganancias que puedan obtenerse a la finalización del proceso, pudiendo esta remuneración consistir en dinero o en cualquier otro tipo de beneficio. El abogado renuncia por tanto a unos honorarios fijos o estipulados para el fin del proceso, dependiendo íntegramente su remuneración del resultado favorable del proceso.

Tradicionalmente la abogacía española prohibía dicho pacto. En contra del mismo se han formulado las siguientes objeciones:

1.ª) La *cuota litis*, supone una asociación del abogado con el cliente, con lo que el abogado pierde su independencia y su libertad. El abogado deja de ser defensor, para convertirse en socio de su cliente.

2.ª) Supone una discriminación fáctica para aquellos ciudadanos cuyos intereses son de escasa entidad patrimonial.

3.^a) Porque supone una forma de competencia desleal con respecto a los letrados que perciben una provisión de fondos y unos honorarios de sus clientes por los procesos que defiende.

La *cuota litis* fue expresamente prohibida en el art. 16 del Código Deontológico de la Abogacía Española. Una demanda interpuesta contra dicho artículo por parte de algunos abogados, determinó la resolución del Tribunal Español de la Competencia que suprimió esa cláusula prohibitiva por ser contraria a las normas europeas y españolas sobre la libertad de la competencia y condenó al pago de una sanción económica al Consejo General de la Abogacía Española. El recurso planteado por dicho Consejo contra esa resolución fue resuelto por el STS de 4 de noviembre de 2008, que convalidó la resolución del Tribunal de la Competencia y, en consecuencia, suprimió definitivamente la prohibición de la *cuota litis*.

En la actualidad en España, al igual que en los países de nuestro entorno, la *cuota litis* se halla admitida como una forma de la libertad del abogado para estipular su remuneración, por más que, desde el punto de vista deontológico, suscite ciertas dudas su admisibilidad.

4. NINGUNA LIBERTAD SIN RESPONSABILIDAD

Se ha hecho célebre el *motto* kantiano de que todo ejercicio de la libertad comporta el deber de la responsabilidad. El abogado goza de un amplio margen de libertad para su ejercicio profesional y, por tanto, le incumbe la correlativa obligación de una actuación responsable.

La responsabilidad del abogado tiene como exigencia prioritaria, la de su cualificación y preparación para asumir la defensa de los asuntos que le confían sus clientes. Para ello, deberá contar con la titulación que le habilite al ejercicio profesional de la abogacía, en otro caso, incurriría en un supuesto de intrusismo. Ahora bien, este requisito no agota su responsabilidad, ya que la misma se extiende a la competencia técnica en el objeto de los pleitos que se le confían. Esta exigencia, ante la complejidad de los actuales ordenamientos jurídicos, puede exigir el que el abogado unipersonal, tenga que contar con el asesoramiento de otros colegas especialistas en las distintas materias que son objeto del proceso. En nuestro tiempo, es habitual que un procedimiento civil pueda tener implicaciones de carácter administrativo, fiscal, laboral..., con la consiguiente necesidad de que concurren abogados expertos en cada una de estas materias. Esta situación ha contribuido al auge de los despachos colectivos y los megabufetes.

Desde el punto de vista de la deontología profesional del abogado se ha planteado un debate entre los abogados defensores de una concepción forense tradicional y quienes legitiman los nuevos rumbos de la abogacía. Para los primeros, entre los que se puede citar la fervorosa apología expresada por el abogado Juan Moya, en su Discurso de ingreso en la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, sobre el abogado clásico y generalista³⁰. De acuerdo con su planteamiento la

30. J. MOYA GARCÍA, *Breves Consideraciones sobre la Sociología Jurídica y el Abogado "operator", con análisis apasionado del presente y futuro de la Abogacía Clásica y Generalista*, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla, 1992.

responsabilidad moral de un abogado hacia su cliente se diluye y confunde cuando en la defensa del pleito concurren otros letrados. Esa responsabilidad debe tener un carácter unívoco porque se trata de una relación personal e intransferible entre el abogado y su cliente.

Hoy, sin embargo, se halla muy extendida la intervención de varios abogados en la defensa de un mismo pleito, para atender cada uno de ellos a la faceta del mismo que corresponde a su especialización. Con ello, no se diluye, ni desaparece su responsabilidad, sino que esta es asumida por cada uno de los abogados, que intervienen en la defensa, en la parte que le corresponde. En la hora presente, muchos megabufetes cuentan con códigos y reglamentos deontológicos para establecer y hacer efectiva, de manera nítida, esa responsabilidad³¹.

5. NINGUNA RESPONSABILIDAD SIN DILIGENCIA

Del principio de la responsabilidad dimana la virtud de la diligencia, entendida como el cuidado y la atención que se presta en la ejecución de alguna actividad. Es evidente que de nada serviría que un abogado responsable preparase con el mayor cuidado los elementos de su defensa y su eventual intervención en la vista oral de un proceso, si por su negligencia incurriera en la caducidad de las acciones que asisten a su cliente, o en la expiración de los plazos de tramitación del proceso.

La Deontología profesional del abogado le exige la mayor diligencia en el desempeño de sus funciones. Esto afecta también a la organización de su despacho. Muchas de las denuncias por negligencia de los letrados presentadas ante las Comisiones de Deontología de los Colegios de Abogados, han tenido por objeto la pérdida de documentación. En muchos procesos, los clientes deben aportar documentos de notable importancia, cuya pérdida o extravío infiere un daño relevante a sus propietarios, que, en virtud de la confianza depositada en su defensor, los aportaron a su bufete.

En la actualidad la progresiva informatización de la oficina del abogado ha dotado de mayor seguridad y operatividad, lo que se traduce en mayor grado de diligencia, a toda la tramitación en los distintos pleitos, con la consiguiente garantía de diligencia en el cumplimiento de plazos en la tramitación del proceso y en la custodia de la documentación³².

6. NINGUNA DILIGENCIA SIN PRUDENCIA

La prudencia, desde el Derecho romano, ha sido considerada como una virtud nuclear del Derecho. La Jurisprudencia constituía en la Roma clásica lo que hoy

31. Un ejemplo de ello, lo constituyen el Código Deontológico y el Reglamento del megabufete Cuatrecasas/Olivencia de Sevilla.

32. Vid., sobre todo ello, A.E. PÉREZ LUÑO, "Gestión automatizada del despacho profesional del abogado", en el vol. col. *El abogado. Formación, deontología y organización del despacho profesional*, ed. a cargo de F. Gutiérrez-Alviz, Aranzadi, Madrid, 1994, pág. 147 ss.

entendemos por la Teoría o la Ciencia del Derecho y se hallaba conformada por las argumentaciones y enseñanzas de los jurisprudentes, es decir, de quienes manifestaban mayor dosis de prudencia en el tratamiento de las cuestiones jurídicas y en las respuestas a los problemas que sobre el Derecho se les planteaban. Los jurisprudentes romanos, entendían la virtud de la prudencia en un sentido análogo al de la *frónesis* aristotélica. Como se ha tenido ocasión de indicar *supra*, para Aristóteles la prudencia (la *frónesis*) no equivale a la cautela, sino que es la virtud de la racionalidad práctica, que permite aplicar normas o principios generales a las situaciones concretas.

Esta virtud ética ocupa también hoy un lugar relevante en la deontología del abogado. En función de dicha virtud el abogado debe orientar a su cliente para evitar que se interpongan acciones o procesos de forma temeraria, o sea, cuando de las circunstancias del caso se desprende que no puede prosperar la satisfacción de las pretensiones del cliente. El abogado prudente contribuye a prevenir que se susciten ilusiones infundadas de sus eventuales clientes respecto a la iniciación de determinados procesos que carecen de apoyatura legal. Les ahorra los gastos que, consiguientemente, ello acarrea y contribuye a "desmasificar" a la atareada Administración de Justicia, liberándola de tener que instruir procesos carentes de fundamento.

Conviene advertir que la prudencia del abogado, no solo debe hallarse presente en el momento en que aconseja a su cliente sobre la viabilidad de un procedimiento, sino que debe extenderse a todas sus actuaciones procesales. Una imprudencia del abogado puede dar lugar a efectos, en ocasiones irreparables, que determinen el fracaso de una determinada acción o procedimiento. De ahí, que la prudencia sea una virtud que se extienda y deba informar toda la actividad profesional del letrado.

Un tema, que suele omitirse cuando al tratar de la deontología del abogado se aborda la virtud de su prudencia, es el caso contrario de aquel letrado "hiperprudente" que aconseja a un cliente la conveniencia de desistir de la iniciación de un proceso, cuando existen buenas razones jurídicas para incoarlo. Del mismo modo, que un abogado puede pecar de imprudencia, por la temeridad de sus consejos o actuaciones, puede pecar también en un exceso de prudencia, que condicione la posibilidad de defender intereses o derechos dignos de protección jurídica.

Un caso peculiar, que conviene no omitir, es el que hace referencia a los supuestos de imprudencia deliberada del abogado. Se trata de aquellos procesos, de carácter político, en los que el abogado inicia un procedimiento, a sabiendas de que la sentencia va a ser desfavorable, en estos procesos la falta de un resultado favorable, se compensa por la resonancia mediática, que ante la opinión pública, puede tener el desarrollo del proceso. En estos supuestos, según afirma Jacques Vergés, el abogado pierde el caso, pero gana la causa³³.

33. J. VERGÉS, *Estrategia judicial de los procesos políticos*, trad. Cast., M. T. López, Anagrama, Barcelona, 2.ª ed., 2008, págs. 18 ss.

7. NINGUNA PRUDENCIA SIN INTEGRIDAD

La virtud de integridad del abogado alude a la rectitud moral que debe presidir toda su actividad profesional e irradiar de toda su conducta. Se trata de una virtud ética general con vocación omnicomprendiva, porque debe manifestarse en todos los ámbitos del ejercicio profesional de un buen abogado.

Acorde con esa significación, el art.4 del Código Deontológico de la Abogacía Española, proclama que la confianza y la integridad son exigencias básicas de la prestación de la actividad profesional de la defensa de los intereses y derechos de sus clientes por parte de los abogados. Esa integridad se hallaría defraudada cuando el abogado actuase de forma deshonesta, es decir, cuando prescindiera de sus deberes éticos en el ejercicio de sus funciones forenses.

La integridad del abogado se traduce en el deber de que actúe con la máxima probidad en la mejor defensa de los intereses y derechos de su cliente. Esa integridad, que implica siempre rectitud moral, le obliga a no abusar de su situación en detrimento de la de sus clientes. Este abuso se ha producido, las más de las veces, en la fijación de los honorarios. Se trata de un tema recurrente ante las Comisiones de deontología de los Colegios de Abogados. Muchos clientes presentan impugnaciones de las minutas de honorarios que les presentan sus letrados, por considerarlas abusivas.

Entre las situaciones, que son objeto de reclamación, se hallan la del pago de dictámenes innecesarios, o de gestiones no realizadas por parte del abogado, que sin embargo las incluye en su minuta.

También constituyen una falta de integridad el cobro de comisiones por parte de un letrado, cuando recomienda a su cliente la consulta a otro o a otros. Tema que se conoce con el nombre de "dicotomías" y que se halla prohibido en el arts. 8 y 19 del Código Deontológico de la Abogacía Española. La integridad del abogado le exige a tenerse a los honorarios legal o estatutariamente fijados para cada una de las actividades profesionales que realice, de manera que quede siempre a salvo su honorabilidad.

8. NINGUNA INTEGRIDAD SIN LEALTAD

La virtud moral de la lealtad es siempre una virtud *ad alterum*: la lealtad debe expresarse hacia alguien o hacia algo. El abogado está obligado a mantener su lealtad, de modo especial, hacia sus clientes.

El contrato de defensa está basado en la buena fe y en la confianza mutua de quienes lo suscriben. Se trata de una relación jurídica fiduciaria en la que resulta imprescindible partir de la virtud ética de la lealtad del abogado hacia su cliente. La lealtad implica, por parte del abogado, una actitud inequívoca de defensa del caso que le ha confiado su cliente, sin que dicha actitud pueda estar mediatizada por intereses o presiones de terceros. La lealtad exige, por tanto, que el abogado no se ponga al servicio de intereses que sean contrarios a los de su cliente.

Un supuesto de deslealtad del abogado hacia sus clientes, reiterado en etapas de gran especulación inmobiliaria, es el que hace referencia a aquellos inquilinos o

propietarios, pertenecientes a grupos sociales deprimidos, que para evitar el desahucio u obtener una compensación justa por el hecho de tener que abandonar sus viviendas, contrataron los servicios de determinados abogados. No obstante, esos letrados vendían su servicio a grandes empresas constructoras, en detrimento de los intereses de sus clientes, propiciando desahucios o ventas de las viviendas de éstos, con indemnizaciones o precios notablemente inferiores al valor económico de esos inmuebles según los precios de mercado. Estas actuaciones de deslealtad suelen ser constitutivas de delito, tal como se desprende del estudio realizado por la profesora de la Universidad de Salamanca Ana Isabel Pérez Cepeda³⁴.

En los últimos años, la masificación de la Justicia y consiguiente dilación de los procesos, ha motivado el que se hayan producido denuncias de clientes que entienden que la lentitud en la tramitación de sus pretensiones jurídicas, es responsabilidad de sus abogados por negligencia o deslealtad en la conducción de la defensa de sus intereses. Es evidente que, en la mayor parte de los casos, no incumbe a los letrados la responsabilidad de esas dilaciones. Por ello, se hace necesario que los abogados mantengan puntualmente informados a sus clientes del estado en que se halla la tramitación de los asuntos que se les hayan encomendado y para ello, es conveniente que esa información esté reflejada en escritos o en comunicaciones electrónicas.

9. NINGUNA LEALTAD SIN CONFIDENCIALIDAD

Del deber de lealtad del abogado hacia su cliente se infiere la exigencia de que aquél no revele asuntos o datos que ha conocido a través de su relación profesional con éste. La confidencialidad o secreto profesional se plantea como un derecho y un deber para el abogado.

El derecho se concreta en la facultad que asiste al abogado de no tener que prestar testimonio ni información referente a los hechos o circunstancias que conoce por su ejercicio profesional, aunque se trate de hechos presuntamente delictivos. Este derecho se halla garantizado en el propio art. 24 de la Constitución Española.

El deber de mantener el secreto profesional se halla tipificado en el art. 199 del Código Penal, que castiga a quien revele secretos ajenos de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o relaciones laborales y al profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue secretos de otra persona.

Este derecho/deber de los abogados se halla explicitado en el artículo 542 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que formula el deber de confidencialidad del abogado como la obligación de guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional. Pero junto a este deber, se reconoce al abogado en relación a los secretos profesionales que no podrá ser obligado a declarar sobre los mismos.

Esta regulación ha sido también recogida por el Estatuto General de la Abogacía en su art. 32, donde establece que los abogados deberán guardar secreto de todos

los hechos o noticias que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos. En su art. 34, hace referencia al deber de secreto en las relaciones con los letrados contrarios, exigiendo a unos y otros mantener como materia reservada las conversaciones y correspondencia habidas con el abogado o abogados contrarios, con prohibición de revelarlos o presentarlos en juicio sin su previo consentimiento.

La importancia que en la actitud moral del abogado entraña el deber de confidencialidad, se refleja en el Código Deontológico de la Abogacía, que dedica su artículo 5 al tratamiento de este tema y lo hace de forma extensa y pormenorizada, advirtiéndose en este texto el influjo del Código Deontológico de la Abogacía Europea. El artículo 5 *define* el secreto profesional del abogado como un derecho/deber, que consiste en la confianza y confidencialidad en las relaciones entre cliente y abogado, fundada en el derecho del cliente a su intimidad y a no declarar en su contra, así como en derechos fundamentales de terceros, e impone al abogado el deber y le confiere el derecho de guardar secreto respecto de todos los hechos o noticias que conozca por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, sin que pueda ser obligado a declarar sobre los mismos (apartado 1).

El *contenido* del secreto profesional comprende: las confidencias y propuestas del cliente, las del adversario, las de los compañeros y todos los hechos y documentos de que haya tenido noticia o haya recibido por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional (apartado 2). El abogado no podrá aportar a los tribunales, ni facilitarle a su cliente las cartas, comunicaciones o notas que reciba del abogado de la otra parte, salvo expresa autorización del mismo (apartado 3). Asimismo, las conversaciones mantenidas con los clientes, los contrarios o sus abogados, de presencia o por cualquier medio telefónico o telemático, no podrán ser grabadas sin previa advertencia y conformidad de todos los intervinientes y en todo caso quedarán amparadas por el secreto profesional (apartado 4).

En lo referente a su *ámbito y duración* de su incidencia, el secreto profesional, en caso de ejercicio de la abogacía en forma colectiva, se extenderá frente a los demás componentes del colectivo (apartado 5). En todo caso, el abogado deberá hacer respetar el secreto profesional a su personal y a cualquier otra persona que colabore con él en su actividad profesional (apartado 6). Estos deberes de secreto profesional permanecen incluso después de haber cesado en la prestación de los servicios al cliente, sin que estén limitados en el tiempo (apartado 7).

La detallada y prolija regulación del deber ético de confidencialidad, es consecuencia de la importancia de este postulado deontológico en las relaciones entre el abogado y su cliente y, al propio tiempo, ha sido fruto de la experiencia de una abundante conflictividad sobre las consecuencias prácticas de este deber.

La violación del secreto profesional por parte de los abogados se encuentra muy presente en las normas deontológicas sancionadoras de los Colegios de Abogados y de los megabufetes. Se entiende que esa conducta implica una quiebra de la relación fiduciaria, es decir, del vínculo de confianza que debe existir entre el abogado y su

34. A.I. PÉREZ CEPEDA, *Delitos de deslealtad Profesional de Abogados y Procuradores*, Aranzadi, Pamplona, 2000.

cliente y se estima también que tal violación implica un desprestigio para la corporación de la abogacía en su conjunto.

Especialmente detallado es el régimen sancionador previsto en el Estatuto General de la Abogacía, en el que se establecen sanciones graves y muy graves, en sus artículos 84 y 85. Existe también la posibilidad de aplicar sanciones leves, incluidas en el art.86. Estas sanciones van desde el apercibimiento, a la suspensión temporal del ejercicio de la abogacía. En los casos más graves, la sanción puede llegar a la expulsión del Colegio de Abogados.

10. NINGUNA CONFIDENCIALIDAD SIN JUSTICIA

El derecho/deber de confidencialidad plantea un problema de enorme calado ético: ¿puede mantenerse incluso cuando determinen la resolución injusta de un proceso? Si el secreto profesional es causa directa de daños irreparables para la sociedad o para una persona, surgen fundadas dudas sobre su carácter absoluto e ilimitado. Sobre ello, habrá que recordar la tesis, mayoritariamente admitida en la doctrina y jurisprudencia constitucional, de que ningún derecho, tampoco ningún derecho fundamental, es absoluto e ilimitado. La teoría de la ponderación tiende, precisamente, a elucidar cual debe ser el derecho fundamental preferente cuando existe una colisión entre dos o más derechos.

En el caso del secreto profesional, incluso desde tesis iuspositivistas o profesionalistas, se admite que existen causas que justifican su limitación. Así, en el mencionado art. 5 del Código Deontológico de la Abogacía Española se prevé que: "en los casos excepcionales de suma gravedad en los que, la obligada preservación del secreto profesional, 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".

El secreto profesional no puede mantenerse a costa de la justicia. Las exigencias éticas y los valores, en concreto el valor de la justicia, deben estimarse superiores a la confidencialidad³⁵.

El secreto profesional debe ceder ante la posibilidad de lesionar, de forma irreparable, intereses individuales (condena de un inocente, negación de derechos fundamentales) o intereses colectivos (básicamente los que están reconocidos en los principios y valores constitucionales). En estos casos, ante esos dilemas³⁶, la decisión justa de un proceso exige optar por una limitación del secreto profesional, precisamente, en aras de la justicia.

35. M. ATIENZA, ob. cit., pág. 255, estima que el mencionado art.5.8 del Código Deontológico de la Abogacía, supone una admisión de valores morales en un texto de carácter pretendidamente jurídico. No obstante, estimo que aquí se da también un conflicto entre valores morales, ya que la confidencialidad tiene también un sentido moral, que, en ocasiones, debe subordinarse al valor superior de la justicia.

36. Cfr., A.E. PEREZ LUÑO, "Los conflictos entre derechos fundamentales y sus métodos de resolución", en *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 12.ª ed., págs. 669 ss. (revisada y aumentada).

En el artículo 30 del Estatuto General de la Abogacía, se proclama como fin supremo del ejercicio de la defensa, la consecución de la justicia. Existe, por tanto, una apertura y un reconocimiento, desde los propios textos jurídico-positivos, a una instancia supra positiva: la justicia, que, debe fundamentar y vertebrar todas las instancias en las que se explicita la deontología profesional del abogado.

VII. ÉTICA PROFESIONAL DE LOS JURISTAS Y JUSTICIA

El profesor Manuel Atienza, concluye su ensayo sobre *Ética de las profesiones jurídicas*, con el siguiente texto, en el que se manifiesta partidario de: "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 abogado, el jurista, es desentenderse de la tensión moral que necesariamente caracteriza a las profesiones jurídicas"³⁷. Personalmente, no puedo estar más de acuerdo con este aserto, porque, en cierto modo, tiene la virtualidad de compendiar el sentido que debe asumir cualquier deontología de las profesiones jurídicas.

Mérito incuestionable del ensayo aquí comentado, es el designio resuelto de su Autor a ver claro y a proponer una argumentación clara de un tema, como la ética profesional de los juristas, que, en tantas ocasiones, se ha visto ofuscado por exposiciones grandilocuentes y superficiales, carentes del menor sentido crítico y de cualquier conexión con la realidad. Atienza capta los principales problemas morales, que inciden en el ejercicio de las profesiones jurídicas y propone para ellos pautas de orientación, siempre dirigidas al combate por la justicia en una sociedad democrática.

Mi conformidad esencial con cuanto Manuel Atienza expone en su trabajo, no me exime de plantear aquí algunas observaciones, que más que críticas quieren ser estímulos para que persevere en la indagación de la problemática que en este trabajo aborda.

En primer término, me parece advertir una cierta discontinuidad entre la primera parte de su estudio, donde expone un cuadro muy completo de las distintas modalidades y concepciones de la ética, en relación con los deberes de jueces y fiscales, sin que la mayor parte de esos materiales tengan luego reflejo en el análisis de la actuación profesional de los abogados. Quizás fuera deseable que el mapa de teorías éticas, dibujado en la primera parte, sirviera de guía para conformar el modelo ideal del abogado.

No me siento inclinado a suscribir la tesis sustentada por Atienza, a la que se tuvo ocasión de aludir, según la cual la virtud que corresponde al juez es la independencia, mientras que la propia de los fiscales es la imparcialidad. Estimo, por el contrario, que la independencia y la imparcialidad son dos virtudes inherentes a la actuación

37. M. ATIENZA., ob. cit., pág. 273.

del buen juez. El fiscal es una de las partes del proceso y, por tanto, su actitud es siempre "parcial", aunque se trate de una parcialidad encaminada a la defensa del interés público. Al fiscal le corresponde la defensa de los grandes valores, principios y derechos constitucionales en el Estado de Derecho. Es cometido del fiscal asumir y maximizar la defensa de esos intereses, aunque, en virtud de sus deberes éticos, en su actuación como parte del proceso, no puede incurrir en falsedad, en argumentaciones falaces o en artimañas procesales que impidan la resolución correcta del proceso.

Manuel Atienza prima su interés por el estudio y propuestas sobre los códigos deontológicos de los jueces y fiscales. Se echa de menos que dedique ese mismo interés en lo referente a los códigos deontológicos de los abogados, que tienen peculiaridades propias en las que se manifiestan problemas y dilemas éticos, que revisten especial enjundia.

Por último, Atienza, se adscribe a una posición teórica postpositivista, uno de cuyos ingredientes básicos es el constitucionalismo. De ahí, que hubiera sido de gran interés que su tesis sobre la deontología de los abogados, como profesión de riesgo moral, se hubiese enfocado *sub specie constitutionis*, es decir, que esa tesis se hubiese asumido y se hubiera puesto en relación con los valores constitucionales y los derechos fundamentales del Estado de Derecho.

En cualquier caso, estas propuestas teóricas no son sino sugerencias marginales, que en nada inciden en la valoración decididamente positiva que esta obra me merece. Pienso, que por tratarse de una temática actual, abierta y controvertida, a los argumentos avanzados por Atienza se opondrán otros y que no faltarán criterios dispares para enfocar estas cuestiones. Pero ello, no hará sino subrayar la importancia incuestionable que asume la ética en el ejercicio de las profesiones jurídicas, para las que no puede ser concebida como un lujo o un ornamento, sino como una necesidad para todo jurista que quiera desarrollar su actividad de forma consciente y responsable.