

EL DISCRETO ENCANTO DE LA SEGURIDAD JURÍDICA
Apuntes para una reconstrucción unitaria de la ética de los juristas

THE DISCREET CHARM OF LEGAL CERTAINTY

Notes for a unitary reconstruction of Lawyers' Ethics

RICARDO GARCÍA MANRIQUE
Universidad de Barcelona

Fecha de recepción: 30-9-07
Fecha de aceptación: 23-10-07

Resumen: *La ética profesional de los juristas se ha configurado como una ética múltiple que no permite dar cuenta de la unidad de la profesión jurídica ni de su común orientación moral. Aquí se propone una reconstrucción unitaria de la ética jurídica profesional a partir del valor que cabe atribuir a la seguridad jurídica y del vínculo de la labor de todos los profesionales del derecho con la misma.*

Abstract: *Professional ethics of lawyers has been shaped as a multiple ethics, thus making difficult to show the unity of the legal profession and its common moral orientation. This article suggests a unitary reconstruction of legal ethics resting on the value of the rule of law and on the connection between the rule of law and the professional responsibilities of all kinds of lawyers.*

Palabras clave: seguridad jurídica, ética profesional, abogados
Keywords: rule of law, legal ethics, lawyers

1. EL PROBLEMA: LA INSOLVENCIA DE UNA ÉTICA PROFESIONAL MÚLTIPLE

Una característica peculiar de la ética profesional de los juristas es que, a diferencia de la propia de otros ámbitos profesionales, no tiene carácter unitario, de manera que sus normas no se formulan con carácter general para todos los que se dedican al derecho. No hay *una* ética jurídica profesional, sino varias, tantas incluso como profesiones jurídicas hay. El caso más claro y



más importante es el de la articulación separada de la ética profesional para jueces y para abogados, aunque no es extraño oír hablar de la ética profesional de los notarios, de los registradores o de los fiscales (y podríamos seguir), en una multiplicación que puede concederse excesiva pero que resulta comprensible: si no hay una ética común a todas las profesiones jurídicas, cada una de ellas tenderá a formular la suya propia. Esta tendencia a la multiplicidad queda reflejada en el nombre más habitual que recibe la asignatura correspondiente en aquellas Facultades de Derecho que se han animado a incluirla en sus planes de estudio: “Ética de las profesiones jurídicas”. Es posible apreciar aquí un intento de alejarse, mediante el cambio de nombre, de la forma tradicional de abordar y enseñar la deontología en nuestro país, por lo general considerada rancia, retórica y complaciente; pero el hecho de optar por una denominación plural es buena señal de que se pretende dar cuenta de la particular ética de cada una de las profesiones jurídicas y no de una ética común a todas ellas.

Esta multiplicidad de la ética de las profesiones jurídicas tiene su razón de ser en los distintos roles que los profesionales pueden asumir en la práctica del derecho, y en que tales roles son realmente muy distintos, como lo muestra, de nuevo, el contraste entre el abogado y el juez. En este sentido, no debe sorprender que uno y otro estén sometidos a normas deontológicas diferentes; pero sí llama la atención el hecho de que no haya normas deontológicas comunes a todo el grupo profesional, siempre y cuando se admita, como creo que debe hacerse, que de un grupo profesional hablamos cuando nos referimos a todos los que se dedican al derecho, habiendo todos ellos recibido una educación superior común, hablando un mismo lenguaje y dedicándose conjuntamente a la creación, interpretación y aplicación de las normas jurídicas. Profesiones jurídicas son, para Liborio Hierro, “aquellas cuya actividad habitual consiste en la elaboración técnica de normas jurídicas, su aplicación y la prevención y resolución de conflictos jurídicos”¹. Y, de acuerdo con Cotterrell, podemos identificar socialmente a los juristas como grupo profesional unitario a partir de tres ideas: la idea del sentimiento comunitario de la profesión jurídica, vinculada por valores e intereses comunes; la idea de orientación al servicio más que al beneficio; y la idea de un conocimiento especializado y de una capacitación específica². Si en verdad los ju-

¹ L. HIERRO, “Las profesiones jurídicas: una visión de conjunto”, *Sistema*, núm. 137, 1997, pp. 27-44, p. 30.

² R. COTTERRELL, *Introducción a la sociología del derecho*, Ariel, Barcelona, 1991, p. 159.



ristas forman un grupo profesional distinto de otros, entonces resulta que una ética profesional múltiple es insolvente porque no permite orientar su práctica profesional como juristas. Ofrecerá pautas para orientar el trabajo de los abogados o de los jueces o de los fiscales pero no pautas para orientar el trabajo de todos ellos en tanto que juristas y, por tanto, tampoco pautas para diferenciar el trabajo de todos ellos del trabajo de otros profesionales ajenos al mundo del derecho. En definitiva: si la profesión jurídica es en verdad una profesión, entonces tiene que existir una ética profesional común a todos los juristas, y si ésta no existe, entonces no resulta tan evidente que los juristas constituyan una profesión, porque es difícil determinar a qué fines se orienta su trabajo.

Nos encontramos, pues, con un dilema: si la ética profesional de los juristas es múltiple, parece no dar cuenta de los rasgos comunes a todas las profesiones jurídicas y ofrece una imagen de éstas que no se corresponde con la cercanía apreciable entre las prácticas que unos y otros desarrollan; por el contrario, si la ética profesional de los juristas es unitaria, parece que no estamos en condiciones de dar cuenta de las visibles diferencias que separan esas mismas prácticas³. Lo que propongo a continuación es una posible vía de disolución del dilema, una vía que es fácil de imaginar: se trata de explorar la posibilidad de formular una ética profesional común a todos los juristas que, a la vez, pueda adaptarse a las peculiaridades de cada una de las profesiones jurídicas. Se trata, en definitiva, de reiterar en el seno de la ética profesional de los juristas la relación que existe entre la ética general y la ética profesional. Suponiendo que la ética debe ser única, la ética profesional debe concebirse como una especificación de la ética general, una adaptación de ésta a roles sociales específicos. Del mismo modo, tendría que ser posible formular una ética profesional unitaria para los juristas, especial respecto de la ética general, pero general respecto de las más específicas éticas de cada una de las profesiones jurídicas⁴.

³ Véase M. LA TORRE, "Juristas, malos cristianos. Abogacía y ética jurídica", *Derechos y libertades*, núm. 12, 2003, pp. 71-108, para una presentación dilemática similar, en este caso aplicada en particular al problema de la ética profesional de los abogados.

⁴ Así, por ejemplo, escribe Atienza: "que es única [la moral] significa que los principios de la moral son los mismos para todos los campos de actividad. Lo que hay es una modulación de estos mismos principios [en las morales profesionales]". M. ATIENZA, "Ética judicial: ¿Por qué no un código deontológico para jueces?", *Jueces para la democracia*, núm. 46, 2003, pp. 43-46, p. 44.

2. ÉTICA PROFESIONAL O DEONTOLOGÍA

Antes de continuar, conviene hacer alguna precisión en relación con el uso de los términos “ética profesional” y “deontología”. Llamo “ética profesional” al conjunto de normas morales que regulan el ejercicio de una profesión, es decir, el conjunto de normas morales que se dirigen a las personas en tanto que ejercientes de una profesión. Por tanto, ética profesional equivale a “moral profesional” y usaré ambos términos como sinónimos. En cambio, reservaré el término “deontología (jurídica)” para ciertas normas jurídicas que regulan el ejercicio de una profesión (jurídica). Por supuesto, puede y debe haber relaciones entre la ética profesional y la deontología, pero conviene diferenciar ambas cosas. Por una parte, no todas las normas que se llaman deontológicas tienen carácter moral, de manera que la deontología no equivale a la parte juridificada de la ética profesional, pero sí la incluye, si suponemos que todas las normas juridificadas de la ética profesional caen dentro de la deontología. Distinguir entre la parte moral y la parte no moral de la deontología es cuestión que no debe preocuparnos ahora. Por otra parte, no todas las normas de la ética profesional han de convertirse en normas deontológicas, es decir, en normas jurídicas. De lo contrario, un buen profesional del derecho no se distinguiría de un profesional del derecho que cumple con las normas jurídicas vigentes, y una de las cosas que quiero hacer en este trabajo es trazar esa distinción, precisamente porque no siempre se admite su existencia. Por el momento, pondré un ejemplo cinematográfico que muestre a qué me estoy refiriendo.

En *Matar a un ruiseñor*, la película de 1962 dirigida por Robert Mulligan, el abogado Atticus Finch (Gregory Peck), hace, entre otras cosas, las siguientes: no cobra a un cliente pobre; se encarga de la difícil y gratuita defensa de otro cliente pobre; se encarga de la defensa de ese cliente a sabiendas que dicha defensa le quitará tiempo para dedicarse a otros pleitos más rentables y le enemistará con sus vecinos; visita la casa de la familia de su defendido para contarles como va el pleito; hace guardia en la puerta del calabozo para evitar que su defendido sea linchado por los vecinos; se abstiene de responder de cualquier forma a un vecino que le escope en la cara. Es posible, desde luego, calificar estas acciones como las propias de un buen hombre, pero también es posible calificarlas, todas o algunas de ellas, como las propias de un buen abogado. Y, sin embargo, parece que, en cualquier caso, ninguna de ellas debería serle exigible jurídicamente a un abogado. Pues bien, si estoy en lo cierto y al menos algunas de las acciones de Atticus Finch son las propias no sólo de un buen hombre sino, en particular, de un buen abogado, en



tonces podemos entender por qué la ética profesional es algo más que lo que las normas jurídicas pueden exigirle a un profesional del derecho.

No tengo, adviértase, especial interés en reservar el término “deontología” para ciertas normas jurídicas, lo único que quiero es precisar el objeto del que quiero hablar. Liborio Hierro, en cambio, después de constatar que en lo que se llama deontología se incluyen normas morales tanto como no morales, entiende que es “aconsejable reducir la deontología a su aspecto ético, si bien algunas normas deontológicas se traducirán en normas jurídicas, otras coincidirán con costumbres profesionales de carácter moral, y otras podrán formularse exclusivamente como normas de carácter moral”⁵. Si así hiciéramos, la deontología equivaldría a la ética profesional, pero al precio de discrepar de la idea de la deontología que parecen tener los colegios profesionales. Así por ejemplo, el Preámbulo del Código Deontológico de la Abogacía Española, de 2002, establece que “como toda norma [sic], la deontológica se inserta en el universo del derecho”. Dejando de lado el error evidente que contiene la primera parte de la frase, está claro que para el Consejo General de la Abogacía Española las normas deontológicas son siempre normas jurídicas, algo que no se compadece con una afirmación como la de Atienza que habla de un “código sin sanciones (como tendría que ser un código de ética judicial)”⁶. Desde luego, podríamos seguir el criterio de Hierro y Atienza y hablar de deontología como ética profesional pero, dado que disponemos de ambos términos, he preferido usarlos para designar cosas diferentes, siendo la deontología una parte del derecho de contenido diverso y siendo la ética profesional una parte de la ética que puede incorporarse al derecho en alguna medida.

Sentado lo anterior, sólo me queda añadir que la ética profesional es aquí concebida como una ética aspiracional o de la excelencia o de máximos, y no como una ética del deber o de mínimos⁷. Me parece que la ética profesional es más interesante si se formula en estos términos, es decir, si permite formar el ideal de un buen profesional y no sólo dar cuenta de los deberes mínimos que pueden exigírsele⁸. Es más interesante porque permite com-

⁵ L. HIERRO, “Las profesiones jurídicas...”, cit., p. 41.

⁶ M. ATIENZA, “Ética judicial...”, cit., p. 45.

⁷ L. L. FULLER, *The Morality of Law*, Yale University Press, 1969, cap. I, recoge esta distinción, de donde yo la tomo, aunque por supuesto se trata de una distinción muy antigua.

⁸ Véase G. H. V. WRIGHT, *Norma y acción. Una investigación lógica*, Tecnos, Madrid, 1970, pp. 32-34, sobre la noción de reglas ideales y su utilidad para definir lo que ha de entenderse por un buen profesional.

prender el sentido de la actividad profesional, cosa que la ética mínima no permite, pero además porque estos deberes mínimos sólo pueden determinarse a partir de la identificación previa de ese ideal del buen profesional.

3. LA PROPUESTA: UNA ÉTICA DE LA SEGURIDAD JURÍDICA

En máxima síntesis, podemos decir que la ética profesional de los juristas debe ser la ética de la seguridad jurídica, esto es, una ética que consiste en la obligación única de maximizar el nivel de seguridad jurídica en la comunidad política en la que los juristas actúan. Trataré de argumentar a continuación por qué la ética profesional de los juristas debe ser concebida de este modo.

El derecho es una práctica social que puede ser comprendida de manera cabal por referencia al valor al que sirve. Es este valor al que se orienta la práctica el que permite entender cuál es su sentido, un sentido que se pierde si la práctica trata de definirse con independencia de dicho valor. Esta idea la expone de manera impecable Gustav Radbruch en los primeros capítulos de su *Rechtsphilosophie* y en ella abunda en otros trabajos tardíos hoy quizá más conocidos. Esta conexión entre el derecho y el valor al que sirve se expresa mediante la “idea del derecho”, que expresa lo que el derecho debe ser, por contraste con el “concepto del derecho”, que expresa lo que el derecho es⁹.

La pauta valorativa básica del derecho es la justicia, por tanto elemento central de la idea del derecho. Esto significa que el derecho es una práctica social orientada a la realización de la justicia, definida por dicha orientación, de manera que el derecho no puede comprenderse sino en conexión con ella. Conviene avisar de que esta conexión no compromete con una concepción no positivista del derecho, dado que sólo se está afirmando que el derecho debe ser justo, no que lo sea necesariamente en alguna medida. De hecho, la tesis positivista clásica, en su versión más sencilla y aceptable, se limita a constatar la distinción entre el derecho que es y el derecho que debe ser, una distinción que sólo tiene sentido si se cree que el derecho en efecto debe ser algo, y que significa que el derecho debe ser justo pero que no siempre lo es.

⁹ G. RADBRUCH, *Filosofía del Derecho*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933, caps. 1 y 4 (hay una reedición más reciente en Comares). G. RADBRUCH, *Introducción a la filosofía del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1974). Puede verse también mi trabajo “Radbruch y la seguridad jurídica”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXI, 2004, pp. 261-286.



La ética profesional de los juristas debe ser, en consecuencia, una ética de la justicia, pues es a la justicia a la que debe servir la realización social del derecho y, por tanto, el desempeño de actividades jurídicas. Sin embargo, y dado que el instrumento diseñado socialmente para la realización de la justicia es el derecho, la ética profesional de los juristas no puede ser, sin más, una ética de la justicia, como lo sería la de cualquier individuo que se proponga actuar justamente. Ha de ser una ética de la justicia a través del derecho, de manera que, en principio, a los juristas no les corresponde lidiar de manera directa con cuestiones de justicia sino con cuestiones de derecho. La relación inmediata entre lo justo y lo social queda para los ciudadanos o, si se quiere, para sus representantes legisladores y, en cambio, para los juristas queda la realización social de la justicia mediada por el derecho.

Por tanto, la función social de los juristas consiste en la realización de la justicia por medio de la realización del derecho. El derecho debe ser visto como un diseño de sociedad justa que debe llevarse a la práctica, y es la complejidad de ese diseño y de su puesta en práctica la que requiere de la existencia de una profesión especializada, la profesión jurídica en toda su extensión y diversidad. El origen democrático del derecho, expresado en la Constitución y en la subordinación jerárquica del resto de las normas, no hace sino mostrar con mayor claridad que el derecho es el plan de sociedad justa adoptado por la comunidad política, un plan que debe ser ejecutado profesionalmente por los juristas. De manera que la excelencia de la profesión jurídica en su conjunto se medirá por su capacidad para lograr la eficacia del derecho, es decir, su éxito o su triunfo.

En este momento podemos introducir ya la noción de seguridad jurídica, porque ella expresa el grado de eficacia de un sistema jurídico¹⁰. Una sociedad disfruta de un grado tanto mayor de seguridad jurídica cuanto mayor es la eficacia de las normas jurídicas, porque, en tanto que normas, su eficacia no es sino su capacidad para guiar la conducta de los ciudadanos mediante la previsión de las conductas de los demás ciudadanos y, sobre todo, del poder público. Y la conexión entre la seguridad jurídica y la justicia, en lo que ahora importa, es ésta: la seguridad jurídica es la realización social de la justicia si las normas jurídicas son justas, o en la medida en que sean justas. Por eso, la ética profesional de los juristas es la ética de la seguridad jurídica, porque ésta expresa el grado de realización de la justicia a través del derecho.

¹⁰ Para esta concepción de la seguridad jurídica en términos de eficacia me remito a mi libro *El valor de la seguridad jurídica*, Fontamara, México, 2007, cap. VI.



Lo dicho hasta aquí vale con carácter general para todos los juristas, con independencia de la concreta profesión que desempeñen. En particular vale también para los abogados. El carácter contradictorio del proceso o el carácter particular o privado de los intereses a defender por los abogados no deben impedir la observación de que todo profesional del derecho, en tanto que tal, define su función por su aporte a la consecución de la eficacia del derecho. Eso sí: bien puede ser que el modo en que cada profesión jurídica sirve a la seguridad jurídica sea distinto, o exija o permita comportamientos diferenciados; sobre este punto volveremos más adelante.

La ética profesional de los juristas pende, pues, de la justicia del derecho. Si el derecho es justo, las actividades que se orientan a su realización (a su eficacia, a la seguridad jurídica) tendrán una justificación moral y, por tanto, será posible elaborar una ética profesional. Si el derecho no es justo, o en la medida en que no lo es, colaborar profesionalmente en su realización no puede ser una actividad justificable desde un punto de vista moral, ni será posible elaborar una ética profesional porque la consecución de fines inmorales (injustos) que se derivaría del ejercicio profesional impediría calificar a éste como éticamente correcto en ningún sentido. Por eso, la ética profesional de los juristas es una ética de la seguridad jurídica condicionada a que ésta exprese un estado de cosas justo, es decir, la seguridad jurídica no puede justificar éticamente el ejercicio profesional en todo caso, sino sólo cuando el derecho es justo.

Pero la justicia del derecho, obvio es decirlo, es una cuestión de grado. Es difícil imaginar un sistema jurídico que no contenga normas injustas (y más difícil todavía uno que no contenga normas justas). Por eso, en tanto que todos los sistemas jurídicos conocidos contienen normas injustas, o en tanto las contengan, la ética profesional de los juristas es siempre problemática en esa medida, porque la actividad jurídica profesional servirá parcialmente a la consecución de la injusticia, esto es, a la consecución de ciertos fines inmorales¹¹. También por eso, ahora en tanto todo sistema jurídico parece contener algunas normas justas, siempre parece haber un lugar para la ética profesional,

¹¹ Por cierto, que la ética profesional de los juristas es siempre problemática también por otra razón, a saber, la cuestionable moralidad del recurso a la coacción propio de todo sistema jurídico y la inevitable imperfección de los mecanismos de aplicación del derecho, que llevan a aconsejar que “un punto de mala conciencia” forme parte de la actitud ética no sólo de los jueces, como sugiere Perfecto Andrés, sino de todos los juristas (P. ANDRÉS, “Para una ética positiva del juez”, en Id., *En torno a la jurisdicción*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2007, p. 58). La cuestión es importante pero no me ocuparé de ella aquí.



incluso en sistemas jurídicos gravados por un alto grado de injusticia. No mucho más puede decirse a este nivel general sobre la cuestión, salvo, acaso, proponer un criterio como el siguiente: dado que el derecho expresa siempre un deber ser respecto de la realidad social, es decir, dado que el derecho es la expresión de un mundo siempre distinto de la realidad social, podemos establecer una comparación entre el mundo social (realmente existente) y el mundo jurídico (el expresado por las normas vigentes) y, a partir de ella y según su resultado, determinar si la actividad jurídica es moralmente deseable. Si el mundo jurídico (ideal) es más justo que el mundo social (real), entonces la ética profesional de los juristas tiene sentido, porque puede valorarse moralmente su actividad profesional en la medida en que contribuye a aumentar el nivel de justicia del mundo social. Por tanto, es posible concebir la ética profesional como ética de la seguridad jurídica cuando el mundo jurídico es moralmente superior al mundo social porque, en este caso, contribuir al incremento de la seguridad jurídica es actuar moralmente, es mejorar moralmente el mundo. En la superioridad moral del derecho sobre la realidad, de la eficacia de las normas jurídicas sobre su ineficacia, encontramos la fuente de la nobleza o dignidad de la profesión jurídica.

Por supuesto, la manera de plantear la cuestión en el párrafo anterior es tosca y muy general y, sobre todo, no elimina conflictos morales particulares que de forma inevitable surgen en la actividad jurídica cotidiana. No todo ejercicio de una profesión jurídica en el seno de un sistema jurídico mínimamente justo (es decir, reitero, más justo que la realidad) es una actuación moralmente justificable. Es decir, el resultado positivo del test de justicia mínima del sistema no autoriza cualquier actividad profesional en su seno. Así, bien puede ser que el nivel de justicia de los distintos sectores del sistema jurídico sea muy diferente y que, en consecuencia, sea moralmente legítima la labor en algunos de ellos y no lo sea en otros. Por ejemplo, un profesional del derecho alemán de los años treinta del pasado siglo puede observar que su trabajo como fiscal especializado en la aplicación de las Leyes de Nuremberg de 1933 no es moralmente aceptable, porque conducirá a la grave sanción de conductas perfectamente lícitas desde un punto de vista moral (como las relaciones íntimas entre una mujer aria y un hombre judío, castigadas duramente por dichas leyes), una grave sanción cuya injusticia no queda compensada por la supuesta justicia que deriva del mantenimiento genérico del imperio de la ley en su país, un fin abonado por el regular cumplimiento de esas leyes particulares. En un caso como éste, no cabe re-



currir a la ética profesional como justificación del desempeño de sus funciones, porque un obrar que conduzca a un resultado inmoral no puede ser un obrar moralmente correcto desde ningún punto de vista, es decir, una profesión cuyo desempeño genera males morales no es una profesión que pueda estar sujeta a una ética. Ahora bien, este fiscal puede decidir dedicarse a otro sector del ordenamiento jurídico alemán no tan contaminado de injusticia, o incluso dedicarse a ejercer la abogacía en ese tipo de procesos, defendiendo a ciudadanos acusados de violar las leyes raciales para evitar que sean condenados quienes en verdad no las han incumplido. De manera que, si recordamos *El juicio de Nuremberg*, la gran película de Stanley Kramer (también llamada entre nosotros *Vencedores o vencidos*), nuestro jurista no puede estar cubierto por la ética profesional si ejerce como fiscal en el caso Feldenstein, un caso en el que el Sr. Feldenstein, judío, es acusado injustamente de haber mantenido relaciones con Irene Hoffman, aria; y no sólo porque la acusación sea infundada, también si hubiera tenido fundamento. En cambio, si hubiera ejercido como defensor de Feldenstein, para evitar una condena no sólo injusta sino también ilegal, su acción hubiera estado plenamente justificada por la ética profesional. El ejemplo puede complicarse mucho más, y las dudas ético-profesionales de este jurista alemán ir mucho más allá, pero aquí basta con hacer notar que los juristas están siempre sujetos a este género de dudas y que deben resolverlas antes de sentir que su quehacer está cubierto por la ética profesional.

La ética profesional de los juristas como ética de la seguridad jurídica puede comprenderse mejor con una referencia a la idea de la moral interna del derecho propuesta por Lon Fuller en los años sesenta¹². De acuerdo con el que fue profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard, podemos distinguir dos morales en relación con el derecho, una externa y otra interna. La moral externa la podemos hacer corresponder sin mayores precisiones con la justicia de las normas jurídicas. La moral interna, a su vez, consiste en un conjunto de cualidades que el derecho debe reunir para ser eficaz. Cuando Fuller se dispone a enunciar esas cualidades, sigue una larga tradición que, por lo menos, va desde Bodino hasta Bentham, pasando por Hobbes, Locke o Montesquieu, todos los cuales propusieron criterios que deben seguirse para que las normas jurídicas posean eso que después Pérez Luño ha llamado corrección estructural y funcional del derecho¹³. Sin em-

¹² L. L. FULLER, *The Morality of Law*, citado.

¹³ A. E. PÉREZ LUÑO, *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1991.



bargo, elijo a Fuller por la claridad y detalle con que expone su propuesta y por dos características de su moral interna del derecho en las que insiste reiteradamente: su moralidad y su vinculación con la existencia y la eficacia del derecho¹⁴. Diré una palabra sobre cada una de ellas.

En cuanto al carácter moral de la moral interna del derecho, y sin que ahora quepa un análisis extenso (que ya realicé en otro lugar¹⁵), vale con señalar que dicho carácter moral deriva de los presupuestos sustantivos que Fuller adjudica a todo sistema jurídico y que, una vez admitidos, hacen que la realización de todo sistema jurídico genere cierto nivel de respeto por la dignidad y autonomía de todos los ciudadanos. Más allá de eso, al respeto por la moral interna del derecho le atribuye Fuller el beneficioso efecto de generar normas más justas (porque, por ejemplo, la claridad y la publicidad de las normas se compadecen mejor con las normas justas que con las injustas). No estoy de acuerdo ni con una cosa ni con la otra, esto es, no creo que quepa atribuir a todo sistema jurídico esos presupuestos sustantivos que Fuller supone, ni que el respeto por la moral interna del derecho predisponga a la creación de normas justas; y, por eso, no estoy de acuerdo con atribuir valor moral a la moral interna del derecho en todo caso. Sin embargo, sí creo que, una vez determinado que un sistema jurídico particular aspira a un cierto nivel de justicia, la moral interna del derecho adquiere el carácter de una moral profesional, en la medida en que la corrección estructural y funcional del derecho a la que sirve es la garantía de esa justicia presente en sus normas.

En cuanto a la vinculación de la moral interna del derecho con la eficacia de las normas jurídicas y, por tanto, con su misma existencia, creo que Fuller la demostró de manera consistente. El respeto por la moral interna del derecho es condición necesaria de la buena formulación y funcionamiento del sistema jurídico, y la falta de respeto por sus exigencias genera no sólo un mal sistema jurídico técnicamente hablando sino, en última instancia, y si esa falta de respecto es extensa y profunda, la inexistencia del sistema jurídico y, con ello, el fracaso de sus fines. De manera que las exigencias de la moral interna del derecho no son negociables para el jurista: si no las respeta, falta a su deber porque destruye el derecho.

¹⁴ Véase R. ESCUDERO ALDAY, *Positivismo y moral interna del derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2000 y, del mismo, y sobre el interés de la obra de Fuller, "Argumentos para la recuperación de la teoría de Lon L. Fuller", *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo XIX, 2002, pp. 309-331.

¹⁵ *El valor de la seguridad jurídica*, cit., cap. V.



Los ocho elementos o exigencias de la moral interna del derecho son éstos: generalidad, claridad, irretroactividad, coherencia, publicidad, posibilidad de cumplimiento y estabilidad de las normas; y congruencia entre las normas establecidas y los actos de aplicación de las mismas. En principio, los siete primeros sirven a la corrección estructural del derecho, en tanto que el octavo sirve a su corrección funcional. Pero, a la larga, todos sirven de manera conjunta tanto a una como a otra: por un lado, la corrección funcional depende de la corrección estructural, porque no es posible aplicar bien normas que están mal formuladas; por otro lado, la corrección estructural depende de la funcional, porque la formulación correcta de nuevas normas depende a menudo de la correcta aplicación de normas ya existentes, y porque la dotación de sentido a las normas, que puede ser juzgada según la corrección estructural, se produce casi siempre en el proceso de su aplicación, regida por la corrección funcional.

Ahora podemos ver por qué la ética profesional aquí propuesta es una ética de la aspiración y no del deber, del mismo modo en que la moral interna del derecho lo es. En efecto, sus exigencias nunca pueden ser satisfechas por completo, porque se trata de reglas ideales de formulación y aplicación normativa. Por eso, pero también porque, al menos algunas de ellas, son exigencias de satisfacción ponderada o prudente, dado que su exasperación podría dificultar el objetivo final de la consecución de normas justas. Es fácil comprobar que, llevadas al extremo, la irretroactividad o la estabilidad son contraproducentes; o, también, que la máxima generalidad es enemiga de la claridad o de la aplicación congruente. Por eso, entendida como moral profesional, la moral interna del derecho requiere del jurista siempre un ejercicio de reflexión y de flexibilidad y no un respeto mecánico ni riguroso.

La ética de la seguridad jurídica, pues, es una ética unitaria para todos los juristas. Todos ellos deben orientar su actividad de manera que redunde en la mayor eficacia del sistema jurídico, aumentando así el grado de seguridad jurídica socialmente disponible. Para ello, deben respetar de la manera indicada las exigencias de la corrección estructural y funcional del derecho, o de la moral interna del derecho. Y esto, me parece, vale para todas las profesiones jurídicas en su ejercicio cotidiano. No es una ética para héroes del derecho ni para situaciones excepcionales, sino para todos los juristas y para su trabajo de cada día. Se trata, desde luego, de una ética que está en buena parte incorporada al derecho vigente (unas exigencias más que otras, pero todas en alguna medida) pero que no puede serlo íntegramente, primero



por su carácter aspiracional, segundo por su necesaria aplicación ponderada, y tercero porque está dirigida a actos profesionales de todo tipo llevados a cabo por todo tipo de juristas, una variedad que el derecho difícilmente puede controlar.

En definitiva, el derecho vigente debe ser concebido como un plan de acción social, y la seguridad jurídica como la expresión de su éxito; los profesionales del derecho son los técnicos encargados de la ejecución cotidiana del plan, y su ética profesional vendrá determinada por su compromiso con dicha tarea. Ahora bien, sólo si el plan merece la pena desde un punto de vista moral podrá la labor jurídica ser calificada como moralmente valiosa, y sólo en ese caso el compromiso de los juristas con su función podrá generar una auténtica ética profesional, en particular una ética de la justicia realizada a través del derecho.

4. EL CASO ESPECIAL DE LOS ABOGADOS

Una ética como la propuesta parece fácil de asumir por buena parte de los profesionales del derecho, digamos por todos aquellos que son servidores públicos, como jueces, fiscales, secretarios, registradores o notarios. Por ejemplo, encaja bien con la ética judicial sugerida por Atienza, aun sin usar los mismos términos, cuando escribe que “un código deontológico ha de tener como objetivo regular una profesión con el objetivo de fomentar la excelencia entre quienes la ejercen porque (y en la medida que) de esa forma se incrementan también los beneficios de los usuarios de la administración de justicia y mejora en su conjunto el funcionamiento del sistema jurídico”¹⁶.

La cosa, en cambio, no es tan sencilla para los abogados, y eso al menos por tres motivos: uno es que su tarea esencial parece consistir en la representación y defensa de intereses privados y no públicos, es decir, la representación y defensa de los intereses de sus clientes y no de los intereses del sistema jurídico o de la comunidad; el segundo es que los abogados son profesionales de ejercicio libre, a diferencia de todos los demás (salvo los procuradores, de los que no nos ocuparemos aquí expresamente, pero para los que vale, *mutatis mutandis*, todo lo que se dice sobre los abogados), lo cual implica que, salvo excepciones, pueden elegir a sus clientes; y el tercero es que, en parte como consecuencia de los dos motivos anteriores, la abogacía

¹⁶ M. ATIENZA, “Ética judicial...”, cit., p. 46.



es una actividad profesional cada vez más diversificada, y en esto también diferente de otras profesiones jurídicas. Los dos primeros motivos son claros y no requieren de momento mayor comentario, a salvo quizá de éste: son dos motivos diferentes, con consecuencias diferentes. En efecto, una cosa es que los abogados representen y defiendan intereses particulares y otra cosa es que los abogados puedan decidir qué intereses particulares van a representar y defender. Es cierto que la deontología al uso insiste en que la independencia del abogado es esencial para la buena representación y defensa de los intereses del cliente, y en que esa independencia sólo es posible si la abogacía se ejerce en las condiciones de las profesiones privadas liberales; es decir, que los dos primeros motivos que dificultan la aplicación a la abogacía de una ética profesional unitaria son en realidad uno solo. Sin embargo, no acabo de ver que ése sea un vínculo necesario y más bien tiendo a pensar que las condiciones de independencia en que se ejerce una profesión no están, o no sólo están, en función de que ese ejercicio sea privado o público. El ejemplo lo ofrecen otras profesiones, jurídicas y no jurídicas, que se ejercen en régimen privado y en régimen público y en las que no parece posible afirmar que el régimen privado garantice la independencia mejor que el régimen público; es más, en algunos casos resulta más cierto lo contrario, es decir, el régimen público garantiza la independencia mejor que el privado. En lo que se me alcanza, no veo posible establecer una regla general al respecto, porque creo que la independencia profesional no depende tanto de que el régimen profesional será público o privado cuanto de a qué particular régimen, sea público o sea privado, está sometido el ejercicio de determinada actividad. Y esto vale, creo, para la medicina y para la enseñanza, pero también para la judicatura, la notaría o el registro. Reitero, por tanto, que una cosa es que los abogados sean profesionales liberales que eligen libremente sus clientes y otra cosa distinta es que los abogados sean profesionales que deben representar y defender intereses privados.

El tercer motivo al que me he referido es el hecho de la diversificación de los abogados. No hay ninguna profesión jurídica que presente un grado de diversidad siquiera aproximado al de la abogacía, un gremio para el que cada vez es menos adecuada la imagen de comunidad profesional. Cotterrell, después de haber identificado esta imagen con los rasgos más arriba apuntados (que aquí han sido utilizados para caracterizar a la profesión jurídica en su conjunto), pasa a cuestionarla, haciendo notar que incluso en el caso de una profesión jurídica formalmente unificada como la de Estados



Unidos, dicha profesión “consiste de hecho en los diversos estratos diferenciados de grandes firmas, grupos de abogados y profesionales individuales, entre los que casi no existen relaciones sociales y profesionales, dejando a un lado la distinta posición del pequeño pero creciente número de juristas que trabajan para el gobierno o las empresas”¹⁷. Cabe añadir, de paso, que esta diversidad ayuda a comprender por qué el régimen privado del ejercicio de la abogacía no garantiza necesariamente su independencia: ahí están, para mostrarlo, los abogados de empresa o los abogados asalariados de despachos grandes o medianos, porque ni unos ni otros gozan de independencia a la hora de elegir sus clientes ni, sobre todo, a la hora de elegir el modo en que van a representar y defender sus intereses.

En su conjunto, los tres factores reseñados dificultan, y mucho, la posibilidad de concebir unitariamente la profesión de la abogacía y, con mayor motivo, la profesión jurídica, así que esos mismos factores dificultan la formulación de una ética jurídica profesional unitaria, o incluso de una deontología unitaria sólo para abogados, empresa menos ambiciosa pero hoy por hoy ya de por sí ciertamente complicada, como ha puesto de manifiesto Fred Zacharias en un trabajo en el que identifica hasta nueve imágenes distintas de los abogados, todas ellas descriptivas de la realidad actual de la profesión y todas ellas relevantes de cara a la prescripción de normas deontológicas (es decir, ninguna de ellas prescindible a la hora de llevar a cabo dicha tarea reguladora con posibilidades de éxito)¹⁸. Aquí dispararemos por elevación y trataremos de mostrar que los abogados pueden y deben estar sometidos a la misma ética profesional que los demás juristas, atendiendo a la primera de las objeciones presentadas, la de su dedicación a la representación y defensa de intereses privados, y añadiendo después algo más en relación con las otras dos objeciones.

Las propuestas para una ética profesional de los abogados suelen situarse en un eje cuyos extremos pueden denominarse, siguiendo la indicación de La Torre, ética liberal y ética comunitarista¹⁹. No sin cautelas, desde luego, porque la referencia al liberalismo y al comunitarismo podría inducir a errores y confusiones. Podríamos hablar, para designar los extremos del eje, de una ética de rol y de una ética de servicio público, términos ilustrativos pero también problemáticos. De manera inmediata, el partidario de una éti-

¹⁷ R. COTTERRELL, *Introducción a la sociología del derecho*, cit., p. 160.

¹⁸ F. ZACHARIAS, “The Images of Lawyers”, *Georgetown Journal of Legal Ethics*, núm. 20, 2007, pp. 73-100.

¹⁹ M. LA TORRE, “Juristas, malos cristianos. Abogacía y ética jurídica”, cit., p. 88.



ca de rol para los abogados objetaría que es precisamente a través del correcto ejercicio del rol como se satisface el ideal de servicio público que inspira la abogacía; y el partidario de una ética de servicio público para los abogados objetaría que ésta no ignora la relevancia de los roles en la actividad jurídica ni sus consecuencias ético-profesionales. Por uno o por otro camino, los dos extremos del eje convergerían. Asumamos, pues, los términos propuestos por La Torre con la conciencia de su carácter polémico.

Para la ética liberal, o de rol, “el abogado es un defensor celoso y neutral respecto a los fines perseguidos por la parte (que él asume como los fines de su propia acción)”²⁰. Es ésta una ética de rol porque es el rol particular que asume el abogado en la actividad jurídica (y típicamente en el proceso) el que determina sus deberes ético-profesionales. Así lo defiende, por ejemplo, Liborio Hierro, explicando que “la deontología es (...) específica para cada actividad profesional” y que “en las profesiones jurídicas el perfil deontológico varía con la actividad profesional en cuestión”, dejando bien claro que, en el ámbito jurídico, nos hallamos ante distintas actividades profesionales y, por tanto, ante distintas deontologías, y destacando que “ese rol es determinante y que de su legitimidad institucional deriva la legitimidad de los comportamientos profesionales conformes con él”²¹. Así lo defiende también Kenneth Kipnis, para quien la idea de rol específico en el seno de un complejo sistema institucional de aplicación (o adjudicación) del derecho es la idea básica para la identificación de la deontología profesional correspondiente²². Y así también Charles Fried, para quien la exclusiva devoción del abogado hacia los intereses de su cliente está plenamente justificada desde un punto de vista moral general²³. De acuerdo con esta perspectiva, la ética profesional del abogado sería una ética plenamente diferenciada de la ética profesional de los demás juristas, hasta el punto de que, en trabajos como los de Kipnis o Fried, la dicotomía planteada lo es entre la ética del ciudadano y la ética del abogado, sin que entre medias se observe nada parecido a la figura del jurista, una figura que parece no tener relevancia alguna para la cuestión de la justificación de una ética diferenciada para abogados.

²⁰ M. LA TORRE, *ibídem*.

²¹ L. HIERRO, “Las profesiones jurídicas...”, *cit.*, p. 42.

²² K. KIPNIS, “Ethics and the Professional Responsibility of Lawyers”, *Journal of Business Ethics*, núm. 10, 1991, pp. 569-579.

²³ Ch. FRIED, “The Lawyer as Friend: The Moral Foundations of the Lawyer-Client Relation”, *Yale Law Journal*, núm. 85, 1976, pp. 1060-1089.



En cambio, para la ética comunitarista, o de servicio público, “el abogado es un administrador de justicia, por tanto encaminado a realizar –como el juez– la justicia del caso concreto”²⁴. La finalidad principal y última de la actividad letrada no sería tanto la representación de intereses privados como la realización de los fines del sistema jurídico en cada caso concreto. Una ética de este tipo no habría de negar el rol diferenciado del abogado sino que, más bien, negaría que este rol diferenciado se traduzca en una ética profesional diferente. Las funciones típicas del abogado, de asesoramiento, de representación y de defensa, no requerirían apartarse de una moral profesional común a todos los juristas, esto es, no requerirían para el ejercicio de la abogacía de una disposición moral distinta de la del juez o de la de otros profesionales del derecho. No es ésta, por cierto, una propuesta muy habitual en el ámbito de la deontología jurídica, pero a las referencias incluidas en el trabajo de La Torre se pueden añadir las propuestas de Allan Hutchinson y, con muchos matices, Gerald Postema²⁵.

En esencia, el problema que plantea el ejercicio de la abogacía a la formulación de una ética profesional unitaria para todos los juristas no es sino el dilema que presenté en la primera sección de este trabajo sólo que restringido a los abogados: si la ética del abogado ha de ser una ética de rol, y como tal diferenciada, entonces no es posible dar cuenta de una ética profesional unitaria para todos los juristas; y si la ética del abogado ha de ser una ética de servicio público, entonces parece posible dar cuenta de una tal ética unitaria, pero al precio de desconocer lo específico del ejercicio de la abogacía. Un ejemplo de la primera opción lo ofrece el citado trabajo de Liborio Hierro, decidido partidario de una ética de rol y parece que, por ello, contrario a la posibilidad de formular una ética profesional común; un ejemplo de la segunda opción son las dificultades, hechas explícitas en el trabajo de La Torre, con que se encuentran los proponentes de una ética comunitarista para la profesión jurídica en su conjunto a la hora de dar cuenta de lo particular del ejercicio de la abogacía.

Para disolver el dilema de acuerdo con la propuesta también avanzada en la primera sección, comenzaré por hacer notar una coincidencia que pue-

²⁴ M. LA TORRE, “Juristas...”, cit., p. 88.

²⁵ A. HUTCHINSON, “Legal Ethics for a Fragmented Society: Between Professional and Personal”, *International Journal of the Legal Profession*, núm. 5, 1998, pp. 175-191; y G. POSTEMA, “Moral Responsibility in Professional Ethics”, *New York University Law Review*, núm. 55, 1980, pp. 63-89.

de detectarse en los trabajos de Hierro y La Torre. El primero, como digo, se muestra partidario sin reservas de una ética de rol para cada una de las profesiones jurídicas y muy en particular para la abogacía, mientras que el segundo, a pesar de mostrarse más receptivo hacia los argumentos de la que llama ética profesional comunitarista, acaba aceptando también una ética de rol para los abogados. Y la coincidencia a la que me refiero es la siguiente: ambos trabajos acaban con una referencia a la justicia. En el primero, la referencia viene de la mano de la imagen de Max Weber del *demonio* que maneja los hilos de cada actividad profesional. El demonio de los abogados (y, ahora sí, también de todos los demás juristas) no puede ser otro que el de la justicia, porque si la común vocación de toda profesión jurídica es “conocer del derecho, manipularlo, utilizarlo, crearlo, modificarlo, aplicarlo”, y “puesto que todo sistema normativo presupone algún sistema valorativo”, entonces resulta que:

Forma parte de la vocación del jurista un compromiso inevitable con los valores que el derecho impone en la sociedad, compromiso cuya dimensión moral se traduce en una lucha por los valores que el derecho debe imponer en la sociedad, a los que normalmente denominamos justicia²⁶.

En el segundo, la referencia final a la justicia es a través de una aplicación de la famosa fórmula de Radbruch a la actividad de los abogados, en estos términos:

El abogado puede (le es lícito moral y jurídicamente), en el respeto a la ley, utilizar argumentos y llevar a cabo conductas a favor de su cliente, incluso si su orientación a la justicia (como valor moral) es dudosa o incluso contraria a ésta, salvo que la posible injusticia consiguiente a sus actos se presente en proporciones tales como para resultar intolerable²⁷.

¿Qué revela esta coincidencia? (De la que, por cierto, participan más o menos expresamente los párrafos finales de otros trabajos que he manejado, como los de Postema o Hutchinson). A mi juicio, que, en última instancia el trabajo de los abogados, en tanto que trabajo jurídico, sólo adquiere sentido por conexión con el sentido del derecho, y éste no es otro que la realización social de la justicia. En otros términos: que en la medida en que la abogacía sea una profesión jurídica, por muy diferenciada de otras profesiones jurídicas que pueda llegar a ser, su ética profesional no puede ser otra que la que

²⁶ L. HIERRO, “Las profesiones jurídicas...”, cit., p. 44.

²⁷ M. LA TORRE, “Juristas...”, cit., p. 108.



viene marcada por el valor de la justicia, de forma que si su ejercicio no sirve a la justicia, entonces no puede estar justificado moralmente ni, como antes apuntaba, puede ufanarse de estar sometido a ética profesional alguna. De manera que, dicho sea de paso, la referencia final a la justicia de Liborio Hierro me parece preferible a la de Massimo La Torre, porque la de aquél supone una afección genérica de la actividad de los abogados al valor de la justicia en tanto que la de éste supone sólo la prohibición de la injusticia extrema o intolerable entre los posibles resultados de dicha actividad. Retengamos, en todo caso, esa inevitable necesidad de apuntar a la justicia a la hora de configurar la actividad profesional de los abogados y veamos hasta qué punto esta actividad no se compadece sustancialmente con la de los demás juristas.

En realidad, el problema no radica en la diversidad de roles. Como bien apunta Kipnis, la diversidad de roles no es sino el resultado de la complejidad del sistema de aplicación del derecho que hemos adoptado colectivamente, una complejidad que requiere asignar funciones bien distintas a distintos agentes, aspecto en el que el derecho desde luego destaca, pero no tanto cualitativamente, porque la mayor parte de las actividades sociales complejas exigen también la asignación de roles diferenciados, sino acaso cuantitativamente, en la medida en que el número de esos roles diferenciados quizá es mayor en el ámbito jurídico y también es mayor quizá la distancia que separa unos roles de otros. Sin embargo, y esto es más claro en una comunidad política democrática, por muy complejo que sea el mecanismo de aplicación del derecho, el derecho no deja de ser un plan idealmente homogéneo o unitario trazado por la comunidad para la consecución de sus fines (de su concepción de la justicia) y los juristas no dejan de ser los encargados de la ejecución de dicho plan, sea desempeñando un rol u otro, y su ética profesional, la de todos ellos, se determina por su compromiso con dicha tarea. El problema, ya digo, no radica en la diversidad de roles, sino más bien en si todos esos roles pueden ser servidos adecuadamente mediante el compromiso con la seguridad jurídica o si, por el contrario, alguno de esos roles (pienso en el de abogado, claro está) exige no comprometerse con ella. Mi respuesta es que también los abogados deben orientar su actividad a la seguridad jurídica, que su ética profesional está inspirada por el valor de la seguridad jurídica, y que su rol, consistente en la representación y defensa de los intereses privados, ha de ser definirse de tal forma que sea compatible con la consecución de la seguridad jurídica. Veámoslo.



El rol de los abogados debe definirse, en primer lugar, como un rol jurídico, y sólo en segundo lugar como un rol partisano o de representación y defensa de intereses de parte. Es un rol jurídico porque la abogacía es una profesión jurídica y no de otro tipo y, como tal, un rol que sólo adquiere sentido en el seno de una particular forma de acción social. Es la comunidad política la que decide regirse por el derecho, la que establece los mecanismos para su creación y aplicación y la que decide atribuir a algunos de sus miembros la muy especializada tarea de manejar esos mecanismos. Los distintos roles jurídicos son también instaurados y definidos por una decisión de la comunidad política, roles cuya existencia sólo tiene sentido y justificación porque la comunidad considera que el interés público, su interés, requiere de ellos. Pero el interés de la comunidad política está fijado o precisado en las normas jurídicas, en el derecho considerado como plan coherente de acción, el derecho como expresión objetivada del interés público o comunitario, y por eso el interés de la comunidad política consiste en la realización del derecho, de modo que lo que se requiere de todos los profesionales del derecho, de todos aquellos que desempeñan un rol jurídico, es la realización del derecho, esto es, la consecución de la seguridad jurídica. Que un particular rol jurídico consista (ante todo) en la representación y defensa de los intereses privados no es razón para dejar de considerarlo un rol jurídico y, por tanto, reitero, encaminado a la seguridad jurídica. Más bien, se trata de que se ha decidido que la realización del derecho requiere que los particulares dispongan de un representante y defensor profesional, sin cuyo concurso el derecho se realizaría en menor medida. Por eso, el rol de los abogados no se define bien como el de representación y defensa de los intereses privados, sino como el de representación y defensa de los intereses privados con el fin de realizar el derecho, de ajustar la realidad social al ideal jurídico, de aumentar el nivel de seguridad jurídica disponible, dígame como se quiera. En este sentido, es cierto que la ética profesional de los juristas, abogados incluidos, es una ética comunitaria porque en su función social es la de servir a la comunidad.

Sólo así tiene sentido que los abogados sean, primero, dotados de una instrucción técnica específica, la que reciben sobre todo en las Facultades de Derecho y sean, después, apoderados con un estatuto profesional especial del que no dispone ninguna otra ocupación partisana, como la de chófer, capataz, consejero, escolta o matón, todos ellos en efecto al servicio de los intereses privados, pero ninguno de ellos equiparable a un abogado, al que se



atribuye una posición institucional privilegiada que sólo tiene sentido porque desde ella podrán servir el interés general, público, comunitario o de todos. Por eso, y en sentido contrario, en el momento en el que la representación y defensa letrada de intereses privados deja de servir al interés general porque deja de contribuir a la realización del derecho, la abogacía deja de ser una profesión jurídica o, para ser más exactos, los que la ejercen con tales consecuencias dejan de ser buenos profesionales porque su trabajo no logra los objetivos prefijados.

Ayudará un poco el hacer ver, y ya va siendo hora, que los que hasta ahora hemos calificado como intereses privados no son en realidad privados, sino públicos, o no son privados en el sentido de que, por eso, no sean públicos. En efecto, por “intereses privados” hemos entendido los intereses de un ciudadano individual (o de un conjunto definido y limitado de ciudadanos, o de eso que se llama una persona jurídica, a estos efectos es indiferente). Pero los intereses de los miembros de la comunidad (de los ciudadanos) son sólo privados en el sentido de que son suyos, no en el sentido de que no sean intereses de todos los demás miembros de la comunidad. Por el contrario, todo interés de un miembro de la comunidad que puede ser defendido a través del derecho es, por definición, un interés público, porque la comunidad ha querido que forme parte de su plan, y por eso permite que ese interés prevalezca a través de mecanismos jurídicos; pero no sólo lo permite, sino que también lo alienta, y crea los mecanismos institucionales adecuados para que así suceda (crea los abogados), porque también es de interés público que prevalezcan los intereses definidos como legítimos; de hecho, en eso consiste la realización del derecho, en que prevalezca lo que previamente ha sido calificado como digno de prevalecer. De manera que el ciudadano que se acerca al juzgado acompañado por su letrado presenta ante la comunidad un interés que sólo es privado en el sentido de que es suyo, pero que es público porque la comunidad lo considera digno de ser respaldado mediante las instituciones públicas, y así lo considera porque, primero, ciertos intereses de cada uno son también intereses de todos, segundo (y no es exactamente lo mismo), que prevalezcan ciertos intereses de cada uno forma parte también del interés de todos, y, tercero, que además lo hagan de acuerdo con el sistema de adjudicación de intereses definido socialmente, es también parte del interés de todos.

En definitiva, los abogados, al representar y defender los intereses de parte que son representables y defendibles jurídicamente sirven el interés de

todos, y por esa razón pueden ser considerados como profesionales del derecho. En cambio, cuando representan y defienden intereses de parte que no son representables ni defendibles jurídicamente dejan de servir el interés de todos y dejan de ejercer correctamente su profesión. Cuando los abogados no toman conciencia de esta distinción, es decir, cuando no son conscientes de que su misión partisana está limitada por los intereses de la comunidad mediante la limitación de lo representable y defendible, están perdiendo de vista su rol, de una manera similar a como lo pierde de vista el juez cuando cree que su función profesional es hacer justicia más allá o por encima o al margen del derecho. Ciertamente que los jueces, como los abogados, deben servir a la justicia, pero lo deben hacer, y repito una idea anterior, mediante el derecho, porque ese es el rol social que, como profesionales del derecho, tienen adjudicado. Ignorar esta mediación del derecho en la consecución de la justicia es caer en lo que podríamos llamar vulgarismo profesional (adapto aquí la idea de vulgarismo jurídico tal como la usa Fernando Atria²⁸), es decir, en la incompreensión de lo que es el derecho y, en particular, del modo en que se relaciona con la justicia y, por eso, del rol que corresponde a los profesionales del derecho, sean jueces o abogados u otra cosa.

Podemos afirmar, por tanto, que la ética profesional de los juristas es una sola, la ética de la justicia mediada por el derecho, o la ética de la seguridad jurídica (y es una ética profesional porque no es una ética de la justicia a secas, así que el demonio de los juristas quizá sea la justicia, pero disfrazada con cierto atuendo largo y negro). Podemos afirmar, también, que la distribución del trabajo jurídico en roles diferenciados es una exigencia técnica que no afecta a la cuestión de la ética profesional. Es cierto que la seguridad jurídica es servida de manera distinta desde unos y otros roles, pero esto no supone un cambio o diversificación de valores, sino simplemente que la consecución de un mismo valor requiere actitudes y comportamientos diferentes en función de la posición que cada uno ocupa. Y, en el caso de los abogados, de lo que se trata es de hacer prevalecer los intereses que se consideran jurídicamente dignos de ello, y de hacerlo del modo en que se considera jurídicamente digno. Cuando lo hacen así, los intereses del cliente, de la parte, del particular, son, a la vez, los intereses de todos, porque son los intereses del derecho. Por eso, los abogados participan de la ética profesional unitaria tal y como aquí ha sido propuesta.

²⁸ F. ATRIA, "Jurisdicción e independencia judicial: el poder judicial como poder nulo", *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 5, 2004, pp. 119-141.



¿Quiere esto decir que los abogados no deben representar y defender cualquier interés privado de cualquier manera? Sí, esto es lo que quiere decir. No es del interés público que se defiendan ante los tribunales, y mediante técnicos especializados y privilegiados, cualesquiera intereses y de cualquier manera. Desde luego, así sucede cada día y en todo lugar, pero la ética, también la profesional, consiste en determinar lo que debe ser hecho y no en describir lo que de hecho se hace. Otra cosa será determinar en general y en cada caso lo que es defendible y el modo en que lo es, y que esta determinación sea a menudo compleja ni quita ni pone, sólo corrobora la dificultad típica de las cuestiones morales y, todo sea dicho, la dificultad típica de una profesión como la de la abogacía, dos de cuyas funciones consisten en ayudar al ciudadano a dar forma a sus intereses de manera que coincidan con los de la comunidad y en elegir el modo en que dichos intereses pueden ser defendidos, un modo tal que no menoscabe el interés de la comunidad. Quizá por esta razón, por esta complejidad típica de la determinación de lo que debe hacerse en el ejercicio de la abogacía, es por la que a veces se propone como cualidad principal de los abogados la *practical wisdom* o sabiduría práctica²⁹.

Antes enumeré tres factores o motivos que dificultan la integración de la abogacía en una comprensión unitaria de la profesión jurídica y, por tanto, que constituyen objeciones a la formulación de una ética profesional común. La primera, el carácter partisano de la abogacía, he tratado de contestarla en los párrafos anteriores, si bien quizá en forma demasiado abstracta. Trataré de compensar el exceso de abstracción en el breve análisis de las otras dos objeciones, el carácter liberal de la profesión jurídica y su diversificación.

Como los abogados son profesionales liberales, pueden elegir a sus clientes; y como pueden elegir a sus clientes, es posible que los elijan de acuerdo con criterios que menoscaban la seguridad jurídica. Desde luego, así es. Por ejemplo, un abogado puede elegir sus clientes sólo entre los miembros de una determinada clase social, si, como sucede a menudo, sus honorarios son tan altos que sólo unos pocos están en condiciones de satisfacerlos. Por ejemplo, un abogado puede elegir sus clientes sólo entre ciudadanos que desean evadir impuestos, si, como sucede a menudo, es experto

²⁹ A. KRONMAN, *The Lost Lawyer. Failing Ideals of the Legal Profession*, Harvard University Press, 1993.



en eso que se llama eufemísticamente ingeniería fiscal. Por ejemplo, un abogado puede elegir sus clientes sólo entre empresas que pretenden despedir a sus trabajadores con el menor coste posible, menor incluso del que legalmente les correspondería. En cualquiera de estos tres casos, la seguridad jurídica resulta menoscabada, de modos diferentes. En el primero, porque los abogados son el instrumento de la discriminación social en la prestación de servicios jurídicos y, por tanto, de la distribución desigual de la seguridad jurídica y, por tanto, de la desigual defensa de los derechos de los ciudadanos³⁰. En el segundo, porque los abogados buscan la ineficacia de las normas tributarias y hay que suponer que están en condiciones de conseguirla en alguna medida. En el tercero, porque los abogados buscan igualmente la ineficacia del derecho laboral, reforzando a la parte fuerte y por tanto debilitando a la parte débil, contrariando así los objetivos declarados de ese subsistema jurídico. Por supuesto, los miembros de la clase dominante (o como quiera que haya de llamarse ahora), los que pretenden defraudar impuestos y los empresarios que quieren ahorrar dinero en indemnizaciones por despido tienen todos ellos derecho a la representación jurídica, cómo no, así ha de ser no ya por su propio bien, sino por el bien de todos. Sin embargo, esto no obsta a la constatación de que ciertas inclinaciones profesionales de los abogados menoscaban la seguridad jurídica más que otras, o la benefician menos que otras, es decir: no todas las actividades profesionales de los abogados sirven de la misma forma a la seguridad jurídica, de manera que no todas son igualmente beneficiosas para el sistema jurídico y, por tanto, para la comunidad.

Ahora bien: el hecho de que los abogados sean profesionales privados que pueden elegir libremente a sus clientes no es, en verdad, base para una objeción contra una ética profesional unitaria de la seguridad jurídica. Que los abogados puedan elegir a sus clientes es una opción institucional, discutible como todas, que deberemos valorar como mejor o peor en función de su capacidad para servir a los fines de la institución o, en otros términos, de su capacidad para servir al éxito del derecho. Uno podría sostener que

³⁰ P. ANDRÉS, "Derecho y justicia en el siglo XXI. Más difícil todavía", *Jueces para la democracia*, núm. 48, 2003, pp. 27-40; ahora también en Id., *En torno a la jurisdicción*, cit., pp. 77-106, constata esta desigualdad como un efecto negativo o disfunción del modo actual de funcionar del sistema jurídico en su conjunto. En el texto afirmo que los abogados, no mencionados expresamente por Perfecto Andrés, tienen su parte de responsabilidad en esta desigualdad injusta y antijurídica.



mientras los abogados sean profesionales privados, la representación y defensa de los intereses de las partes serán necesariamente de calidad desigual y que, por tanto, y si la buena representación y defensa letrada sirve para algo (que sí que sirve), el derecho a la tutela judicial efectiva será garantizado de manera desigual a los ciudadanos y el imperio de la ley se reducirá. Otro podría conceder que, aun siendo así las cosas, la alternativa (una abogacía cuyo ejercicio fuera regulado de otra manera) sería siempre peor porque sus efectos para la tutela judicial efectiva y para el imperio de la ley serían aún más devastadores. Pero, con independencia de cuál sea el juicio que nos merezca dicha opción institucional, la ética profesional sigue siendo la misma y sólo varían las condiciones fácticas a las que debemos aplicarla. Que los arreglos institucionales del sistema jurídico permitan ejercicios profesionales más o menos próximos al ideal de la ética profesional no es una objeción contra la ética profesional ni un obstáculo contra la posibilidad de ajustarse a ella. Precisamente muestran que el margen que el derecho vigente deja a la elección libre de los profesionales del derecho a la hora de desarrollar su profesión es mayor y, por tanto, que el sector de la ética profesional no jurificado, no sometido a coacción jurídica, es mayor que en otras circunstancias hipotéticas.

¿Significa esto que no toda opción profesional en el mundo del derecho es igualmente valiosa si se juzga desde la ética profesional? Sí, esto es lo que significa. No es igualmente valioso, a esa luz, cualquier ejercicio de la abogacía, como tampoco tiene por qué serlo una opción más genérica por una u otra profesión jurídica. Una opinión muy extendida en el ámbito de los profesionales del derecho, y que debemos confrontar aquí, es que cualquier dedicación jurídica profesional es igualmente legítima desde el punto de vista de la ética profesional. Los que suscriben esta opinión pueden acaso conceder que, desde el punto de vista de la ética general, sean más valiosas unas opciones que otras, sea más valioso defender a los trabajadores que a los empresarios, o a los pequeños delincuentes que a los grandes, o defender los derechos humanos más que defender a los defraudadores de impuestos, o asesorar en materia de adopción o de protección contra la violencia de género más que asesorar a traficantes de armas o a bancos o a futbolistas y corredores de Fórmula 1; pero insistirán en que ésta es una opción moral extra-profesional. Sin embargo, esto es un error, cuyas fuentes son éstas: la primera, la creencia en que la ética profesional está más del lado de la regulación jurídica que del lado de la ética o, en otros términos, la reducción de

la ética profesional a lo que hemos llamado deontología en la sección segunda de este trabajo; pero esta creencia es errónea, porque la ética profesional es una parte de la ética y su contenido no varía porque esté incorporada en mayor o menor medida al derecho. Y, la segunda, la creencia en que la ética profesional sólo es una ética de mínimos, una vez cumplidos los cuales nada más queda para exigir, desde ese punto de vista, a los juristas; una creencia que también es errónea porque, como la ética general, la ética profesional es una ética de máximos, una ética de la excelencia o aspiracional, de la que derivan si se quiere unas exigencias mínimas, cuyo cumplimiento, empero, no puede agotar nuestra capacidad para valorar, desde los mismos parámetros de la ética profesional, distintos comportamientos que se acercan más o menos al ideal profesional.

La profesión jurídica debe servir a la ejecución del plan social general en que el derecho consiste, y tanto más se acerca a la excelencia profesional quien más contribuye a la ejecución de dicho plan. No todos los juristas contribuyen por igual, ni tampoco en particular todos los abogados por igual, y sus disposiciones y acciones deben ser valoradas de manera distinta desde el punto de vista de la ética profesional. Cuando, en *El juicio de Nuremberg*, el juez Haywood (Spencer Tracy) se queda el fin de semana en casa trabajando en el caso que tiene que juzgar, en vez de hacer turismo o salir de fiesta o de compras, o cuando en *Matar a un ruiseñor*, el abogado Atticus Finch decide hacer guardia nocturna a la puerta del calabozo para evitar un linchamiento, ¿acaso tendría sentido decir que sus acciones, desde luego no exigibles, no deben ser valoradas de acuerdo con la ética profesional sino con la ética general? ¿Es que acaso ellos no consideran estar cumpliendo mejor así que de otra manera su deber *profesional*? Son ejemplos cinematográficos, pero no creo que a nadie le cueste mucho ver en ellos el reflejo de la realidad cotidiana del ejercicio del derecho, una realidad que nos muestra que no todos los que se dedican al derecho lo hacen con el mismo grado de dedicación y compromiso, y que, sobre todo para los más esclarecidos, ese grado de dedicación y compromiso lo es para con ideales morales profesionales y no sólo, aunque también, con ideales morales generales. Es decir, no entenderemos correctamente las decisiones del juez que trabaja en casa el fin de semana o del abogado que opta por defender a los más débiles si no las asociamos con la ética profesional de uno y de otro. En definitiva, no es cierto que cualquier posible genérica orientación y concreta acción profesionales de un abogado tengan el mismo valor de acuerdo con la ética profesional y no es cierto que



la elección de una profesión jurídica o de otra tenga necesariamente el mismo valor a la luz de la ética profesional. Eso sí, como ya apunté antes, seguramente no sea fácil determinar el valor ético-profesional de cada decisión en cada caso, pero esa dificultad es la misma que afecta a muchas de las decisiones morales que hemos de tomar o a muchos de los juicios morales que nos merecen las decisiones de los demás. Porque las cuestiones de moral profesional no se diferencian en este punto de las cuestiones de moral general.

Queda, por último, la cuestión de la diversificación contemporánea de la abogacía. En efecto, como señalan Cotterrell y Hutchinson en los trabajos citados y cualquiera que conozca el mundo del derecho sabe, los abogados constituyen hoy un gremio profesional de lo más diverso, y esta diversidad dificulta la formulación no ya de una ética jurídica profesional unitaria, sino incluso de una ética profesional unitaria para abogados. En relación con esto, apuntaré sólo dos cosas. Una, que la diversificación, en la medida en que expresa la libertad de los abogados para elegir sus clientes y su forma de trabajar (en el seno de una empresa, o en un despacho colectivo más o menos grande, o en solitario), no es un obstáculo para la ética profesional sino sólo el campo en el que la ética profesional debe ser aplicada. Como he dicho antes, no todas las decisiones profesionales pesan igual en la balanza de la ética profesional, aunque algunas sí lo hagan, y la diversificación de la abogacía no hará sino mostrar, no siempre pero sí a menudo, el distinto compromiso de los abogados con la ética profesional.

La segunda observación es la siguiente: es cierto que algunas formas de ejercer la abogacía dificultan un ejercicio comprometido con la ética profesional. Así me parece en dos casos cada vez más extendidos: el de los abogados de empresa (abogados con un solo cliente) y de los abogados asalariados de los grandes despachos, muy jerarquizados. En uno y otro caso es muy probable que los abogados no puedan servir a dos señores a la vez, a sus jefes y al derecho, y que no tengan más remedio que servir a sus jefes y dejar de lado los requerimientos del derecho cuando éstos se contradigan con los de aquéllos. En una palabra, es muy probable que todos ellos carezcan de la independencia que los abogados requieren. Si es así, diremos que, en verdad, no pueden ser buenos profesionales del derecho, incluso que es dudoso que puedan ser considerados como tales profesionales (no por casualidad el abogado de empresa en Francia no puede llamarse *avocat* sino *juriste d'entreprise*). Y diremos también que si, como comunidad política,

consideramos inapropiado asignar el estatuto de abogado a quien carece de la independencia necesaria, tendremos que tomar la decisión de o bien retirar dicho estatuto a muchos de los que hasta ahora lo disfrutaban o bien reforzar su independencia mediante las normas jurídicas (deontológicas) oportunas. Mi parecer es que, en efecto, muchos de los que hoy ejercen el derecho como abogados carecen de dicha independencia, es decir, no pueden servir al derecho y, a través de él, al interés general; a cambio, sólo pueden servir al interés particular de sus jefes. Al margen de que esto sea el fruto de una decisión personal previa que podría haber tenido otro contenido, es nuestra obligación como comunidad política evitar que la administración del derecho quede en manos de quienes no pueden hacer suyo el interés de que esa administración sea todo lo buena que puede ser, en manos de quienes no son sino servidores del interés privado, ahora sí, de un interés privado que no puede ser asimilado con el interés público. El derecho es nuestro, y de nuestra parte tienen que estar los que lo administren.

5. EL DISCRETO ENCANTO DE LA SEGURIDAD JURÍDICA

Una ética de la seguridad jurídica como la propuesta aquí puede parecer modesta, y lo es, si consideramos que requiere de los juristas sólo la ejecución del plan que otros han diseñado. No es tampoco, y ésta es otra de las razones de su modestia, una ética que exija grandes sacrificios ni que prometa grandes logros, al menos en las circunstancias ordinarias de una comunidad como la nuestra. Es, eso sí, una ética compleja, o al menos puede llegar a serlo en algunas ocasiones, porque en vez de definir con precisión los roles de las diversas profesiones jurídicas opta por enunciar principios genéricos como los de la fulleriana moral interna del derecho que cada una de las profesiones debe adaptar a su quehacer cotidiano según pautas abiertas y reflexivas. Es una ética que propone lo que Postema ha llamado una concepción recursiva de los roles, en vez de una concepción fija o rígida, de manera que “los deberes y responsabilidades de uno no están fijados, sino que pueden expandirse o contraerse en función de los objetivos institucionales a los que el rol debe servir”. Por eso, la moral del rol, de acuerdo con una concepción recursiva, “no es servida adecuadamente por medio de la identificación máxima de cada uno con su rol. Tampoco puede el que desempeña el rol identificarse mínimamente con él hasta el punto de abandonar o dejar de comprometer en su desempeño su moralidad personal o su sentido bási-



co de la responsabilidad”³¹. En este sentido, una ética de la seguridad jurídica es mucho más compleja, por abierta y por reflexiva, que la deontología clásica al uso, pero diría que no más compleja que la ética general de cualquier ciudadano comprometido con su comunidad, y dada la complejidad y fragmentación de nuestras comunidades. Tampoco, por cierto, más exigente, aunque exigente si comparamos sus pretensiones con la manera en que realmente actúan los juristas, pero éste es sólo un rasgo propio de toda ética. Una ética, en fin, modesta también porque no nos permite suprimir ese punto de mala conciencia del que habla Perfecto Andrés y que, ahora en términos distintos de los antes empleados, deriva del hecho de que los juristas nunca estamos demasiado lejos del poder.

Sin embargo, a pesar de esta modestia, creo que una ética de la seguridad jurídica debe ser atractiva para los juristas, al menos por estas dos razones: la primera es que, aunque los juristas sean sólo ejecutores de un plan diseñado por otros, en sociedades con vocación democrática como la nuestra esos otros somos idealmente todos, y ese plan contiene el diseño de la comunidad política que queremos ser. Desde este punto de vista, al garantizar la seguridad jurídica (llamémosla ahora el imperio de la ley), los juristas aparecen como el principal vehículo de democratización social, porque, más que en ninguna otra parte, la democracia radica en la aplicación consistente y regular de las normas que expresan la voluntad general. Pero, además, y ésta es la segunda razón, porque en esa comparación que antes proponía entre los niveles de justicia del mundo social real y del mundo jurídico ideal, este último gana por mucho en el caso de los sistemas jurídicos constitucionales, de manera que la adaptación de la realidad al derecho conlleva, casi siempre, relaciones sociales más justas. No cabe, desde luego, ignorar los altos niveles de injusticia del derecho vigente (entendido ahora, con Ferrajoli, como derecho sólo formalmente válido) ni incluso los altos niveles de injusticia del derecho válido (formal y sustantivamente), de manera que no conviene lanzar las campanas al vuelo. Tampoco debemos ignorar que los mundos jurídicos posibles son muchos y dotados de muy distintos niveles de justicia, sobre todo cuando se trata de sistemas tan abiertos como los constitucionales. Sigue siendo cierto, aún así, que el derecho válido de los sistemas constitucionales es, en cualquiera de sus versiones posibles, mucho más justo que el derecho meramente vigente, y también que el derecho mera-

³¹ G. POSTEMA, “Moral Responsibility in Professional Ethics”, cit., p. 83.



mente vigente dibuja relaciones sociales mucho más justas que las realmente existentes, de manera que, en general, aunque con excepciones, los ajustes del derecho vigente con el derecho válido y los ajustes de la realidad social con el derecho vigente (sobre todo si los primeros van delante de los segundos) suponen pasos significativos hacia una sociedad más justa. Aquí reside el discreto pero poderoso encanto de la seguridad jurídica en nuestro tiempo y en nuestra época.

RICARDO GARCÍA MANRIQUE
Sección de Filosofía del Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de Barcelona
Av. Diagonal, 689
E-08034 Barcelona
e-mail: garcia.manrique@ub.edu

