

El control de los abogados: Ley, mercado, honor y moral¹

Control of lawyers: Law, market, honor and morality

HUGO OMAR SELEME 

RESUMEN

La conducta profesional de los abogados puede ser controlada por cuatro sistemas diferentes que se emplean como motivación: el temor a la sanción estatal, el deseo de acumular riqueza, la búsqueda de estima y reconocimiento, y el deseo de actuar de manera moralmente correcta. Junto con identificar estos cuatro sistemas, este trabajo analiza las causas de que los dos últimos sistemas no sean hoy percibidos como instrumentos para guiar la conducta profesional. Finalmente, se proponen estrategias para permitir su correcto funcionamiento.

Palabras Clave: Ética de los abogados, control de pares, coerción, regulación profesional, ejercicio de la abogacía.

ABSTRACT

Lawyers' professional behavior can be controlled by four different systems that use as motivation the fear of state sanction, the desire to accumulate wealth, the search for esteem and recognition, and the desire to act in accordance with morality. Along with identifying these four systems, this paper analyzes the causes that have produced the last two systems are not perceived today as instruments to guide professional conduct. Finally, it proposes strategies to allow its proper functioning.

Keywords: Legal ethics, peer control, coercion, professional regulation, lawyering.

1. Introducción

La abogacía es una actividad riesgosa. Lo es para los profesionales que la ejercen, pero también para los ciudadanos que emplean sus servicios. Lo primero, lo atestiguan los cientos de abogados que han sido encarcelados, torturados o asesinados por intentar hacer valer los derechos de sus clientes. Las dictaduras, de las que América Latina ha tenido múltiples ejemplos, han sistemáticamente perseguido a los abogados comprometidos con la defensa de los derechos humanos. En Argentina, por ejemplo, entre la tarde del 6

¹ Hugo Omar Seleme, investigador principal del CONICET, catedrático de Ética, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina). Correo electrónico: hugoseleme@conicet.gov.ar; hugoseleme@gmail.com.

de julio y la madrugada del 13 de julio de 1977 en *la noche de las corbatas*, la dictadura cívico-militar, que había tomado el poder el año anterior, secuestró a un conjunto de abogados laboristas, militantes en su mayoría del partido peronista, y asesinó a la mayoría (Agencia Télam, 2015).

Para proteger a los abogados frente al riesgo que entraña ser los garantes de los derechos de los ciudadanos frente al poder estatal, los sistemas políticos han empleado diferentes herramientas. La más efectiva ha sido la colegiatura profesional, que permite que cada abogado actúe respaldado por la fuerza del colectivo al que pertenece. Mientras un abogado es una barrera endeble frente a la amenaza del ejercicio arbitrario del poder por parte del Estado, todos los abogados actuando al unísono pueden oponerse a la arbitrariedad estatal como un obstáculo formidable. Algunos colegios de abogados latinoamericanos también sirven de ejemplo a este respecto. La Federación Argentina de Colegios de Abogados tuvo una posición contraria a la violencia institucional desatada durante el gobierno dictatorial del general Roberto Levingston. Idéntica actitud de resistencia tuvo en Colombia el Colegio de Abogados de Medellín frente a la dictadura de Rojas Pinilla (Seleme, 2019, pp. 160- 161).

Otro riesgo es aquel que el ejercicio de la abogacía genera sobre los ciudadanos, ya que estos últimos se encuentran en una situación de vulnerabilidad. Así, por ejemplo, para permitir que el abogado defienda sus derechos, el ciudadano debe revelar frente a su abogado información que de otro modo mantendría en reserva. Esta vulnerabilidad crea la amenaza de que sus derechos sean avasallados precisamente por aquel que tiene que protegerlos. Esta amenaza no es más que una instancia del antiguo problema, ya identificado por Juvenal, referido a quién nos guarda de los guardianes (1996, pp. 347-348).

Para proteger a la ciudadanía de la amenaza que representa la profesión de abogado, pueden emplearse herramientas de diferente naturaleza. En nuestra cultura jurídica algunas de estas herramientas ni siquiera son tenidas en consideración, lo que ha producido que algunos sistemas de control —que podrían emplearse para guiar la conducta profesional y proteger a los ciudadanos— sean utilizados de manera escasa o nula, con el riesgo que esto implica.

El objetivo que persigue este trabajo es, en primer lugar, identificar los cuatro tipos de sistemas que podrían emplearse para regular la profesión de abogado. La hipótesis es que esta tarea de control puede realizarse empleando *la mano de hierro del Estado*, *la mano invisible del mercado*, *la mano intangible del honor*,² y *la voz interna de la conciencia*. En segundo lugar, se pretende analizar las causas que han hecho que las dos últimas herramientas no sean visibilizadas como instrumentos para guiar la conducta profesional. Finalmente, se proponen dos estrategias para recuperarlas como instrumentos de protección a la ciudadanía de la posible conducta indebida de los abogados.

2. La mano de hierro del Estado

Al ser el Estado una institución coercitiva no es de extrañar que el primer recurso empleado para proteger a la ciudadanía de las conductas riesgosas de los abogados haya sido la amenaza de sanción. El Estado ha procedido a dictar normas jurídicas que identifican las conductas indebidas y a amenazar con castigar a los abogados que las lleven a cabo.

² El análisis general del diferente funcionamiento de estos tres mecanismos —la mano de hierro, la mano invisible y la mano intangible— ha sido llevado adelante por Philip Pettit y Geoffrey Brennan (2004). A ellos también se debe haber denominado al basado en la estima o el honor como “la mano intangible” (2004, p. 5)

Las funciones del derecho pueden clasificarse en directas o indirectas, según se requiera simplemente de la obediencia de las normas por parte de la ciudadanía y su aplicación por parte de los funcionarios, o adicionalmente se exija otro tipo de comportamiento o actitud por parte de los ciudadanos (Raz, 1979).

La función directa más elemental del derecho, una de sus funciones primarias,³ es la de alentar o desalentar conductas. Así, por ejemplo, la norma jurídica que castiga al que roba cumple con su función directa si los ciudadanos obedecen y se abstienen de robar y, adicionalmente, los funcionarios sancionan a aquellos que roban.

El carácter de la función de alentar o desalentar conductas no debe confundirse con el carácter de la técnica de motivación que el derecho emplea para alcanzar ese fin. Mientras esta función es directa, en el sentido señalado, la técnica motivacional empleada por el derecho es indirecta. El sistema normativo no identifica la conducta deseada con el objetivo de que el agente se comporte del modo establecido, sino que establece una sanción para la conducta no deseada con el objetivo de desincentivar su realización.⁴ Para seguir con el ejemplo de la norma que penaliza robar, el derecho prohíbe robar y motiva a los ciudadanos a obedecer la norma estableciendo una sanción para la conducta indeseada (Kelsen, 1949, p. 17).

Las conductas de los abogados han sido reguladas por normas jurídicas que utilizan esta técnica indirecta de motivación. Las herramientas legales empleadas por el Estado para desincentivar las conductas profesionales indebidas, a través de la amenaza de sanción, son de dos tipos, debido a que existen dos tipos de poderes sancionatorios de carácter estatal. Por un lado, el poder disciplinario que es ejercido por el Estado en el seno de la administración. Por el otro, tenemos el poder punitivo que también ejerce el Estado, pero a través del derecho penal.

En consecuencia, dos tipos de sanciones han sido empleados para disuadir a los abogados de realizar conductas consideradas indebidas. En primer lugar, se usan sanciones disciplinarias de carácter administrativo. En algunas jurisdicciones este poder disciplinario estatal ha sido delegado en los colegios de abogados o en tribunales de disciplina especializados. En segundo lugar, han sido empleadas sanciones penales impuestas por los tribunales ordinarios.

La delegación del poder disciplinario en las entidades profesionales puede tener diferente alcance. Puede delegarse la potestad para establecer las conductas indebidas, determinar su incumplimiento y aplicar el castigo, o puede delegarse simplemente el poder de imponer la sanción en el caso concreto, reservándose el Estado la potestad de establecer las faltas y el tipo de sanción que trae aparejada.

En la provincia de Córdoba, en Argentina, por ejemplo, el Estado provincial ha establecido a través de la Ley 5805 cuáles son las conductas indebidas y qué sanción trae aparejada su ejercicio. El artículo 21 detalla las faltas en que pueden incurrir los abogados distinguiendo de manera explícita las sanciones disciplinarias que impone esta ley de las “responsabilidades civiles y penales” que pudieran traer aparejada las conductas identificadas. La misma ley delega el poder de juzgar si ha existido alguna falta disciplinaria

³ Las funciones directas pueden ser primarias o secundarias. Las primeras, se refieren a la población en general y son las que vuelven al derecho una herramienta de control u ordenamiento social. Entre estas funciones se encuentra —junto con la de incentivar conductas u omisiones— la de facilitar acuerdos, organizar la prestación de servicios, favorecer la distribución de recursos y, en fin, propiciar la resolución de conflictos. Las segundas, no se refieren a la población sino al funcionamiento mismo del sistema jurídico. Así, por ejemplo, supongamos que existe una norma que establece sanciones para los padres que no envían a sus hijos al colegio para que completen la enseñanza primaria. El establecimiento de la enseñanza primaria obligatoria es su función directa primaria. Las normas que regulan la competencia del órgano que dictó la norma que establece la enseñanza obligatoria, cumplen la función secundaria de posibilitar que dicho órgano dicte la normas necesarias para que exista un sistema de enseñanza obligatoria (Moreso y Vilajosana, 2004, 54).

⁴ Otra forma de motivación indirecta empleada por el derecho, pero en mucha menor medida, es la de premiar la conducta deseada.

en los casos concretos, y el poder de fijar e imponer la sanción al Tribunal de Disciplina de los abogados. Este tribunal “ejercerá el poder disciplinario sobre todos los abogados inscriptos en la Provincia, a cuyo efecto conocerá y juzgará, de acuerdo a las normas de ética profesional, las faltas cometidas por los abogados” (Ley 5805, 1974: artículo 50).

En otras jurisdicciones el poder disciplinario no ha sido delegado por el parlamento en entidades profesionales. El poder disciplinario se considera allí que reside en los tribunales, en especial los tribunales supremos, y son estos quienes lo delegan en asociaciones profesionales, como la barra, para su efectiva aplicación.⁵ También existen jurisdicciones donde el poder disciplinario se ejerce directamente por órganos estatales, sin que exista delegación a ninguna entidad o asociación profesional.⁶

Es importante considerar que, aunque las normas disciplinarias usualmente están incluidas en cuerpos legales a los que se designa como *códigos de ética*, no se trata de normas de carácter moral. Su objetivo es motivar las conductas apelando a razones prudenciales, vinculadas con evitar el castigo. Como tendremos ocasión de analizar, la moral es un sistema de control diferente que no emplea una técnica indirecta de motivación.⁷

Para disuadir a los abogados de ejercer las conductas más riesgosas, se ha empleado —además de las sanciones disciplinarias— sanciones de tipo penal. Un ejemplo del empleo de esta herramienta legal se encuentra en el artículo 156 del Código Penal argentino que castiga con multa de inhabilitación a quienes “teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa”. El código penal peruano también sanciona conductas del abogado consideradas riesgosas. Su artículo 421 castiga con prisión al “abogado o mandatario judicial que, después de haber patrocinado o representado a una parte en un proceso judicial o administrativo, asume la defensa o representación de la parte contraria en el mismo proceso”. Algo semejante sucede en Chile, donde el artículo 232 del Código Penal castiga con inhabilitación profesional perpetua y multa al “abogado que, teniendo la defensa actual de un pleito, patrocinare a la vez a la parte contraria en el mismo negocio”.

Dado que las sanciones administrativas de tipo disciplinario y las sanciones penales poseen diferente naturaleza, es posible que una misma conducta sea castigada disciplinaria y penalmente sin que esto vulnere el principio *non bis in idem*. Un abogado por un mismo hecho es pasible de recibir una sanción disciplinaria, en base al *código de ética*, y una sanción penal. En todo caso, lo que importa aclarar es que, aunque se trata de sistemas legales diferentes, ambos forman parte del mismo sistema de control que emplea el poder coercitivo del Estado para motivar a los abogados de manera indirecta, sancionando las conductas indeseables. Ambos regímenes —el disciplinario y el penal— emplean el poder coercitivo del Estado para guiar la conducta de los abogados disuadiéndolos de las conductas indeseables. En ambos actúa *la mano de hierro del Estado*.

⁵ En Estados Unidos este sistema de delegación se conjuga con la idea de que el poder de policía pertenece a cada uno de los Estados que conforman la unión. De este modo, quien delega el poder disciplinario son las Cortes Supremas de cada Estado, en diferentes barras o asociaciones profesionales estatales.

⁶ Los diferentes modos de regular la profesión han sido extraídos del *Directory of Regulators of the Legal Profession*, elaborado por la International Bar Association (2016, p. 12)

⁷ Es necesario poner de manifiesto que estos *códigos de ética* son en realidad normas jurídicas de carácter disciplinario. Ello no implica negar la tesis obviamente verdadera de que las conductas que buscan provocar, de manera indirecta, son las consideradas moralmente correctas. Esto no sirve de evidencia para la conclusión de que ambos sistemas —el disciplinario y el moral— son en realidad uno, sino para la conclusión diferente de que son dos funcionando de manera coordinada.

La mano de hierro del Estado intenta guiar la conducta de los abogados de un modo que es intencional. El Estado castiga al agente cuya conducta pretende guiar con la intención deliberada de que éste se comporte de cierto modo, evitando llevar adelante la conducta sancionada (Brennan y Pettit, 2004, p. 5).

Señalar que la mano del Estado es de hierro apunta a dos de sus características. En primer lugar, hace referencia a que emplea la amenaza de coacción y castigo,⁸ y en segundo lugar, y lo que es más importante, sirve para poner de manifiesto que su acción es intencional y, por tanto, visible. El Estado sanciona para lograr cierto patrón de comportamiento en los ciudadanos, en este caso en los abogados.

Tanto la norma disciplinaria como la penal imponen castigos de manera intencional sobre los abogados para provocar un patrón de comportamiento. Por ejemplo, castigan de manera intencional la revelación de secretos o la defensa de partes con intereses contrapuestos, y lo hacen con la intención deliberada de que los abogados no lleven adelante las conductas sancionadas. Esto, a la larga, genera un patrón de comportamiento en los abogados coincidente con el que la norma busca intencionalmente provocar.

3. La mano invisible del mercado

Mientras *la mano de hierro del Estado* motiva mayormente a través del temor a la coacción, *la mano invisible del mercado* lo hace por la búsqueda de ganancias económicas. La idea es que los individuos no solo son movidos por la necesidad de evitar el castigo, sino también para acumular riquezas. *La mano invisible del mercado*, al igual que *la mano de hierro del Estado*, castiga, solo que el castigo es simplemente una pérdida de ganancia. Por ejemplo, quienes ofrecen un bien o servicio a un precio exorbitante son castigados por los consumidores que dan su dinero a otros proveedores. A diferencia de *la mano de hierro del Estado*, aunque provoca un patrón de conducta, haciendo, por ejemplo, que los proveedores ofrezcan sus bienes y servicios a un precio competitivo, no es este el objetivo deliberado que persiguen los consumidores que infringen el castigo. Lo único que el consumidor quiere es pagar un precio menor para poder disponer de mayor riqueza.

La mano del mercado es invisible porque las conductas que imponen la sanción de la pérdida de ganancia no tienen por objetivo generar el patrón de conductas que terminan provocando. No se castiga al agente a quien se priva de recibir una ganancia con la intención deliberada de que se comporte de cierto modo (Brennan y Pettit, 2004, p. 5).

Que esta *mano invisible del mercado* guía la conducta de los abogados es algo que se encuentra fuera de discusión. No podría ser de otro modo, si se tiene en cuenta que existe un mercado de servicios legales en el que los abogados ofrecen su trabajo a cambio de recibir una remuneración económica. Si existe un mercado movido por el ánimo de obtener ganancias, es lógico pensar que existen patrones de conductas generados en los abogados, de manera no intencional, por el comportamiento de quienes demandan y consumen lo que aquellos ofrecen.

El problema reside en cuánto puede ser dejado a la regulación del mercado. Algunos aspectos, como quiénes son los que pueden ofrecer servicios legales, han estado tan regulados por el derecho que nos es

⁸ Esta connotación no está presente en el empleo que Brennan y Pettit hacen de la expresión puesto que ellos consideran que la mano de hierro del Estado también puede actuar a través del ofrecimiento de recompensas o premios. Aunque es cierto que el Estado apela a estas técnicas de motivación, pienso que el derecho es la principal herramienta de motivación empleada por el Estado y la amenaza de sanción es el principal incentivo utilizado por sus normas.

difícil imaginar que pudiese ser de otro modo. Nos parece inconcebible un sistema en el que cualquier persona – haya recibido o no el título profesional o la matrícula pública – pueda ofrecer auxilio legal. Nos parece que el único modo de garantizar que los ciudadanos reciban una asistencia legal de calidad es que el acceso al mercado esté restringido a aquellos que hayan demostrado, de manera previa, ser competentes. Solo *la mano de hierro* puede garantizar que quienes ofrecen servicios jurídicos se hayan preparado para hacer su tarea de manera adecuada.

Sin embargo, aun este aspecto de la profesión puede ser dejado en manos del mercado. Así lo atestigua el hecho de que en algunas jurisdicciones este ha sido el caso en el pasado. En los Estados Unidos, “el acceso abierto con control *ex post* de la corte fue esencialmente el sistema durante el siglo diecinueve” (Barton, 2003, p. 1235). Para ejercer la profesión no era necesaria una autorización estatal previa que sirviese para garantizar idoneidad. Quien permanecía, y quien no, ofreciendo sus servicios profesionales dependía de cuánto éxito hubiese tenido en sus intervenciones previas y cuán satisfechos hubiesen quedado sus clientes. *La mano invisible del mercado* era la que determinaba que solo quienes tenían la competencia necesaria para ejercer la profesión lo siguiesen haciendo.

Que otros aspectos de la conducta profesional puedan ser guiados por *la mano invisible del mercado* es más fácil de percibir. Si, por ejemplo, se busca que los abogados ofrezcan sus servicios a precios razonables, lo que asegura que no solamente quienes tienen riqueza puedan tener acceso a la justicia, un posible camino es permitir que un número mayor de personas ofrezcan servicios legales, eliminando todas las trabas legales que entorpezcan la libre oferta y demanda. Eliminar las restricciones a la publicidad, quitar toda regulación sobre los honorarios especialmente la referida a topes mínimos, permitir que los clientes puedan brindar referencias de su abogado a otros potenciales clientes, no condenar la sollicitación de clientes, aumentaría la competitividad del mercado de servicios legales provocando que fuesen ofrecidos a un precio más bajo. *La mano invisible del mercado*, en este caso, guiaría a los abogados a comportarse de una manera que favorecería el acceso a la justicia de la ciudadanía.

Aunque sea difícil de imaginar, el funcionamiento de *la mano invisible del mercado*, podría llevarse al extremo y dejarse toda la regulación de la conducta profesional en poder del mercado. En este caso el comportamiento de los abogados no estaría regulado por normas legales, disciplinarias o penales, que castigan las conductas indeseables. La supresión de toda regulación legal implicaría “eliminar la regulación de ingreso, y descansar en la responsabilidad legal *ex post* por mala praxis para proteger y compensar a los consumidores dañados” (Barton, 2003, p. 1233).

En este caso, ni quienes pueden ofrecer servicios legales, ni cómo deben comportarse, estaría determinado por *la mano de hierro del Estado*. Esto, por supuesto, no equivaldría a sostener que la conducta de los abogados no podría traer aparejada ninguna responsabilidad legal. El mercado no es un fenómeno natural, sino una institución que precisa para su funcionamiento de la existencia de normas jurídicas. Son necesarias, al menos, normas jurídicas que concedan y protejan la propiedad privada, y normas contractuales que permitan la libre transferencia de bienes y servicios, castigando el incumplimiento y reparando el daño que causa. Para que *la mano invisible del mercado* funcione, es necesario que existan normas jurídicas. En el caso de los abogados, es necesaria la existencia de normas que permitan la libre transferencia de los servicios ofrecidos a cambio de un precio, castigando a la parte que no cumple con lo pactado y exigiendo que sea reparado el daño que sufre. Es decir, para que el mercado de servicios legales funciones es necesario que el abogado quede sujeto a la responsabilidad civil por mala praxis.

Podría pensarse que, si para que funcione el mercado son necesarias normas legales de carácter civil, es imposible que la conducta profesional sea enteramente guiada por *la mano invisible del mercado*. Siempre

sería necesaria *la mano de hierro del Estado*, que se encontraría sosteniendo el funcionamiento del mercado. Esta idea es equivocada, ya que las normas legales de carácter civil que fijan la responsabilidad por mala praxis profesional no tienen por objetivo la motivación de conductas de manera indirecta. La norma que establece, por ejemplo, el deber de indemnizar el daño causado con la conducta profesional indebida no tiene por objetivo disuadir la realización de la conducta dañosa. Esta norma no tiene la misma función que la norma disciplinaria o penal que establece una multa, aun si ambas traen aparejadas consecuencias patrimoniales. Mientras la norma que fija la indemnización por mala praxis intenta que quien causó el daño internalice los costos de su acción dañina, la norma que establece una multa pretende disuadir la comisión de la conducta dañosa. Las dos son normas legales, las dos tienen consecuencias patrimoniales, pero en el caso de la norma civil la indemnización no tiene por objetivo motivar de manera indirecta la conducta del abogado.

Un ejemplo concreto puede ser de ayuda: el artículo 2590 del Código Civil Federal de México establece que “el procurador o abogado que revele a la parte contraria los secretos de su poderdante o cliente o le suministre documentos o datos que lo perjudiquen, será responsable de todos los daños y perjuicios”. El objetivo de esta norma no es motivar de manera indirecta que los abogados guarden confidencialidad. La norma no busca guiar la conducta de los abogados para que no revelen la información que se les ha confiado, sino reparar el daño que revelar esta información ha causado al cliente.

Las normas disciplinarias o penales cumplen una función diferente. Así, por ejemplo el Código de Ética de Córdoba amenaza con sanción a quien viole “los deberes impuestos por el secreto profesional” (Ley 5805, 1974: artículo 21 N° 28). Aquí lo que se busca es motivar a los abogados, a través de la coacción, para que no revelen información confidencial. En este caso *la mano de hierro del Estado* intenta de manera deliberada guiar la conducta de los abogados para que se comporten de la manera deseada, y se abstengan de revelar la información que les fue confiada.

Lo señalado muestra que, aunque para garantizar el buen funcionamiento de los servicios legales son necesarias normas legales, es posible que la conducta profesional de los abogados esté guiada íntegramente por *la mano invisible del mercado*. Esta puede hacer que los abogados se comporten de la manera deseada —ofreciendo sus servicios a precios razonables, brindando servicios de calidad, respetando la confidencialidad, etcétera— sin utilizar la imposición de castigos que tienen por objetivo deliberado la disuasión de la conducta no deseada.

4. La mano intangible del honor

La búsqueda de honor o prestigio —y no solo el intento de evitar las sanciones estatales o tener éxito en el mercado— puede servir de guía de conducta. *La mano intangible del honor* se asemeja a *la mano invisible del mercado* por emplear sanciones que no tienen por objetivo deliberado incentivar la aparición del patrón de conducta que provoca. Se diferencia de esta, en cambio, por el tipo de sanciones que emplea, las que no consisten en la realización de acciones —como encarcelar, imponer multas o elegir otro proveedor del servicio—, sino en la formación de actitudes positivas o negativas.

La búsqueda de honor puede generar patrones agregativos de comportamiento que no son queridos intencionalmente por los agentes que tienen actitudes negativas o positivas en relación con otros. Que otros individuos piensen bien de quienes realizan ciertas conductas —confiriéndoles estima— o pertenecen a cierto grupo —confiriéndoles respeto en el reconocimiento— y piensen mal de los que se comportan

de otro modo o pertenecen a otros grupos, provoca la aparición de un patrón de comportamiento que quienes pensaron bien o mal, no tenían la intención deliberada de causar.⁹

Estimar a alguien de manera positiva o negativa implica tener en relación con él una actitud, no realizar una acción. Estimar positivamente a alguien implica evaluarlo de manera favorable por algo valioso que ha hecho, medido por el estándar que se aplica a su grupo de referencia. Es, por lo tanto, una actitud evaluativa – porque implica clasificar a las personas —comparativa— porque la clasificación se hace tomando como punto de comparación a otros —y directiva— porque se compara a las personas en aspectos sobre los que pueden hacer algo. Estimarlos negativamente implica evaluarlos de manera desfavorable (Brennan y Pettit, 2004, p. 16).

Así, por ejemplo, si estimamos a alguien por ser una enfermera cordial, tenemos en relación con ella una actitud evaluativa positiva. El grado de cordialidad que hace que una enfermera merezca ser estimada depende del grupo de pertenencia. El grado de cordialidad por el que estimamos y honramos a una enfermera, puede ser menor que el grado de cordialidad que exigimos para brindar nuestra estima a un padre o una madre. Nuestro juicio de que la enfermera lo ha hecho bien —y merece nuestra estima— o lo ha hecho mal —y no la merece o merece nuestro desprecio— depende de las expectativas que tenemos en relación a cómo los miembros del grupo al que pertenece deberían comportarse (Appiah, 2010, p. 63).

La estima está asociada con la identidad grupal, ya que el estándar con el que determinamos si alguien lo hizo bien o mal se aplica en relación con el grupo al que pertenece y con el cual se identifica. Una misma conducta puede ser merecedora de estima si es realizada por alguien como miembro de un grupo, pero puede no serlo si es realizada como miembro de otro. Si la misma enfermera brindase la misma cordialidad a sus hijos, que aquella que brinda a sus pacientes, seguramente no nos parecería merecedora de estima como madre. Esto porque el estándar que se le aplica en tanto miembro del grupo de madres es diferente del estándar que se le aplica como miembro del grupo de enfermeras.

Una forma de respeto, diferente a la estima, es la que se le brinda a alguien por meramente pertenecer a un colectivo. Este respeto en el reconocimiento, al igual que la estima, está asociado con la identidad grupal. Este segundo sentido en el que el conferir respeto se vincula con la identidad grupal es diferente del anterior. En este caso la membresía grupal hace que tengamos en relación con ciertos individuos actitudes positivas o negativas y les mostremos o no respeto (Appiah, 2010, p. 13). Se trata de una actitud evaluativa —porque establece una clasificación— y puede ser directiva —si el aspecto por el que se los reconoce es uno que puede ser modificado a través de conductas—, pero a diferencia de la estima, no es comparativa porque no establece una jerarquía entre aquellos que lo reciben. El respeto en el reconocimiento es brindado por igual a todos los que pertenecen al grupo valorado.

Así, por ejemplo, la enfermera puede ser valorada de manera positiva meramente por ser una enfermera. Esta actitud es evaluativa, y directiva, porque el hecho de que sea o no enfermera depende de las conductas que tomó en el pasado y de las que decida llevar adelante en el futuro. Si decidiese dejar de ser enfermera, podría hacerlo. Sin embargo, no es una actitud comparativa porque todas las enfermeras son valoradas por igual, por el mero hecho de serlo.

⁹ Brennan y Pettit analizan la posibilidad de un mercado de la estima, que guía la conducta de los ciudadanos a través de una mano intangible. Creo que lo que señalan puede extenderse a otras formas de honor como el respeto en el reconocimiento. La distinción entre estos tipos de honor pertenece a Anthony Appiah (Appiah, 2010, p. 176)

Existe, por último, un tercer modo en que la estima y el respeto en el reconocimiento están vinculados con la identidad grupal. Tener una identidad compartida con otros hace que nos sea atribuido, y percibamos como propio, el respeto que otros reciben o se les niega (Appiah, 2010, p. 162). Si nuestra universidad tiene un profesor que es laureado con un premio, él recibe estima por el logro alcanzado, pero todos los profesores de la universidad nos sentimos honrados por ser miembros del mismo cuerpo académico. Lo mismo se aplica en caso de que los profesores compartan una misma identidad grupal y uno de ellos se comporte de manera inapropiada. La deshonra, en este caso, cae sobre todos.

La mano intangible del honor guía la conducta de los individuos que persiguen la estima y el reconocimiento. Si una profesión es honrosa, y quienes pertenecen a ella son vistos con respeto, más individuos estarán movidos a elegirla. *La mano intangible del honor* regula, en este caso, el acceso a la profesión. Lo mismo se aplica a las conductas profesionales. Si ciertos modos de comportarse son considerados como no merecedores de respeto, y estas conductas comienzan a ser miradas con malos ojos por otros que comparten la misma membresía colectiva, *la mano intangible del honor* provocará la aparición de un patrón de comportamiento que se ajuste a la conducta considerada honrosa.

La mano intangible del honor también ha regulado en el pasado, en algunas jurisdicciones, la conducta de los abogados. No obstante, su acción ha decaído con el tiempo, y su utilización hoy es casi nula. Este devenir queda claro, por ejemplo, en la manera en que ha sido regulada la profesión de abogado en los Estados Unidos a lo largo del tiempo. Durante el siglo XIX la profesión estuvo regida por los *Canons*. Estos poseían dos características destacables. En primer lugar, tenían un fuerte tono republicano que presentaba al rol de abogado como un cuasi-funcionario público que debía tener en mente no solo el interés del cliente sino también el bien común. Esto se debía a que los *Canons* se habían inspirado en un ensayo¹⁰ sobre ética profesional escrito por el jurista republicano, George Sharswood (Pearce, 1992, pp. 243-247). En segundo lugar, los *Canons* no tenían un sistema formalizado de sanciones sino que “representaban normas fraternales emanadas de una asociación profesional autónoma” (Pearce, 1992, p. 246).

Estas normas fijaban la manera en que un miembro del grupo debía comportarse para merecer el respeto en el reconocimiento que traía aparejado ser abogado. Los abogados las veían como sus propios estándares y se sentían avergonzados por la transgresión en que pudiese incurrir cualquier otro abogado. Es decir, estaban preocupados por comportarse de acuerdo con estas normas porque eso los hacía merecedores del respeto asociado con la profesión. Los movía la búsqueda del respeto en el reconocimiento. Adicionalmente, buscaban satisfacer los estándares definidos por esas normas para destacarse en relación con los demás, haciéndose merecedores de estima. Finalmente, estaban preocupados porque los demás también se ajustasen a los estándares, aun si no llegaban a su grado de excelencia, porque la conducta deshonrosa en la que incurría otro abogado era percibida por ellos como propia.

Este sistema basado en el honor —en la estima y en el respeto por el reconocimiento— fue paulatinamente sustituido por uno basado en la coacción estatal. En 1970 la ABA reemplazó los *Canons* por el *Model Code* y en 1983 reemplazó a éste por las *Model Rules*, que son reglas formales de carácter disciplinario respaldadas por la amenaza de sanciones legales (Pearce, 1992, p. 247). *La mano intangible del honor* fue desplazada por *la mano de hierro del Estado*.

Lo que muestra el caso estadounidense es que es posible estructurar un ordenamiento de la profesión a través del honor, donde el acceso a la misma y el modo de comportarse de quienes la ejercen no esté motivado por el temor a la coacción estatal, o la búsqueda de lucro. Aunque creo que lo acontecido en el

¹⁰ Se trata de *An Essay on Professional Ethics* (1907)

caso estadounidense puede encontrarse replicado en otros países, si este sistema basado en el honor existió en el pasado en otras jurisdicciones, es un asunto que corresponde a los historiadores determinar. Lo cierto es que, sea o no el caso que en el pasado la profesión en general haya estado regulada por el honor, como efectivamente sucedió en Estados Unidos, hoy no parece estarlo. Cualquiera que propusiese apelar al honor para regular la conducta de los abogados aparecería como alguien al menos ingenuo. *La mano intangible del honor* parece, en el mejor de los casos, haber sido algo de otra época o latitudes, y en el peor, una especie de mito reconfortante que haríamos bien en no tomar demasiado en serio.

Existe una desconfianza generalizada en los controles a través del honor y se piensa que lo único que puede efectivamente regular la profesión es *la mano de hierro del Estado* y *la mano invisible del mercado*. La amenaza de sufrir sanciones formales o padecer alguna pérdida económica parecen ser los únicos motivos confiables en los que podemos descansar para guiar la conducta profesional.

Diferentes causas explican por qué el control de la conducta de los abogados a través del honor, a pesar de que haya efectivamente funcionado en el pasado, como muestra el caso estadounidense, nos parezca hoy implausible. En primer lugar, en general es asumido que la búsqueda de estima es un medio para alcanzar algún beneficio material (Brennan y Pettit, 2004, p. 7). Los abogados estarían preocupados porque otros y la sociedad en general los vea de un buen modo, pero solo porque esto les permite maximizar sus ganancias económicas. Si este es el caso, es más confiable organizar la profesión a través de *la mano invisible del mercado* que apelando al honor.

En segundo lugar, la búsqueda de honor a través del reconocimiento y la estima nos parece propia de una clase social aristocrática que no encaja bien con nuestras sociedades democráticas (Brennan y Pettit, 2004, p. 8). El hecho de que los aristócratas, a quienes enfrentaba la Ilustración y el Liberalismo político, descansaran en un sistema basado en el honor para guiar sus conductas, condujo a pensar que eliminar la forma aristocrática de organización social implicaba también eliminar cualquier sistema motivador de la conducta fundado en el honor. En consecuencia, cualquier apelación al honor para organizar la conducta profesional de los abogados es vista como una especie de vindicación de un momento pasado en que el acceso a la profesión estaba reservado a un conjunto reducido de familias patricias que compartían un sentido de pertenencia a una aristocracia de origen.

En tercer lugar, la motivación de la conducta a través del honor nos parece que requiere en algún sentido subordinar al individuo a su grupo de pertenencia. Como hemos señalado el control de la conducta a través del honor no solo requiere que a cada individuo le sean atribuibles sus propias conductas, sino también las conductas de su grupo. Esto aparentemente es contrario a la idea liberal de que uno solo es responsable, y merece premio o castigo, por las conductas propias. La idea de que cada abogado es miembro de un colectivo y que comparte la honra o deshonor que cae sobre los otros aparece en tensión con la idea central del Liberalismo de que lo moralmente relevante son las conductas que realiza el individuo y no su grupo de pertenencia.

A pesar de lo plausible que parecen estas tres razones para no apelar al honor en la regulación de la profesión de abogado, todas descansan en algún error. Primero, la idea de que la búsqueda del honor siempre es un medio para alcanzar algún beneficio material no solo es falsa, sino que es posible que, en realidad, se dé exactamente lo opuesto. En una sociedad mercantilizada la búsqueda del éxito económico a través del ejercicio profesional se transforma en un medio de ser visto con estima. La búsqueda de la riqueza, entonces, no sería el motivo último que guía la conducta, sino un instrumento para alcanzar la estima y el reconocimiento. Tal como señala Debora Rhode, para la mayoría de los abogados “sus ingresos son una medida clave de su realización personal y autoestima, y un marcador de su posición social. El

deseo de impresionar y ostentar está profundamente enraizado en la naturaleza humana” (Rhode, 2015, p. 22). *La mano intangible del honor* estaría funcionando para guiar la conducta profesional, pero no en el sentido correcto o deseable.

En segundo lugar, aunque es cierto que los comportamientos aristocráticos estaban respaldados por un sistema basado en el honor, no existe ninguna razón para pensar que los únicos individuos que puedan ser motivados por la búsqueda de estima y reconocimiento sean aristócratas. La búsqueda de estima y reconocimiento es algo distintivo de nuestra especie, sería raro que solo una clase pudiese guiar sus conductas por el honor o que un sistema basado en el honor solo pudiese generar patrones de conducta aristocráticos. La constatación de que los códigos de honor de los aristócratas son contrarios a una idea democrática de sociedad no sirve de base para concluir que en una sociedad democrática no puede funcionar un sistema basado en el honor. Lo único que se precisa es un sistema basado en el honor que no genere patrones aristocráticos de comportamiento.

Finalmente, es necesario distinguir la idea liberal de que el individuo es valioso y debe ser protegido garantizándoles derechos que funcionan como barreras incluso frente a su grupo de pertenencia, de la idea atomista de sociedad que sostiene que el individuo está constituido de manera previa e independiente a sus vínculos sociales. El Liberalismo, en su versión política y no comprehensiva,¹¹ es compatible con sostener que los individuos tienen vínculos constitutivos con ciertos grupos.¹² Es perfectamente posible ser liberal, y sostener que los individuos poseen deberes y derechos en tanto individuos, y a la vez sostener que la membresía de estos individuos a ciertos grupos —como la familia, la comunidad lingüística o la comunidad política— los hace quienes son (Seleme, 2004, pp. 300-306). Lo único que requiere el control a través del honor de la profesión de abogado es que estos se reconozcan como parte de un colectivo cuya membresía constituye, en parte, su propia identidad individual. Es decir, el control a través del honor es incompatible con una concepción atomista de la sociedad, pero este modo de concebir la sociedad no es propio del Liberalismo político.

En síntesis, la búsqueda del honor es otro de los motivos que pueden generar patrones de comportamiento. Utilizar este tipo de sistema para controlar la conducta de los abogados no solo es posible, como lo muestra el hecho de que un sistema semejante estuvo en vigor en el pasado en algunas jurisdicciones, sino que también es deseable porque, contrario a las apariencias, la búsqueda de reconocimiento y estima no es algo meramente instrumental para obtener beneficios económicos, no implica un compromiso con una visión aristocrática de la profesión que se encuentra en tensión con valores democráticos, ni se encuentra en pugna con el ideal liberal de que el individuo es en sí mismo valioso y debe ser protegido.

La mano intangible del honor puede hacer que los abogados se comporten de la manera deseada —no perjudicando a terceros, siendo veraces en sus afirmaciones frente al tribunal, controlando el buen comportamiento de sus colegas, etcétera— sin utilizar la imposición de castigos que tengan por objetivo deliberado la disuasión de la conducta no deseada, ni descansar en el deseo de obtener beneficios económicos.¹³

¹¹ Esta es la versión presentada y defendida por John Rawls en *Political liberalism* (1993).

¹² Quienes han llamado la atención sobre la existencia de vínculos sociales de carácter constitutivos han sido los comunitaristas (Taylor, 1989; Sandel, 1982).

¹³ Wendel (2003) ha mostrado cómo en los Estados Unidos la institución del *descubrimiento* de información a la parte contraria está principalmente regulada por mandatos basados en el honor. Su hipótesis es que esta institución no funciona gracias a los controles legales, sino a incentivos informales tales como la búsqueda de mantener el propio prestigio y reputación (p. 1573). Aunque el trabajo de Wendel intenta mostrar que el control a través del honor de las conductas de los abogados está actualmente en funcionamiento, analizando una instancia concreta de control, no distingue adecuadamente el control ejercido por el mercado del ejercido por el honor. Su interés es mostrar que existen sistemas informales de control que no están respaldados por sanciones legales, pero dentro de esta categoría quedan incluidos no solo los sistemas basados en el honor sino también aquellos basados en la búsqueda de lucro.

Los atractivos de emplear este sistema de control para guiar la conducta de los abogados son de dos tipos. En primer lugar, el sistema es mucho más eficiente dado que se asienta en el control de pares (Appiah, 2010, p. 193). Los encargados de monitorear la conducta profesional no son agentes o cuerpos especializados, que deben esforzarse por encontrar información en un ámbito donde la confidencialidad es la regla, sino cada uno de los abogados. Esta idea del control de pares es una de las que justifica la colegiatura de la abogacía. Sin la idea de honor la función de la colegiatura es trastocada por completo, transformándose las asociaciones profesionales en meros lobbies.¹⁴ En segundo lugar, el sistema de control permite que los abogados protejan los derechos de sus clientes frente al poder de interferencia arbitrario del Estado. El control de pares en base al honor evita la interferencia del Estado en la conducta de los abogados, permitiéndoles que estos se transformen en barreras frente al accionar estatal indebido. Mientras más injerencia tenga *la mano de hierro del Estado* en el ejercicio profesional, menos posibilidades tienen los abogados de cumplir con esta función de salvaguarda frente a la invasión estatal de los derechos ciudadanos.

5. La voz interna de la conciencia

La ética, o las razones morales que pueden darse a favor o en contra de cierta conducta, es otra forma de control del ejercicio profesional. No hablamos en este caso de una *mano* sino de una *voz interna*, porque lo que motiva no son sanciones legales, económicas o actitudinales, que terminan provocando la aparición de un patrón de conducta. Lo que motiva son las razones morales que se hacen presente a la propia conciencia señalando cuál es la conducta que debe seguirse.¹⁵

La objetividad de las razones morales, y su seguimiento por parte de quienes son capaces de percibir las, produce la aparición de un patrón de conductas. Los individuos terminan comportándose de manera semejante porque, en tanto seres sensibles a las razones, buscan que sus conductas se ajusten a las razones morales que han descubierto. Así, por ejemplo, no matamos a las personas que nos exasperan porque la conducta esté reprimida por el código penal, porque pueda acarrearlos costos económicos, o porque nos parezca una conducta deshonrosa, sino principalmente porque tenemos razones morales para no hacerlo. Que estas razones sean objetivas y que todos, en tanto sujetos dotados de racionalidad, podamos en mayor o menor medida percibir las, termina provocando la aparición de un patrón de comportamiento según el que omitimos cometer homicidios.

Que algunos individuos no motiven su conducta por la voz de su conciencia —porque fallan en descubrir las razones morales que se les aplican o deciden no actuar de acuerdo con ellas— vuelve necesaria la existencia de otro tipo de controles, como los basados en las sanciones legales, económicas o en el honor. Esto, sin embargo, no debe oscurecer la enorme fuerza motivacional que posee la moral. *La voz interna*

¹⁴ He explorado las diferentes funciones que asumen los colegios de abogados según cuál sea la teoría política en la que se enmarcan en otro lugar (Seleme, 2019)

¹⁵ En el caso de la moral podría alegarse que la culpa es la sanción que motiva la conducta. Se trataría de una sanción interna, a diferencia de todas las anteriores que son impuestas por otros. Creo que la culpa es lo que motiva el cumplimiento de las reglas de moralidad social, sostenidas en la creencia compartida socialmente de que ciertas conductas son correctas, pero no es lo que motiva el comportarnos de la manera en que cada uno de nosotros, con independencia de lo que piensen los demás, considera correcto. Creo que sostener que las razones morales motivan, y no la culpa, es compatible con adoptar una posición internalista o externalista en materia moral. La discrepancia entre estas dos posiciones es acerca de si las consideraciones morales motivan de manera necesaria o contingente (Brink, 1989, p. 42). La culpa es una sanción interna provocada externamente (Hart, 1961, p. 179-80). Es un tipo de sanción social, diferente a la coacción estatal, la estima, el reconocimiento o la pérdida económica. Si la moralidad social es un sistema que intenta motivar la conducta de manera indirecta, apelando a este tipo específico de sanción externa, es un sistema de control que se distingue de los cuatro analizados en el texto.

de la conciencia es tan o más poderosa que *la mano de hierro del Estado*, *la mano invisible del mercado* o *la mano intangible del honor*.

La conducta de los abogados, como es obvio, también se encuentra motivada y controlada por consideraciones éticas o morales. Ha existido una extensa reflexión ética sobre cuál es la manera correcta en que un abogado debe comportarse, por ejemplo, guardando reserva sobre la información confidencial que le ha brindado el cliente, evitando ubicarse en situaciones donde existan conflictos de intereses, promoviendo los intereses del cliente y volviendo audible sus opiniones.

Así, para tomar solo uno de estos asuntos, se señala que si el abogado pudiese revelar libremente la información confidencial del cliente esto vulneraría su dignidad porque equivaldría a forzarlo a declarar en contra de sí mismo, no permitiría que sus opiniones e intereses fuesen introducidos en el proceso legal porque entorpecería el flujo de información con su abogado (Luban, 2005) o favorecería que personas inocentes fuesen condenadas (Luban, 2007, pp. 33-40). Estas razones de índole moral pueden actuar como frenos que eviten que los abogados revelen la información que sus clientes les han confiado.

Los abogados han desarrollado una genuina reflexión ética acerca de su comportamiento profesional que, sin embargo, en gran medida pasa desapercibida aun para ellos mismos. La ética de los abogados ha progresivamente desaparecido de nuestra mirada, contribuyendo a generar la percepción de que la moral no tiene nada que hacer a la hora de controlar la conducta profesional.

Diferentes consideraciones explican esta situación. La primera, se vincula con el hecho de que las conclusiones de las reflexiones morales sobre el ejercicio profesional han sido trasladadas en muchos casos a textos de carácter legal denominados *códigos de ética*. En muchas jurisdicciones estos códigos de ética están respaldados por el poder coercitivo del Estado. Las conclusiones éticas han sido incorporadas a un tipo de derecho penal disciplinario. Esta incorporación en textos legales de conclusiones obtenidas a partir de argumentos morales ha hecho que muchos abogados identifiquen la reflexión ética o moral sobre el ejercicio profesional con el conocimiento de las reglas disciplinarias. Para ellos, aprender la ética de los abogados no consiste más que en memorizar un conjunto de normas y analizar el modo en que son interpretadas por los órganos encargados de aplicarlas e imponer sanciones. Que los preceptos éticos hayan sido respaldados *por la mano de hierro del Estado* ha oscurecido que su fuente primigenia fue *la voz interior de la conciencia*.¹⁶

La segunda razón que ha contribuido a ocultar la existencia de una ética de los abogados se vincula con un clima de época que ve a las cuestiones morales como carentes de cualquier tipo de respuesta racional u objetiva. Si la ética no es más que cuestión de opinión, si toda respuesta moral es igualmente valiosa sin importar la solidez de los argumentos que la respaldan, no existe ningún patrón de conducta que la ética pueda generar. Lo único objetivo que queda de donde asirse para guiar la conducta profesional son las normas disciplinarias o los *códigos de ética*.

Los arrojados al relativismo piensan que si existe una voz interior de la conciencia, esta le habla a cada abogado en sus propios términos, y no hay nada objetivo que la respalde. La voz interior de la conciencia

¹⁶ Esta tendencia de los abogados a identificar la ética con las normas disciplinarias se ha visto favorecida por un modo de abordar la ética profesional por parte de los teóricos. Esta se presentó como el estudio de las reglas disciplinarias y la manera en que han sido interpretadas por los órganos de aplicación (Andruet *et al.*, 2017; Arrigoni, 2010; Aparisi, 2019; Sanchez, 2012).

le dice a cada uno cosas diferentes y hasta contradictorias, todas igualmente válidas, y es, por lo tanto, incapaz de generar algún patrón de comportamiento.¹⁷

Las dos causas que explican el oscurecimiento de la ética como forma de guiar la conducta de los abogados descansan en errores que deben ser despejados. En primer lugar, los *códigos de ética* de carácter disciplinario, no forman parte de un sistema de control de comportamiento fundado en la moral. Estos códigos han incorporado las conclusiones de razonamientos morales previos acerca del modo adecuado de comportarse. La ética de los abogados se encuentra, dicho con una metáfora, detrás de los *códigos de ética*, en el conjunto de razones morales que justifican sus normas.

Las razones morales que justifican las normas disciplinarias incorporadas en los *códigos de ética* funcionan como una guía diferenciada de la conducta profesional. El enfoque legalista de la ética profesional —que la reduce al estudio de los *códigos de ética*— colapsa ambos sistemas tratándolos como si fuesen uno, simplemente porque su contenido es mayormente coincidente.

En segundo lugar, el relativismo en relación con la ética de los abogados es difícil de sostener cuando se advierten las conclusiones convergentes a las que han arribado diferentes juristas en diferentes épocas y culturas. Un modo de advertir esta convergencia es observar el contenido similar que poseen los diferentes *códigos de ética* en los que ha sido cristalizada la reflexión moral de los juristas sobre la forma correcta de ejercer su profesión. Si no existiesen razones objetivas que respalden el deber de confidencialidad, el de lealtad al cliente, el de evitar los conflictos de intereses, ¿qué podría explicar que códigos de diferentes jurisdicciones los hubiesen incluidos entre sus normas?¹⁸

Adicionalmente, el relativismo es difícil de sostener en primera persona. Afirmar que somos sujetos sensibles a razones y a la vez sostener que el Relativismo es cierto parece conducir a una contradicción pragmática. Si adopto un curso de acción porque creo que existen razones para seguirlo, es porque creo que se trata de razones genuinas. Si creo que son razones genuinas, entonces también debo creer que deben ser válidas para cualquier sujeto sensible a razones. Es decir, estoy comprometido a sostener que no solo son válidas para mí, sino también para cualquier sujeto racional. No es posible seguir la voz interna de la propia conciencia convencido de que nos ha señalado genuinas razones para actuar, sin estar comprometido a sostener, al mismo tiempo, que esas razones para actuar también son válidas para otros sujetos racionales. Si quiero sostener que lo que dicta mi conciencia es solo válido para mí, o debo abandonar la idea de que mi conducta está guiada por genuinas razones o bien debo sostener que los demás no son sujetos racionales.

En síntesis, la motivación por hacer lo correcto, por ajustar la conducta a razones morales, es otra alternativa para generar patrones de comportamiento. Utilizar a la moral y a la ética para controlar la conducta de los abogados es una posibilidad adicional que tenemos abierta. Solo es necesario advertir que la ética de los abogados no se encuentra en los *códigos de ética* de carácter disciplinario, sino detrás de ellos, y que existen razones morales-objetivas, como atestigua la respuesta convergente que a los problemas morales han brindado los abogados a lo largo del tiempo.

¹⁷ Una reducción de la ética profesional a las normas disciplinarias y una visión relativista de la ética se puede encontrar de manera cruda en Neil MacCormik (1996), para quien “el derecho es institucional mientras que la moral es controvertida y personal”. El derecho es heterónimo, mientras que la moral es autónoma. Adicionalmente, la “heteronomía es también una característica de la ética profesional cuando es delegada a asociaciones profesionales o sus tribunales de disciplina o a los comités de ética [...]. Así entendida, la ética profesional también es heterónoma, autoritativa e institucional” (pp. 170-71).

¹⁸ La vinculación entre la existencia de desacuerdos morales y el relativismo se encuentra en diferentes autores, entre los que se destacan Foot (2002), Wong (1984) y Harman (1996). Lo que se hace en el texto es invertir la relación y mostrar que la existencia de acuerdos morales es una razón para dudar de la validez del relativismo.

La voz interior de la conciencia puede hacer que los abogados se comporten del modo en que deseamos, sin estar movidos por el deseo de evitar los castigos legales, obtener ganancias económicas o acrecentar su reconocimiento y estima.

6. Recuperando el honor y la ética

Haber identificado la existencia de cuatro sistemas de control para guiar la conducta de los abogados vuelve visible diferentes problemas. Uno, que no abordaré en este trabajo, se refiere a cómo debe diseñarse el funcionamiento de los diferentes sistemas de control de manera que juntos trabajen coordinadamente. Existe el riesgo de que, si esto no se hace, la conducta de los abogados esté sujeta a sistemas de control que se cancelan recíprocamente.

Así, por ejemplo, es posible que aumentar los controles legales y los mecanismos formales de vigilancia sobre la profesión impida o entorpezca el funcionamiento de los mecanismos fundados en el reconocimiento y la estima. Tratar a los abogados como potenciales delincuentes que deben ser disuadidos por el temor a la coacción tiene efectos negativos en términos de respeto en el reconocimiento. Exacerbar la presencia de estos mecanismos transmite la impresión de que los abogados no son dignos de confianza y, por lo tanto, que pertenecer al grupo de los abogados no es algo digno de respeto. Que una profesión sea considerada deshonrosa provoca que *la mano intangible del honor* funcione de un modo indeseable, alejando del ejercicio profesional a las personas que valoran su honra. Esto genera un círculo difícil de revertir, porque si las personas que valoran su honra son alejadas de la profesión el control en base al honor se vuelve más difícil.¹⁹

Adicionalmente, sumar controles legales para disuadir las conductas profesionales indebidas puede contribuir a disminuir la motivación que tienen los abogados de comportarse de la manera deseada. La aparición de motivos prudenciales —vinculados con evitar el castigo— eclipsa los motivos fundados en la virtud y el honor que esta merece como recompensa. Cuando interviene *la mano de hierro del Estado* amenazando con sanciones penales o disciplinarias “las cosas cambian, de tal modo que la conducta en cuestión ahora no es vista como el ejercicio de una presunta virtud —ni como un desempeño que atrae estima— sino más bien como una respuesta racional a las recompensas o penalidades que han sido establecidas” (Brennan y Pettit, 2004, p. 302).

Un problema anterior a la coordinación de los sistemas de control, en el que sí me detendré, es el de dos medidas concretas que podrían adoptarse para que los sistemas cuyo funcionamiento se encuentra hoy entorpecido —el fundado en el honor y en la moral— puedan recuperar su centralidad. Esta tarea es previa a la de coordinación porque si no están dadas las condiciones para que un sistema de control funcione no tiene ningún objeto preocuparse por su funcionamiento coordinado.

El lugar privilegiado para intentar cualquier modificación en los sistemas de control de la conducta de los abogados son las universidades en las que se forman. Por este motivo mis dos propuestas —referidas respectivamente a las condiciones de control a través de la moral y el honor— están dirigidas a la manera en que se enseña el Derecho. El objetivo de proponerlas no es brindar una respuesta exhaustiva al problema, que dada su complejidad requeriría de múltiples reformas, sino ofrecer ejemplos concretos de cursos de

¹⁹ Brennan y Pettit han llamado la atención acerca de cómo los mecanismos legales de control pueden dañar o destruir los mecanismos informales fundados en el honor (Brennan y Pettit, 2004, p. 6).

acción que podrían adoptarse. Percibir la complejidad de un problema puede llevar, de otro modo, a la convicción de que no puede ser enfrentado, y a la resignada inacción.

Primero, las escuelas de derecho deben trabajar para inducir en los estudiantes la idea de que forman parte de un colectivo. Se aprende a ejercer la abogacía con otros al tomar conciencia que se estudia derecho con otros. Lograr este objetivo en escuelas de derecho masificadas, como es el caso en muchas universidades públicas de Latinoamérica, es una tarea especialmente difícil. Que los estudiantes desarrollen entre ellos vínculos de pertenencia es difícil cuando forman parte de una marea de rostros indiferenciados.

Para lograr este objetivo una herramienta útil puede ser organizar grupos de cursado que sean estables a lo largo del tiempo. En las escuelas de derecho de asistencia masiva es común que los estudiantes no cursen más que unas pocas asignaturas con los mismos compañeros. Los estudiantes son tratados como átomos aislados que son agrupados azarosamente en diferentes aulas. Este régimen de cursado transmite a los estudiantes la idea de que están estudiando al lado de, o en competencia con, otros que meramente forman parte del paisaje universitario. Genera una visión atomista del estudiantado en la que cada uno es responsable solo de lo que hace, pero no es guardián de lo que hacen los demás. Esta visión, como ha sido señalado, es opuesta a la que es necesaria para que funcione el control fundado en el reconocimiento y la estima.

Por el contrario, los grupos de cursado estables permiten que el mismo conjunto de estudiante curse las diferentes asignaturas y fortalezcan sus vínculos de pertenencia. Los estudiantes pueden identificarse recíprocamente lo que posibilita el control a través del reconocimiento y la estima. Si los estudiantes han entablado vínculos con sus compañeros, entonces pueden compartir la estima que estos logran a través de su buen desempeño o compartir la deshonra que sobre ellos cae cuando no satisfacen los estándares de excelencia. Esta idea de que se está cursando la carrera en conjunto con otros, y no meramente al lado de otros, desplaza la idea perniciosa que ve al estudio del derecho como una *carrera* universitaria en la que uno debe esforzarse por llegar en soledad a la meta.

Con un régimen de cursado semejante es posible hacer que los estudiantes vean las malas prácticas a una nueva luz. Puede llamarse la atención sobre el componente colectivo que tienen las conductas indeseables, que usualmente son pensadas como transgresiones individuales. Por ejemplo, si alguien es descubierto haciendo trampa en un examen, además de recibir la sanción disciplinaria, es posible preguntar al resto de los alumnos cuál fue su actitud mientras esto sucedía y trabajar para que vean su responsabilidad. ¿No vieron a su compañero copiar? ¿Le dijeron que dejara de hacerlo? ¿Denunciaron la conducta indebida? De esta manera es posible hacerles sentir que sobre ellos también cae la deshonra provocada por la conducta indeseable llevada adelante por otro. Son presentados con la idea de que forman parte de un colectivo que facilita la realización de la conducta indeseable que hasta entonces se veía como un fenómeno individual.

En segundo lugar, vinculado a las condiciones para un sistema de control moral, las escuelas de derecho deben hacer visible a los estudiantes que ha existido una reflexión ética, llevada adelante por juristas, sobre el modo correcto de ejercer la profesión. Existen dos modos de enseñar ética profesional que no permiten alcanzar este objetivo. El primero es reducirla al estudio del *código de ética* vigente en la propia jurisdicción. Esto colapsa el control disciplinario con el control moral, impidiendo que los estudiantes perciban que las razones morales que guían la conducta de los abogados se encuentran *detrás de los códigos*. El segundo es presentar a la ética profesional como una especie de ética aplicada. En este caso se parte de principios morales generales como *no mentir, ayudar al necesitado, ser honrado*, y luego se pasa a través de

ellos las diferentes conductas de los abogados para extraer conclusiones concretas.²⁰ La ética profesional se vuelve una excusa para enseñar ética general. Se transmite la idea de que ser un buen abogado es meramente ser una buena persona. Al proceder de este modo se pasa por alto las reflexiones morales que los abogados han hecho a partir de las complicadas situaciones que enfrentan en la profesión. Se presenta una ética *para* abogados —que les instruye sobre cómo comportarse a partir de ciertos preceptos morales generales— que sirve para opacar la existencia de una ética *de* los abogados construida a partir de la experiencia humana del ejercicio de la abogacía.

Estos defectos se potencian cuando la enseñanza de la ética profesional es dejada en manos de procesalistas —que la presentan de un modo legalista— o de filósofos —que la presentan como una ética aplicada—. Tal como dice MacIntyre, los filósofos se han comportado como “una especie de cuerpos de paz intelectual” que han tratado a las diferentes profesiones y a quienes la practican como si fuesen “un país moralmente subdesarrollado” (1978, p. 37).²¹ En muchos lugares de Latinoamérica este rol ha sido desempeñado por personas que han reemplazado a la filosofía por la religión, comportándose como *evangelizadores* que desembarcan en el territorio inexplorado de la práctica profesional con el objetivo de salvar almas.

Para presentar la *ética de los abogados* que se encuentra detrás de los códigos de ética —y despegarla de la visión legalista y de la ética aplicada— es necesario comenzar su estudio indagando en los argumentos morales ofrecidos para justificar las soluciones adoptadas por los códigos. En lugar de partir de principios morales generales para luego descender al ejercicio profesional, se parte de las conclusiones a las que han arribado los juristas acerca del modo correcto de comportarse indagando las razones morales que las respaldan. Se comienza con los *códigos de ética* —a semejanza del enfoque legalista— pero se continúa buscando los argumentos morales que se encuentran detrás de éstos, fundando sus normas. Se llega así a una *ética de los abogados* generada por su propia reflexión moral, que no es una mera aplicación de principios éticos generales.

Una herramienta útil en esta tarea —que sirve a la vez para desterrar la idea relativista de que las conclusiones morales son esencialmente discrepantes y la idea legalista que colapsa el control moral con el disciplinario— es el estudio comparado de diferentes códigos de ética. Mostrar cómo diferentes códigos de ética han establecido cursos de acción semejante frente a problemas idénticos, ayuda a percibir que las razones morales que se encuentran detrás de ellos son las mismas. Identificar los argumentos morales específicos que se han ofrecido para justificar los preceptos de un código foráneo, y señalar cómo pueden emplearse para justificar los preceptos del propio código ayuda a percibir que la ética de los abogados no consiste en la mera aplicación de principios morales generales —contrario a la posición que la ve como una mera ética aplicada— tiene cierto grado de objetividad —contrario al Relativismo— y no es idéntica a los códigos disciplinarios —contrario al legalismo—.

²⁰ La ética profesional es vista como parte de una filosofía moral aplicada que toma un conjunto de principios morales generales y abstractos a los que pasa como un tamiz por todos los problemas humanos, de los que no escapan los que enfrentan los abogados, para obtener respuestas. Primero, se resuelven los asuntos de importancia teórica, y luego con los principios generales a mano se desciende a aplicarlos a los problemas concretos. Como ya las cuestiones de importancia han sido resueltas, no existe nada en el momento de la aplicación que pueda hacer variar los principios generales. Bernard Williams (1981, 1983) ha formulado una de las críticas más severas a esta forma de concebir la ética

²¹ Ted Shneyer (1984) extendió la crítica del ámbito de la profesión médica a la jurídica, diciendo que allí los filósofos se habían comportado de igual modo

7. Conclusiones

Existen al menos cuatro sistemas que pueden emplearse para guiar la conducta de los abogados: la ley, el mercado, el honor y la ética. El control a través del honor se ha visto entorpecido por una visión mercantilizada de la profesión, una concepción aristocratizante del honor y una idea atomista de sociedad. El trabajo ha mostrado que estos tres extremos son falsos y ha propuesto medidas concretas para que las escuelas de derecho forjen los lazos de pertenencia necesarios para el funcionamiento del control a través del honor entre los futuros abogados. El control a través de la ética, por su parte, se ha visto entorpecido por un enfoque reduccionista que equipara la reflexión moral al estudio y exégesis de las normas disciplinarias contenidas en los códigos de ética y una visión relativista de la moral según la que no puede encontrarse en ella ninguna guía objetiva. El trabajo ha mostrado que las consideraciones por las que la reflexión ética ha permanecido oculta están equivocadas. Ha propuesto también, medidas concretas para hacer visible la ética de los abogados que se encuentra detrás de los códigos. Específicamente, se ha sugerido que el legalismo y el relativismo podrían ser contrarrestados a través del estudio comparado de los códigos de ética de diferentes jurisdicciones, prestando atención a las razones morales que justifican las soluciones que han adoptado y el carácter convergente de las mismas.

Volver a controlar a la profesión a través de la mano intangible del honor y la voz interna de la conciencia es una tarea de carácter perentorio. Tal carácter se vuelve patente cuando se advierte lo riesgosa para los ciudadanos que es la conducta indebida de los abogados y lo difícil que es controlar la profesión desde fuera.

Referencias

- Agencia Télam (2015, 5 de julio): 'La noche de las corbatas' - Cuando la dictadura intentó silenciar a los abogados que defendían a trabajadores. Télam Digital. Disponible en: <https://acesse.dev/5qulm>.
- Andruet, Armando *et al.* (2017): Ética en el ejercicio de la abogacía - Doctrina y jurisprudencia del Tribunal de Disciplina de Abogados de la provincia de Córdoba. Advocatus.
- Aparisi, Ángela (2019): Ética profesional del abogado mexicano. Tirant lo Blanch.
- Appiah, Kwame (2010): The honor code. W. W. Norton and Company.
- Arrigoni, Carlos (2010): Per ethicam ad iustitiam (Por la ética hacia la justicia). Lerner.
- Barton, Benjamin (2003): "An institutional analysis of lawyer regulation: who should control lawyer regulation - courts, legislatures, or the market", Georgia Law Review, vol. 37, N° 4, pp. 1167-1250.
- Brennan, Geoffrey y Pettit, Philip (2004): The economy of steem. Oxford University Press.
- Brink, David (1989): Moral realism and the foundations of ethics. Cambridge University Press.
- Foot, Philippa (2002): Moral dilemmas and other topics in moral philosophy. Clarendon Press.
- Harman, Gilbert (1996): "Moral relativism", en Harman, Gilbert y Thomson, Judith (editores), Moral relativism and moral objectivity. Blackwell, pp. 3-64.
- Hart, Herbert (1961): The concept of law. Clarendon Press.
- International Bar Association (2016): Directory of regulators of the legal profession. London. Disponible en: <https://acesse.dev/7n9BW>.
- Juvenal, Decio (1996): Sátiras (Ramos, Segura, Ed.). Consejo Superior de Investigaciones Científicas.
- Kelsen, Hans (1949): Teoría general del derecho y del Estado. UNAM.

- Luban, David (2005): "Lawyers as upholders of human dignity (when they aren't busy assaulting it)", *University of Illinois Law Review*, N° 3, pp. 815-45. Disponible en: <https://acesse.dev/RoMXK>.
- Luban, David (2007): *Legal ethics and human dignity*. Cambridge University Press.
- MacCormik, Neil (1996): "The Concept of Law and 'The Concept of Law'", en George, Robert (editor), *The autonomy of law: essays on legal positivism*. Oxford University Press, pp. 163-19.
- MacIntyre, Alasdair (1978): "What Has Ethics to Learn from Medical Ethics?", *Philosophic Exchange*, Vol. 9, N° 1, pp. 37-47.
- Moreso, José Juan y Vilajosana, Josep (2004): *Introducción a la teoría del derecho*. Marcial Pons.
- Pearce, Russell (1992): "Rediscovering the republican origins of the legal ethics codes", *Georgetown Journal of Legal Ethics*, Vol. 6, pp. 241-282. Disponible en: <https://l1nq.com/JYQBY>.
- Rawls, John (1993): *Political liberalism*. Columbia University Press.
- Raz, Joseph (1979): *The authority of law: essays on law and morality*. Clarendon Press.
- Rhode, Deborah (2015): *The trouble with lawyers*. Oxford University Press.
- Sanchez, Nielson (2012): *Manual de deontología para abogados*. La Ley.
- Sandel, Michael (1982): *Liberalism and the limits of justice*. Cambridge University Press.
- Seleme, Hugo (2004): *Neutralidad y justicia*. Marcial Pons.
- Seleme, Hugo (2019): *La colegiatura de la abogacía y la violencia institucional*. *Opinión Jurídica*, vol 18, N° 37, pp. 157-77. Disponible en: <https://l1nq.com/GN56g>.
- Sharswood, George (1907): *An essay on professional ethics* (5a ed.). American Bar Association.
- Shneyer, Ted (1984): "Moral philosophy's standard misconception of legal ethics", *Wisconsin Law Review*, N° 6, pp. 1529-1572.
- Taylor, Charles (1989): *Sources of the self*. Harvard University Press.
- Wendel, Bradley (2003): "Regulation of lawyers without the code, the rules, or the restatement: or, what do honor and shame have to do with civil discovery practice", *Fordham Law Review*, vol. 71, N° 4, pp. 1567-1620. Disponible en: <https://acesse.dev/OMjVI>.
- Williams, Bernard (1981): *Moral luck*. Cambridge University Press.
- Williams, Bernard (1983): *The uses of philosophy* (entrevista realizada por Donald McDonald). *The Center Magazine*.
- Wong, David (1984): *Moral relativity*. University of California Press.