¿ES EL DERECHO UNA PROFESIÓN INMORAL? UN ENTREMÉS PARA LOS CULTORES DE LA ÉTICA Y DE LA DEONTOLOGÍA JURÍDICA

Minor E. Salas

Universidad de Costa Rica

RESUMEN. Muchas de las recomendaciones de la deontología jurídica conducentes a elaborar, en términos bien abstractos, algún *perfil del buen jurista* son básicamente ingenuas, pero sobre todo inútiles. Ellas suelen partir de un doble prejuicio, muy arraigado en la actualidad: *a)* por un lado, de que es posible *enseñar* moral a cualquier profesional —en este caso, al jurista ya formado— para lo cual se suelen implementar simplemente unos códigos de ética e impartir unos cursos deontológicos (¡de fin de semana!) al respecto; y, *b)* por otro lado, de que la profesión legal se puede ejercer de conformidad con parámetros estrictamente morales. En este artículo se desarman teoréticamente ambas creencias y se muestra cómo el ejercicio práctico del Derecho requiere —por la misma dinámica implícita en la profesión— una cierta dosis de *deshonestidad* y con ello de *inmoralidad.* Cuánta sea esa dosis dependerá de las circunstancias personales de cada profesional considerado *in concreto.* Finalmente, el trabajo analiza (no a título de un recetario, sino de algunas pistas heurísticas) cómo combatir, hasta donde se puede, esta *inmoralidad intrínseca* de la actividad jurídica.

Palabras clave: moral, ética y deontología jurídica, inmoralidad intrínseca, códigos deontológicos, enseñanza del Derecho, filosofía del Derecho, moral de imperativos/moral de circunstancias.

ABSTRACT. Many of the advices of legal ethics and deontology leading to elaborate, in a very abstract manner, the *profile of a good lawyer* are basically naive, but above all useless. These advices are born of a double prejudice which is very common nowadays: *a)* first, that it is possible to *teach* morality to any professional person —in this case to the lawyer who has already graduated— for which purpose some codes of ethics meticulously written and some moral courses (taught at weekend time!) will suffice. *b)* Second, that it is possible to practice the legal profession according to strict moral criteria. In this essay, both beliefs are theoretically demystified to show that the daily practice of law requires, in view of its internal logic and dynamic, a certain magnitude of *dishonesty* and therefore of *immorality.* The amount of this will depend on the particular person considered. Finally, the article studies (not as a mere recipe, but as a heuristic suggestion) how to fight, so far as possible, this *intrinsic immorality* of the legal profession.

Key words: moral, legal ethics and deontology, intrinsic immorality, codes of ethics, legal education, legal theory and philosophy, morals based on imperatives/morals based on circumstances.

Cada profesión tiene sus idiotismos morales.
D. DIDEROT [1]

1. PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA Y ALGUNAS DIFICULTADES INICIALES

Para explicar más claramente el tema que me ocupa en este trabajo, me valdré de algunas citas de juristas famosos. Eduardo COUTURE aconsejaba, en su décimo mandamiento, lo siguiente: «Trata de considerar la abogacía de tal manera que el día en que tu hijo te pida consejo sobre su destino, consideres un honor para ti proponerle que se haga abogado». Por su parte, Piero CALAMANDREI atestiguaba, en su ya célebre *Elogio,* que: «Los jueces son como los que pertenecen a una orden religiosa. Cada uno de ellos tiene que ser un ejemplo de virtud, si no quieren que los creyentes pierdan la fe». Y para culminar, uno de los más importantes juristas romanos (ULPIANO) llegó a darle al Derecho un rango casi sagrado cuando sostuvo que: «La ciencia jurídica era el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y de lo injusto».

De estas pocas frases se extrae una conclusión inequívoca: el jurista [2], no importa si es un abogado, un juez, un fiscal o un defensor, suele creer —en especial si tiene vocación para el trabajo— que el ejercicio de su profesión es esencialmente honesto; algo que se apega (o al menos, debería apegarse) siempre a las reglas de la moral dominante en su comunidad. Es cierto que existen algunos profesionales disolutos y tramposos, quienes son capaces de mentir y engañar a sus clientes, especialmente si hay dinero de por medio. Sin embargo —se dice— esta es la excepción y no la regla. De allí que pocos admitirían públicamente que la hipocresía y la deshonestidad son ingredientes, a veces necesarios, del trabajo que ejercen y al cual dedican sus vidas. ¿Qué abogado, o juez, o magistrado aceptaría sin sonrojarse, o más aún, sin caer en un arrebato de cólera, que alguien le tratara de inmoral o de marrullero? Los chistes que hay sobre el Derecho son muchos. La mayoría son denigrantes e indignos. Si el jurista los acepta no es porque le agraden, sino porque no puede hacer mucho en su contra. Ya en el imaginario colectivo existe un estereotipo generalizado que trata de la presunta *bajeza moral* de esta profesión, de sus *idiotismos éticos* [3]. De allí que sea célebre aquella expresión según

[1] El epígrafe de DIDEROT lo tomé de VAZ FERREIRA, 1963: *Moral para Intelectuales,* t. III, Homenaje de la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, Montevideo, p. 48.

[2] En lo sucesivo me voy a referir básicamente, y a pesar de algunas precisiones importantes que se pueden hacer, a la ética del «jurista» en general, sin detallar aspectos propios de la ética del juez, del abogado litigante, del fiscal, del defensor público, o incluso del profesor universitario en la materia. Esto no implica, por supuesto, que un tratamiento analítico (*i.e.* diferenciado) no sea posible o incluso deseable. Al respecto puede consultarse la obra general: *Ética de las profesiones jurídicas. Estudios sobre deontología,* editada por la Cátedra de ciencias sociales, morales y políticas, Universidad Católica San Antonio de Murcia, España, 2003.

[3] A estas alturas del texto cabe la siguiente advertencia: Aquí no voy a incursionar en la discusión relativa a las diferencias que hay entre moral y ética. Para efectos de este trabajo ambos conceptos pueden utilizarse como sinónimos o, en todo caso, según la siguiente definición usual: Ética sería el estudio de los problemas morales desde un ángulo descriptivo (meta-teórico), mientras que la moral concierne a los juicios de valor sobre lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto, lo correcto y lo incorrecto, siendo, por ende, esencialmente prescriptiva. Al respecto, puede verse la pedagógica obra de PIEPER, 2000: *Einführung in die Ethik,* 4.ª ed., Tübingen: UTB für Wissenschaft; en cuanto a problemas específicos, ver: WHITE (ed.), 1988: *Contemporary Moral Problems,*

la cual: «En todas las revoluciones son los juristas quienes encabezan la procesión hacia la guillotina o [hacia] el escuadrón de fusilamiento»[4]. ¡Triste epitafio de una profesión!

Este es, precisamente, el tema (viejo en historia, pero siempre actual en importancia) que me ocupará en las siguientes líneas. La pregunta que se quiere contestar es, concretamente, la siguiente: *¿Es el Derecho una profesión «esencialmente» inmoral?* Para no caer en la torpeza inveterada de los planteamientos demasiado generales y abstractos, es necesario convertir esta interrogante a otras aún más concretas y menos dramáticas, a saber: ¿Es viable cultivar la profesión jurídica de una manera honesta, sin faltar a la verdad y cumpliendo con los requerimientos que usualmente dicta la ética profesional? ¿Implica la práctica habitual de la profesión (sea como juez, abogado, fiscal, consultor) un ejercicio que raya con la inmoralidad? ¿Se pueden suprimir las experiencias inmorales del ejercicio del Derecho? ¿Es posible lograr este objetivo? ¿Cómo? Todas estas preguntas caen, como puede verse, dentro del ámbito de lo que se denomina *deontología* o *ética jurídica,* ámbito en el cual debe circunscribirse este pequeño (y acaso, amargo) entremés.

Adelanto, al estilo de GARCÍA MÁRQUEZ en su *Crónica de una muerte anunciada,* que la respuesta que le voy a dar a estas interrogantes está dada por la siguiente *hipótesis de trabajo:*

Sí. El Derecho es una profesión esencialmente inmoral. Por «esencialmente inmoral» quiero decir, tratando de ser lo menos ambiguo, que su ejercicio cotidiano en los foros judiciales, administrativos y privados conlleva, a pesar de la buena voluntad de quienes laboran allí, conductas que atentan contra algunos preceptos de la moral pública dominante. De no aceptarse —a veces de manera colectiva— esas pequeñas (o grandes) inmoralidades, entonces la práctica de la profesión se haría muy difícil y acaso hasta imposible. De allí que para ingresar al juego denominado derecho es ineludible respetar las reglas y códigos implícitos que se imponen en esa profesión. Si uno no acepta esas reglas, entonces está jugando a otra cosa. Se ha salido de la respectiva «gramática» y se encuentra ubicado en otra «forma de vida» que no es la jurídica[5]. Como se diría en la política: es necesario «ensuciarse las manos»[6]. No se puede ser jurista si se es siempre honesto y correcto. Dicho con una imagen fuerte, pero gráfica: «Necesitamos [juristas], al igual que necesitamos recolectores de basura, y en ambos casos deberíamos esperar que huelan mal»[7].

Pero antes de ofrecer los argumentos en los que me apoyo para sostener esta hipótesis, es necesario aclarar *tres* cuestiones metodológicas, sin las cuales la discusión podría tomar un tren sin salida. Los tres problemas que se deben enfrentar son los siguientes:

2.ª ed., St. Paul *et. al.:* West Publishing Company; para otra clara presentación: HOSPERS, J., 1979: *La conducta humana,* trad. de J. CERÓN, Madrid: Tecnos.

[4] En RODELL, 1994: *¡Ay de vosotros, abogados!,* Buenos Aires, Argentina: Depalma, p. 37.

[5] Me valgo aquí de las conocidas expresiones de WITTGENSTEIN («gramática», «forma de vida»).

[6] Sobre el tema de las «manos sucias» en la política, lo cual también es aplicable, sin duda, al Derecho, ver el informativo trabajo de COADY, «La política y el problema de las manos sucias», recogido en SINGER, P. (ed.), 1995: *Compendio de Ética,* Madrid: Alianza Editorial, pp. 507 y ss.

[7] Se trata ésta de una paráfrasis de R. FULLINWIDER, quien se refería concretamente a los políticos. Ver al respecto el artículo de COADY ya citado.

a) La primera de las dificultades tiene que ver con las nociones de moralidad e inmoralidad. Desde ya lo advierto: no es la meta de este trabajo entrar en un debate (interminable, por lo demás) sobre el significado preciso, desde el punto de vista axiológico, de los términos moral e inmoral o de las expresiones moralmente correcto y moralmente incorrecto[8]. Por supuesto, estoy plenamente consciente sobre la vaguedad, la divergencia de contenidos y la pluralidad de opiniones que pueden darse sobre esas nociones[9]. La clásica objeción que surgiría en este contexto reza, más o menos, de la siguiente forma: «Se podría decir que el Derecho es esencialmente inmoral, pero resulta que lo que es "moral" para unos no lo es para los otros, y aquello que envenena las virtudes de algunos, alimenta los vicios de los otros. En nuestra sociedad hay muchas "morales", todas ellas contradictorias entre sí. De allí que una discusión en esa línea sólo conduce a un callejón sin salida».

El problema con este argumento, más allá de las dificultades que presenta el relativismo ético[10] implícito en él, es que no es lo suficientemente honesto. Muchas personas son «relativistas» sólo de palabra. De la boca para afuera. En la práctica cotidiana de su vida se comportan y actúan como absolutistas morales o incluso como fanáticos ortodoxos, imponiendo a los demás lo que consideran bueno o malo o, en todo caso, apegándose a esos conceptos. Es indudable que en una sociedad cualquiera hay muchos aspectos controvertidos en materia de moralidad pública. Hay zonas claroscuras en las cuales una decisión tajante no es posible. Sin embargo, en una buena cantidad de controversias morales, las personas estarían de acuerdo sobre ciertos núcleos básicos, que son, precisamente, los que interesa examinar acá. Así, por ejemplo, resultaría inusual (si asumimos que se está siendo realmente sincero y que no se busca simplemente levantar reparos allí donde no los hay) que una persona considerase que es mo-

---

[8] En lo que se refiere a las discusiones que se gestan bajo el sonoro epígrafe de *moral y Derecho,* hay que señalar que ellas están fuera del ámbito de este trabajo. Éstas se concentran, básicamente, en establecer unos criterios «ontológicos» distintivos entre la moral y el Derecho, asumiendo, lo cual ya no deja de ser sospechoso, que hay «una» moral, a la cual se le contrapone «un» derecho. Por eso, actualmente, allí no sólo abunda una buena dosis de pedantería, sino que, además, los logros que se han obtenido más allá de las agudas observaciones de un KELSEN, de un HART o de un RADBRUCH son relativamente pocos. En lo que a mí respecta, me conformo con unas *definiciones estipulativas,* según las cuales los problemas morales son importantes de estudiar no sólo por el asunto del «fundamento» (¡otra cuestión sospechosa!) del Derecho, sino por lo que se refiere a las conductas cotidianas de los agentes jurídicos y a su apego o no a ciertas pautas éticas dominantes en un entorno. Con palabras aún más claras: Al utilizar aquí las expresiones «moral» y «derecho» tendré *in mente* las *prácticas concretas* de unas ciertas personas (operadores jurídicos) y no tanto las categorías conceptuales o iusfilosóficas a que aluden esos términos. Mi interés no es una cuestión como la de saber si una norma injusta es o no Derecho, sino más bien analizar cómo se comportan los agentes jurídicos frente a esas normas. De allí que el enfoque adoptado podría calificarse más que de *objetivo-conceptual,* como de *subjetivo-concreto* (entendido, claro está, que lo de «subjetivo» apunta a los operadores jurídicos y no sólo a su propia subjetividad).

[9] Evidentemente, no existe nada semejante a una «moral universal» o una «ética para todos». De allí que «...la escena característica para el discurso moral es el diálogo entre personas que están realmente involucradas en lo que ha sucedido; tal discurso es muy contextual. No hay duda de que podamos contemplar principios morales en lo abstracto o realizar un discurso público sobre ellos; pero el centro de gravedad del discurso moral recae en la conversación personal entre un actor y algún afectado por lo que hizo. El discurso moral es personal, aunque no meramente subjetivo o privado; es interpersonal, pero no realmente general o público. Además, surge únicamente allí donde alguien se pone a hablar». PITKIN, H., *Wittgenstein. El lenguaje, la política y la justicia. Sobre el significado de Ludwig Wittgenstein para el pensamiento social y político,* citado por HABA, E. P., 2004: *Elementos básicos de axiología general. Epistemológica del discurso valorativo práctico,* Editorial de la Universidad de Costa Rica, San José, p. 266.

[10] Respecto a los problemas del relativismo ético, ver la clara y lúcida explicación de HOSPERS, 1979: 58 y ss. y 833 y ss.

ralmente correcto matar a otro sin motivo alguno, estafar al fisco, violar sexualmente a otra persona, cometer abusos contra los menores de edad, agredir a los ancianos, mentirle a la gente, discriminar a los individuos por razones de raza y genero, u otras cosas por el estilo [11].

Generalmente, y en circunstancias normales, la mayoría de los agentes sociales se comportan —al menos en apariencia y frente a otras personas— conforme a los parámetros de la *moralidad dominante* en su medio cultural. Así, por ejemplo, no nos desvestimos en público, ni tenemos sexo en plena calle, afirmamos que decir la verdad es bueno y que mentir es malo, enseñamos a nuestros hijos a cumplir las promesas, decimos que solidarizarse con los pobres está bien y que abusar de los indefensos está mal. Todo esto sin dar la menor muestra de «relativismo». Es decir, actuamos como actuamos impulsados por la costumbre. Movidos por el peso de la tradición, de los hábitos y, no raramente, de los *ritos y solemnidades* sociales internamente aceptados y raramente cuestionados. La reflexión analítica sobre las conductas morales (sean estas las que sean) ocurre en un momento muy posterior, que surge solamente al ser interrogados por la moralidad o no de nuestras acciones. De allí que «fundamentar» (esto es, dar razones) para apoyar las conductas o juicios morales que comulgamos es algo poco frecuente en la vida cotidiana. Tal y como decía HOSPERS al respecto: «Afirmamos habitualmente que para elegir nuestro camino de acción nos sometemos a razones previas, pero en la práctica lo más probable es que decidamos primero lo que debemos hacer y sólo después discurramos las razones de hacerlo. Encontramos, pues, razones para hacer aquello que de todas formas hubiéramos hecho sin ellas» [12].

b) La segunda advertencia es la siguiente: No es mi intención venir a erigirme como un profeta de la moral profesional, ni como un paladín de la deontología jurídica. Parafraseando al místico Rabindranath TAGORE diría: ¡*Yo no quiero ser santo*! Mi objetivo es más bien poner en evidencia los límites y dificultades —a veces insalvables— que existen para un ejercicio moral del Derecho. La aspiración que tengo, para utilizar el lenguaje ius- filosófico actual, es más bien de corte *descriptivo-analítico* y no *prescriptivo.* No recomiendo, ni doy sermón. Observo. Más aún, y con esto radicalizo la tesis: estimo que ninguna persona (incluido, por supuesto, el autor de este ensayo) que se dedique al ejercicio activo (práctico) del Derecho puede liberarse fácilmente de incurrir, ora voluntariamente, ora involuntariamente, en ciertos *idiotismos morales* aquí denunciados. Siendo así, la cuestión fundamental radica *no* en eliminar del todo esas desatenciones éticas (que, insisto, son ineludibles), sino más bien en saber que ellas existen y en tomar algunas previsiones *profilácticas* para combatirlas o aminorarlas llegado el caso.

c) Finalmente, deseo llamar la atención sobre el hecho de que criticar la dimensión moral de la profesión jurídica *no* significa —y esto debe quedar muy claro— ignorar el papel que han cumplido, y que cumplen actualmente, los especialistas del Derecho en una comunidad cualquiera. Con frecuencia se suele menospreciar a los juristas, tratándoles de ladrones y mentirosos, pero con ello también se desdeña y ridiculiza la

---

[11] En estos casos la discusión suele darse no ya sobre la moralidad o inmoralidad (en abstracto) de la conducta, sino más bien sobre qué debe entenderse por «estafar», «violar», «abusar», etc.; es decir, sobre el contenido concreto de la acción reprochable. Es allí, precisamente, donde surgen las dificultades mayores, pues las conductas son descritas en un lenguaje natural, el cual, a su vez, suele ser ambiguo, vago y polisémico.

[12] HOSPERS, 1979: 37-38.

labor que el Derecho, como praxis jurídico-política, cumple en la estabilización de los conflictos sociales. ¡Hay que tener cuidado de no lanzar al bebé junto con el agua sucia de la bañera!

Aclaradas las anteriores dificultades, se puede ya ahondar en la hipótesis de trabajo formulada arriba, la cual resulta, al menos eso espero, polémica y digna de circunspectas reflexiones.

2. PRIMERA PARTE: LAS INMORALIDADES JURÍDICAS NACIDAS DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO

Empiezo por señalar que el apego o no a la moral dominante en una comunidad es siempre una *cuestión de grados.* Salvo contadas excepciones hipotéticas en la historia (Sade, Tiberio o Calígula)[13], la mayoría de personas actuamos correctamente en algunas situaciones e incorrectamente en otras. No se puede ser ni completamente malo ni completamente bueno. Una bestia o un ángel. Un santo o un demonio. Las acciones humanas se entrecruzan caóticamente en algún entresijo entre esos dos extremos, dependiendo de las circunstancias de tiempo y lugar, de los hábitos y las costumbres dominantes.

Así, y en el tema que nos ocupa, hay conductas profesionales que van desde el delito puro y simple hasta los pequeños descuidos éticos. Un defensor público que presuntamente asesina a su esposa y luego mantiene el cadáver por varios días en su casa con la ayuda de otros colegas[14], un fiscal que le cobra a los imputados para no acusarlos, o un abogado y notario que estafa a sus clientes mediante traspasos fraudulentos de sus propiedades[15], violan (y no sólo) los preceptos deontológicos y jurídicos de su profesión. Pero también lo hacen: el juez que se duerme en la audiencia, el que se burla irónicamente del acusado, el que explica su sentencia mediante una jerga incompresible, el que pierde los expedientes, el que se hace pasar por enfermo para no acudir a la audiencia, el que, por arrogancia o indolencia, no atiende a los afectados, etc. Todas estas acciones, por nimias que parezcan ser, también violan los preceptos de la ética profesional[16].

Empiezo por estudiar las conductas más graves.

1.1. Las conductas abiertamente inmorales y antijurídicas

Hay conductas, en el campo de la profesión legal, que se pueden considerar como abiertamente inmorales. Este tipo de conductas resulta fácilmente identificable, pues

[13] Incluso en estos casos, es seguro que se trata de personas con sus grandes vicios, pero también con virtudes, las cuales, por razones evidentes, quedaron ocultas en la historia.

[14] Sobre el caso del defensor público Luis Fernando Burgos y el homicidio de su esposa Maureen Hidalgo se ha tejido, en Costa Rica, una verdadera «telenovela» por parte de los medios de comunicación masiva. Ver algunos de los entretelones de la prensa en: http://www.teletica.com/archivo/tn7/nac/especial/mauren.htm, consultado el 22 de agosto del 2007.

[15] Ver expediente n.º 313-98-3 del Consejo de Disciplina del Colegio de Abogados de Costa Rica, en el cual se suspende al notario por cuatro años en el ejercicio de su profesión.

[16] Una discusión verdaderamente ilustrativa de casos de la vida real puede consultarse en el singular libro (desgraciadamente sin traducir al español) de SCHEUERLE, 1983: *Vierzehn Tugenden für vorsitzende Richter,* Berlín: Duncker & Humblot.

son rayanas con o constituyen *delitos.* En ellas los involucrados están muy conscientes de que violan su deber moral como profesionales y que, además, cometen un ilícito, el cual se perpetra valiéndose precisamente de su condición profesional. Es decir, que su conocimiento de la materia jurídica les ayuda, o llegado el caso, es el instrumento mediante el cual ejecutan sus actos.

Así, por ejemplo, un abogado que comete cinco delitos independientes de relaciones sexuales remuneradas con niños menores de edad, suministrándoles a la vez drogas ilegales y, además, corrompiéndolos mediante diversos actos sexuales, eróticos y pornográficos, lesiona gravemente el ordenamiento jurídico y pone en entredicho el ejercicio de su profesión [17]. O el abogado que, a pesar de haber sido suspendido por el Colegio Profesional, le oculta a sus clientes esta circunstancia, incurre ya no sólo en una violación a sus deberes deontológicos de veracidad y obediencia, sino también en el delito de ejercicio ilegal de la profesión [18]. También los asesores jurídicos que, valiéndose de sus conocimientos técnicos y del alto cargo que ocupan en el Gobierno, despojan a una población entera de habitantes de los únicos recursos con que estos cuentan para subsistir, lesionan gravemente los deberes éticos de la profesión e incurren en delitos varios [19].

Estos casos, a pesar de la gravedad que tienen, no son, desde nuestra perspectiva, los más comunes. Allí el jurista ya ha renunciado a todo escrúpulo y se comporta simplemente como un malhechor y criminal. Su meta expresa es quebrantar el ordenamiento jurídico y por añadidura el orden moral de su carrera. Una vez que un agremiado ha caído en este nivel en el ejercicio de su profesión, no hay nada que hacer desde una perspectiva deontológica. Resultaría ingenuo, o en el mejor de los casos una ilusión, creer que aquí tienen alguna eficacia las reglas morales recogidas en los códigos de ética. Únicamente resta la sanción jurídica y la suspensión en el ejercicio de las funciones.

2.2. Las conductas tácita o inconscientemente inmorales, pero no antijurídicas

Las conductas que más interesa estudiar —pues son las más frecuentes— son aquellas que no resultan, de manera expresa, percibidas como inmorales, pero que después de un análisis más detallado se confirma dicho carácter. En estos supuestos, el jurista suele actuar de manera incorrecta por *tres* razones distintas: *a)* o bien porque no percibe (ignora) la naturaleza de su acción; *b)* bien porque considera que esa acción está acorde con los preceptos deontológicos de la disciplina, o, *c)* finalmente, porque no puede actuar de otra manera, dadas las exigencias propias de su deber profesional en ese momento. La dificultad que ofrece este tipo de supuestos (especialmente el último)

---

[17] Ver el expediente n.º 387-01, del Consejo de Disciplina del Colegio de Abogados de Costa Rica, donde se discute el caso y se impone la suspensión respectiva por treinta años.

[18] Ver el expediente 538-05 del Consejo de Disciplina del Colegio de Abogados de Costa Rica, donde se impuso al abogado una suspensión de tres años y medio en el ejercicio de su trabajo.

[19] Este es el caso de «Asignaciones Familiares», donde figuran como imputados algunos abogados (uno de ellos ex-asesor del Presidente de la República), calificados por la Fiscalía como un «clan de delincuentes», ver: http://www.nacion.com/ln_ee/2007/agosto/21/ultima-sr1212659.html, revisada el 22 de agosto del 2007 y con más información en: http://www.nacion.com/ln_ee/ESPECIALES/fodesaf/info/compe2.html, revisada el 22 de agosto del 2007.

es que resultan muy difíciles de corregir, ya que el jurista o bien no se percate de ellos o si se percata no puede hacer mayor cosa para combatir la irregularidad de su acción, pues ello implicaría una renuncia a las «reglas del juego» que hay que seguir en esas circunstancias específicas.

Tomemos como ejemplo el caso del abogado defensor. El abogado litigante está allí para ganar el pleito. Es mentira, o en todo caso una utopía asumir que en la realidad de los estrados judiciales los abogados quieren hacer justicia, buscar la verdad de lo acontecido u otras empresas (bucólicas) similares. Su labor, y para eso les pagan, es hacer que el juez le dé la razón a su defendido. Para ello se vale de lo que, en buen lenguaje castizo, se llamarían las *triquiñuelas* o los *trinquetes* de la práctica judicial: exagerar los argumentos a favor, ridiculizar los que están en contra, mantener buenas relaciones con los secretarios del despacho, presentar infinidad de escritos contradictorios, iniciar varios procesos simultáneamente, auto-embargar al cliente, traspasar propiedades de manera ficticia, inscribir sociedades inexistentes, y otras muchas *delicatessen* de igual naturaleza. En este contexto, si el abogado pierde el caso, se dirá: es un mal abogado. Punto. No hay mucho que discutir. Las historias de la ética profesional caen aquí como meras fábulas de caperucita roja y el lobo feroz. De allí que las nobles citas sobre el quehacer del litigante —como si éste fuera un paladín de la justicia— quedan, en la realidad, para los discursos públicos, para las fiestas de aniversario del Colegio Profesional o, en todo, caso para los estudiantes de primer año de la carrera. De esto, nos ha dado cuenta Alejandro NIETO con su conocido realismo: «Seamos sinceros: el abogado no pretende buscar el Derecho concreto, sino ayudar a su cliente, es decir, ganar el pleito; porque para él la justicia consiste en dar la razón a su cliente. Todo lo demás es palabrería»[20].

Para profundizar un poco más sobre estas ideas, imaginemos el siguiente escenario: Un cliente llega y le confiesa a su defensor, con lujo de detalles y con las pruebas respectivas, la comisión de un determinado delito. ¿Qué debe hacer el abogado defensor? Veamos las alternativas posibles:

a) El abogado podría, en tesis de principio, remitir un escrito al tribunal o a la fiscalía donde indique: «Señores y señoras, me he enterado, por medios inequívocos, que mi defendido, el señor tal, efectivamente ha cometido los delitos que se le atribuyen. Por lo tanto, solicito que, por haberlo así declarado, se le imponga la pena mínima para ese tipo de actos». Es dudoso que ante un supuesto de este tipo, los jueces o fiscales que reciban el escrito, queden convencidos de la salud mental del defensor o, en el mejor de los casos, podrían incluso denunciarlo por patrocinio infiel[21].

b) Una segunda alternativa que tiene el abogado es defender a capa y espada la causa de su cliente, ello a pesar de las declaraciones honestas que éste pueda haberle hecho. Una vez que ha recibido la declaración y las pruebas sobre el delito cometido, entonces el abogado asesorará diligentemente al acusado para que calle conveniente-

[20] NIETO y FERNÁNDEZ, 1998: *El Derecho y el revés. Diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces,* Barcelona: Ariel, p. 35.

[21] Tal y como consigna el Código Penal (de Costa Rica): «Será reprimido con prisión de seis meses a tres años el abogado o mandatario judicial que perjudicare los intereses que le han sido confiados sea por entendimiento con la otra parte, sea de cualquier otro modo». *Código Penal de la República de Costa Rica, renumerado, concordado, con anotaciones sobre acciones de inconstitucionalidad, índice alfabético y espacios para anotaciones en cada artículo,* por U. ZÚÑIGA MORALES, San José: Editorial Investigaciones Jurídicas, 2004, artículo 351.

mente todo lo relativo a los hechos y no incurra así en *torpezas estratégicas* que afecten su defensa[22]. Las llamadas «asesorías» de los testigos y acusados, que suelen realizar los defensores antes de la celebración del juicio oral y público (en material penal), es una buena ilustración de este fenómeno.

Nótese que según esta teoría, la cual es muy popular y hasta tiene su respaldo implícito en algunos códigos deontológicos, el abogado, prácticamente, no tiene ningún *escrúpulo.* Él debe defender a su cliente. Más allá de eso se incurre en disquisiciones pseudo-filosóficas que hay que dejar al margen o, en todo caso, destinar para los cursos de ética. Sus obligaciones se limitan a interponer escritos, a retrasar el proceso, a exagerar los argumentos a favor y a ridiculizar los que están en contra. Aquí no hay sitio para la imparcialidad y la objetividad. Un abogado que se presente ante el juez diciéndole: «Mire señor juez, los argumentos a favor de mi cliente son muy fuertes, pero yo creo que los que están en su contra son aún mejores, por lo tanto dejo que sea usted quien, de manera imparcial, decida el asunto», pasará a la posteridad como un pésimo abogado y, si la suerte no lo acompaña, como un imbécil y excéntrico.

c) Por otra parte, se suele argumentar que el deber ético fundamental del abogado —cuando este conoce que su cliente es culpable— consiste únicamente en lograr que en el proceso respectivo se cumpla con las *garantías mínimas* del ordenamiento jurídico. Su obligación profesional se limita, según esta conocida tesis, a impedir que al imputado se le apliquen medidas o se le obligue a realizar actos que lesionen sus derechos fundamentales. A él no le debe importar, por lo tanto, si su defendido es o no culpable. Lo único que cuenta es el apego a las *formas procesales.* Hasta allí llega su deber de lealtad profesional.

Este argumento sería correcto si no fuera por lo *artificial* y poco realista que es. Resulta demasiado optimista (iluso) creer que un abogado puede defender a una persona, con la pasión y la entrega requeridas, a sabiendas de que él es culpable. Esta exigencia contradice la *psicología básica* de las personas. Me resulta difícil imaginar a un defensor que en cada etapa procesal insiste en que su cliente es inocente o que debe eximírsele de responsabilidad, conociendo que no es así. ¿Con qué grado de persuasión formulará él sus alegatos? ¿Puede alguien convencer a otras personas de una determinada idea si él mismo no cree en ella? Un abogado que actúe lleno de dudas en cuanto a su patrocinio, lo mejor que haría es renunciar al caso, pues, a la postre, es probable que le genera a su defendido más daños que beneficios. Por lo tanto, afirmar que el abogado debe limitarse a velar por la fiel aplicación de las garantías procesales y no por la inocencia de su cliente, es una frase hueca que sólo es posible sostener en abstracto, pero que, en la realidad del foro judicial, resulta difícil o imposible seguir.

d) La cuarta y última alternativa para el abogado que no quiera faltar a la verdad, es simplemente no aceptar las causas comprometidas o dudosas en el plano ético-profesional. Así, la mayoría de Códigos de Ética consignan un artículo que reza más o menos de la siguiente forma: «Los abogados no deberán aceptar asuntos en que hayan de sostener tesis contrarias a sus convicciones»[23]. Sin embargo, y visto desde una óptica

---

[22] Respecto al problema de la *mentira procesal,* ver, en términos generales, LEGA, C., 1983: *Deontología de la profesión de abogado,* trad. de M. SÁNCHEZ MORÓN, Madrid: Civitas, 2.ª ed., pp. 161 y ss.

[23] *Código de deberes jurídicos, morales y éticos del profesional en Derecho,* Colegio de Abogados de Costa Rica, artículo 37.

completamente realista, este artículo sirve básicamente de *decoración* en esos códigos, pues en la práctica cotidiana es extrañísimo que un abogado rechace un caso, especialmente si éste le depara unos jugosos réditos financieros o un gran prestigio en su carrera. Resistirse a la tentación del dinero, de la vanidad o del poder mediático es siempre difícil. Y la verdad es que los abogados (de este mundo) tienen poco de mártires.

Cambiemos ahora de escenario. Imaginemos el caso de un juez que conoce, en virtud de cierta información privada que posee y que llegó a él por vías distintas a las del proceso mismo, que una persona acusada por un delito de violación u homicidio es efectivamente responsable. Imaginemos, aún más, que el conocimiento del juez es, en ese respecto, muy confiable y seguro. Por otro lado, supongamos que en el expediente que ha preparado la fiscalía no hay suficientes pruebas incriminatorias como para condenar al acusado. Adicionalmente, las pocas pruebas que hay fueron recabadas con vicios que conducen a la nulidad y, por lo tanto, a su ineficacia procesal. ¿Qué hacer en este caso?

Para un defensor de la materia deontológica, la respuesta a esta pregunta es bastante obvia: El juez tiene que dejar de lado sus conocimientos personales y apegarse estrictamente a las probanzas contenidas en el expediente. Al final de la partida, esto significa que deberá liberar al acusado a pesar de saber que violó o asesinó a una persona inocente. Aquí es donde se presentan algunas *paradojas* insalvables en el plano de la ética jurídica y que es necesario explicitar para su mejor comprensión:

Por un lado, surge un conflicto —una *antinomia*— entre verdad y justicia[24]. Es cierto que el imputado cometió el hecho. De ello tiene noticia certera el juez. Hay pruebas. Hay una víctima. Hay unas personas que sufren y lamentan ese hecho. Pero esa verdad deberá ser postergada hasta un segundo plano y con ello sacrificar también la justicia. Es decir, que no se pueden alcanzar ambos ideales de una manera simultánea. La consecución del uno significa el sacrificio del otro. Atinadamente ha dicho al respecto GARCÍA AMADO: «...la moral del Derecho no es la moral de la verdad, es la moral de la convivencia, de la seguridad, que es distinto»[25].

Si se mira con mayor atención el argumento, se llega a una conclusión dramática desde el punto de vista ético: *En el Derecho es necesario, llegado el caso, prohijar la falsedad —¡y hasta la mentira!— para poder así salvaguardar el orden y las formas jurídicas.* La convivencia, como dice GARCÍA AMADO, así lo requiere. Se ratifica aquí aquella conclusión a la cual llegó PLATÓN hace varios siglos y que después fue reiterada por MACHIAVELLO: ¡a veces hay que engañar a la gente en beneficio de su propio bienestar! Por supuesto, la cuestión central radica en saber ¿cuál es ese «bienestar» y quién es el llamado a determinarlo? Aquí siempre se corre el riesgo de que surjan falsos profetas, artistas fracasados o generales con sable y espada, que busquen imponer por la fuerza «su» verdad, a costa de las víctimas y sus vidas.

Supongamos, entonces, que el juez, renunciando a las normas procesales (o en todo caso torciéndolas un poco mediante el conjuro mágico de la «interpretación jurídica»),

---

[24] Prescindamos aquí, por razones prácticas, de la sempiterna discusión sobre el significado preciso de estos conceptos.

[25] GARCÍA AMADO: «Ética del juez y del abogado», recogido en Colegio de Abogados de Costa Rica, *Memoria del XV Congreso jurídico nacional: Ética con responsabilidad social,* del 16 al 19 de agosto del 2005: 23.

logra condenar al violador o al asesino. Así se ha hecho realmente justicia, dirían algunos (especialmente la víctima o sus familiares). Y tal vez ello sea correcto. El problema se origina porque por esa vía —la discrecionalidad o incluso la violación de las normas existentes— se llega (y se ha llegado) a las más atroces inequidades. Se abren las puertas para un verdadero *terrorismo judicial,* en donde las reglas y las garantías poco importan, pues lo que vale es la voluntad irrestricta del juzgador. Sobre el punto nos dice el ya citado GARCÍA AMADO:

> «Por lo tanto, el mejor juez no es el del juicio final que busca que cada cual tenga su merecido, sino el que busca que a cada cual el Derecho le dé el tratamiento que conforme a Derecho está establecido, esto supone renunciar y en parte sacrificar a veces su convicción personal de lo debido en beneficio de ese bien social que es el Derecho y un bien compartido»[26].

Pero, entonces, no nos rasguemos las vestiduras ante el hecho de que la falsedad, y acaso la mentira, tiene una misión importante que cumplir en el universo jurídico. Allí la *apariencia* es tolerable, y llegado el caso hasta exigida, con el fin de evitar la condena de inocentes. Estos vicios son *funcionales.* Sin ellos, la maquinaria jurídica, tal y como se ejerce en la realidad de los tribunales de justicia, se tornaría imposible o en todo caso difícil e inoperante.

2.3. Las conductas inmorales por ausencia de controles

Hay una forma de inmoralidad que no es sólo propia de la labor jurídica (sino de la mayoría de profesiones) y que, en la práctica, tiene una importancia central. Se trata de lo siguiente: Muchos profesionales incurren en acciones que son reprochables. Ese reproche, tal y como hemos visto en las páginas anteriores, tiene su fundamento en la ley, en el caso de tratarse de un delito, o en los códigos deontológicos, si se trata de una cuestión ética. Ahora bien, una forma (no la única) para combatir las conductas reprochables de los agremiados es precisamente crear los mecanismos administrativos o legales para *denunciar* los hechos y, además, para hacer públicas las faltas cometidas. O sea, se requiere un sistema de control de las conductas censurables y su respectiva publicidad. El propósito de estas medidas es simple: corregir al que cometió la infracción y persuadir (mediante el ejemplo) a quien no la ha cometido.

Pero aquí es donde surge precisamente la inmoralidad a la cual me quiero referir. Suele suceder que los gremios (y el jurídico no es la excepción) crean *barreras* y ponen *obstáculos* de todo tipo para que las personas afectadas no puedan presentar debidamente las denuncias o bien para que no se den a conocer las faltas de sus agremiados. En la mayoría de los ordenamientos jurídico-profesionales sucede que para presentar una queja hay que seguir una serie de trámites burocráticos engorrosos y complejos. Una vez interpuesta la denuncia hay que, literalmente, atosigar a los encargados para que actúen, pues de lo contrario la denuncia dormirá el sueño de los justos. Además, los procedimientos de investigación no son expeditos, sino que tardan años, a veces incluso décadas, y terminan con una absolución por «falta de pruebas». Todo esto representa un engaño para la opinión pública y una estafa para con el usuario.

---

[26] GARCÍA AMADO, 2005: 22.

Otra situación, no menos cuestionable éticamente, es ocultar, o al menos distraer, las faltas que han cometido los profesionales en el campo respectivo. Así, muchos colegios de abogados, tribunales de inspección judicial y otros órganos similares, manejan prácticamente en *secreto* los expedientes de las quejas y sus resultados. El argumento que se esgrime es que se trata de asuntos «privados» en los que sólo las partes interesadas pueden tener acceso. En el caso personal, y para efectos de escribir este trabajo, me vi en grandes dificultades para obtener información exacta sobre los abogados y los funcionarios judiciales que habían incurrido en alguna falta o delito. A pesar de haber escrito las cartas solicitando los permisos respectivos y a pesar de indicar allí expresamente que se trataba de un trabajo eminentemente académico, donde los nombres de los involucrados se mantendrían confidenciales, no me fue posible acceder a la información. Ahora bien: Si un profesor universitario —digamos que con algún grado de reconocimiento— encuentra semejantes obstáculos para conocer de las infracciones o delitos que han cometido los profesionales en Derecho, ¿qué sucederá con una persona del público general que llegue a solicitar esa información? La respuesta la dejo a la libre imaginación...

En definitiva: el gremio de los juristas utiliza, al igual que otros gremios, una serie de *estrategias de inmunización* (ALBERT) para evitar que las faltas y delitos de sus agremiados sean conocidos por el público. Los expedientes que allí se manejan son catalogados, en no raras ocasiones, como secretos (o poco menos), pues sólo las partes interesadas pueden conocerlos y tener acceso directo a ellos. Los hechos cometidos, así como las sanciones impuestas, no están sujetas al *principio de publicidad,* de tal suerte que el público general pueda consultarlos y saber a cuáles agremiados o funcionarios judiciales se les ha sancionado y por qué motivos. Pero, cabe preguntarse, si se estima que los amonestados son personas que, en uno u otro momento, podrían actuar como los jueces en nuestra propia causa o como nuestros defensores o acusadores, ¿no sería oportuno, y hasta exigido moralmente, que tengamos el Derecho a saber si han sido o no condenados por violar los principios deontológicos de su profesión o por haber cometido algún delito en su función pública?

2.4. ¿Qué puede y qué no puede hacerse para combatir las inmoralidades jurídicas mencionadas?

En cuanto a la forma de combatir (en el marco de lo que es realista) las conductas que se han descrito en los párrafos anteriores, es necesario proceder con cautela y de una manera analítica, es decir, diferenciando entre los distintos planos de la realidad.

a) En cuanto a las conductas abiertamente inmorales, es decir, aquellas que rayan con (o son) delitos, ya dijimos que no es mucho lo que se puede hacer, salvo, claro está, denunciar esas acciones ante las instancias correspondientes: sean los tribunales de justicia o los colegios profesionales respectivos. Discurrir acá en recomendaciones y consejos deontológicos es poco menos que una pérdida de tiempo, o en todo caso, una misión imposible, pues dichos consejos son ineficaces para una mentalidad que ha sucumbido a la seducción del poder (o del dinero) y que ha adoptado el crimen como su *modus vivendi.*

b) En cuanto a las conductas tácita- o inconscientemente inmorales (es decir, aquellas que ejecutamos por descuido o por ignorancia) lo que se puede hacer es, precisamente, hacerlas conscientes. Sí. *Hacerlas conscientes.* Ese es el primer paso. Pues tal y como decía el viejo ARISTÓTELES hace ya varios siglos: sólo hace mal quien ignora. No hay que ocultar y disfrazar las dificultades con que los juristas se enfrentan a diario. Sólo si estamos constantemente *alertas* contra estas inmoralidades, podemos emprender alguna acción para combatirles. La idea rectora no deja de ser, por lo tanto, otra que esta: El Derecho no siempre está del lado de la razón, la verdad o la justicia. El Derecho es más bien un instrumento al cual hay que tenerle miedo. Un juicio es un castigo. Un procedimiento, una angustia. Así que cuanto menos abusemos de su poder, menos dolor infringiremos, más éticamente actuaremos, en un sentido general de evitar el sufrimiento innecesario.

Las concepciones demasiado optimistas, nobles y sublimes de lo jurídico tienden a formar *espíritus insensibles y duros* frente a las realidades humanas concretas. Pues si, finalmente, «la ley es la ley» y lo único que yo hago es aplicarla, entonces allí se esconderán toda clase de arbitrariedades y alimañas. Las personas, en ese estado de espíritu, se limitan a obedecer las fórmulas y los ritualismos burocráticos de una manera mecánica y sin cuestionarse. Se sacrifica el intelecto. Las dudas desaparecen. ¡Y allí donde las dudas no existen, existen los monstruos! De esto ha dado cuenta, en no pocas ocasiones, la experiencia histórica. El problema básico de los cursos de ética profesional (y de muchos enfoques de la ética general) es que ellos parten de una *moral de imperativos;* es decir, de una orientación valorativa rígida y dirigida siempre por baremos incondicionales y absolutos. En una moral de este tipo no hay lugar para las excepciones, pero sobre todo no hay lugar para las cuestiones de grado. Allí domina el espíritu maniqueo de todo o nada. O sois parte del bien, o estáis con el mal. La dificultad radica en que los conflictos y dilemas éticos de la experiencia cotidiana son siempre mucho más intrincados y complejos que esto. Ellos exigen adoptar compromisos. Hacer renuncias. Realizar sacrificios. Todo lo cual es difícil alcanzar desde una base de valores absolutos y reificados.

La virtud del *realismo*[27] como filosofía jurídica (y de la vida en general), no es que vaya a provocar grandes cambios en la realidad (pues ya se sabe que las personas rara vez le hacen caso a la realidad), sino más bien en generar un cierto *estado del espíritu.* Si desmitificamos el Derecho y lo consideramos como un *mal necesario,* si somos irreverentes frente a sus mágicas palabras y encantos, si desconfiamos de sus ceremonias y rituales, hay mayores posibilidades de actuar más humanamente que si lo consideramos como un milagro augusto y grande, caído del cielo. La tesis que yo propondría como orientación axiológica fundamental de la profesión jurídica es una *moral de las circunstancias.* Es decir, un enfoque que no nace de principios abstractos y generales, de manera deductiva para llegar al análisis de los casos cotidianos, sino que más bien parte de los casos cotidianos para llegar a los principios aplicables. Se trata, valga la imagen, de una *tópica-axiológica* que se construye sobre la base de la experiencia particular y por ello está siempre sujeta a correcciones y enmiendas.

---

[27] Evidentemente, utilizo el término realismo en su uso lato, ordinario, pues en su significado estrictamente filosófico este alude más bien a aquella concepción según la cual existe un mundo ideal o superior por «encima» del mundo real. En este último sentido, la concepción realista por excelencia es la de PLATÓN y su «mundo de las ideas».

El más serio problema con que se enfrenta la ética legal es que el jurista, pero también el público en general, suelen poseer un concepto de moral excesivamente *estrecho.* Para muchos individuos la moral se limita a unas cuantas reglas y prohibiciones (recetarias y simplistas) de naturaleza muy elemental y aprendidas durante la temprana infancia. A estas reglas pertenecen supuestos abstractos como: no robar, no matar, no burlarse de los otros, no hacer trampas, etc. La dificultad radica, como puede apreciarse, en que estas reglas funcionan únicamente en los casos menos complejos de la experiencia vital. Así, por ejemplo, si un niño está golpeando a otro hasta quebrarle los dientes (y la vida), es muy factible que su padre o su madre le corrijan de la siguiente forma: «Eso no debe hacerse. Es incorrecto moralmente golpear a los niños pequeños e indefensos». El agresor, si logra asimilar la enseñanza, es factible que la reproduzca a lo largo de su vida. Empero, y aquí es donde se presentan justamente las dificultades: la moral que se reproduce es la *moral del niño,* una moral niñoide. Es un concepto de moral excesivamente limitado, rígido, pues cuando al adulto le toca presenciar, por ejemplo, una guerra, en la cual él no está directamente involucrado, dirá algo así como: «Ese no es problema mío. Allá que se maten los que quieran, mientras no me afecten a mí». Para él, golpear a su vecino es malo (pues hasta allí llega el precepto moral de su infancia), pero no es malo que los más fuertes asesinen a los más débiles en una guerra sangrienta e injusta. ¡Ése no es su negocio!

Otro ejemplo: la mayoría de personas aceptarían, sin mayores reparos, que robar está mal, que es inmoral. En su vida familiar y pública se molestarían mucho si alguien los tratara de ladrones. Es probable que instruyan a sus hijos en el sentido de que tomar las pertenencias ajenas no es correcto. Pero de nuevo, hasta allí llega su moral. Una moral de infantes. No se inmutarán, o en todo caso, les importará muy poco cuando su gobierno se roba descaradamente los recursos públicos, cuando se inviertan millones y millones de dólares en armas de destrucción masiva, cuando se cocinan negocios sucios bajo la mesa y se soborna a los funcionarios para que adjudiquen positivamente un determinado concurso. Todo esto está bien, pues son «cosas de la política». De este nocivo, pero frecuente, fenómeno nos informa John HOSPERS de una manera insuperable:

> «En mucha gente el concepto de moral nunca rebasa la fase infantil. Por consiguiente, no sienten ninguna culpabilidad al cometer en la vida pública —en el que las víctimas de su codicia o de su negligencia pasan a menudo desapercibidas— actos que nunca cometerían en la vida privada. Es posible que estafen a los accionistas de una gran Compañía sin pestañear, pero sus conciencias se opondrán con tanta fuerza a robar a un amigo personal que ni siquiera soñarían en hacerlo. Un hombre puede ser un padre ejemplar y, a la vez, un competidor perverso y taimado que trata a los fondos públicos como si fueran un juguete en sus manos»[28].

Este fenómeno también se da (no podría ser de otra manera) en el campo de la profesión jurídica. Está mal mentir, dirá un individuo en su vida privada. Y es muy probable que lo crea realmente y de forma sincera. Sin embargo, cuando llega el momento del juicio (en su práctica profesional), no dudará ni un segundo en «instruir» debidamente a los testigos y al mismo acusado para que callen ciertos aspectos relevantes del caso y exageren o incluso tuerzan algunos otros. ¿No implica todo ello también una mentira? Es muy probable. Pero ante ello, los abogados, y el público en general, dirán

[28] HOSPERS, 1979: 37.

simplemente: «Son cosas del Derecho. Todo esto es necesario, e incluso es parte normal de la administración de justicia». Pero, ¿no hay algo mal en esta lógica?

c) La tercera forma de inmoralidad que se mencionó arriba consiste en la ausencia de controles con respecto a las conductas de los agremiados. Contra este tipo de situación, se pueden hacer varias cosas, siendo la más importante crear unos *mecanismos de denuncia* ágiles y eficaces para que los afectados puedan combatir las acciones irregulares de los agremiados. Adicionalmente, se requiere que esas denuncias (en especial las sanciones que se impongan una vez realizada la investigación pertinente) sean dadas a conocer a la opinión pública, mediante un sistema de difusión realmente accesible.

3. SEGUNDA PARTE: LAS CONDUCTAS «INTRÍNSECAMENTE» INMORALES, O SOBRE EL CARÁCTER MÍTICO-SIMBÓLICO DEL DERECHO

Hasta el momento se han visto una serie de supuestos fácticos en los que la conducta de los juristas quebranta los principios deontológicos en virtud de la aplicación de normas jurídicas. Es decir, se trata de lo que bien podría llamarse *inmoralidades prácticas por aplicación del Derecho.* Sin embargo, existe otro orden de inmoralidad que es bien distinto y que está presente en la profesión legal, pero que resulta muchísimo más complejo y difícil esclarecer de una manera satisfactoria.

Comenzaré indicando que la disciplina jurídica: eso que usualmente se llama «ciencia del Derecho» o «dogmática jurídica» —y que es lo que básicamente se estudia en la Escuelas de Derecho— ha aspirado siempre, y sigue aspirando en la actualidad, a hacer de la actividad jurídica una práctica lo más razonada y segura posible[29]. El estudio sistemático y constante de la doctrina y de la jurisprudencia, la creación de las teorías jurídicas, la existencia misma de la metodología atestiguan el deseo de convertir al Derecho en una empresa verdaderamente *científica.* Desde siglos atrás, los esfuerzos se han dirigido a lograr un mayor control y rigor en la aplicación de las normas. La idea rectora, con sus múltiples manifestaciones, ha sido siempre la misma: evitar la arbitrariedad, someter el azar, conseguir la certeza jurídica. Para ello se han pergeñado toda clase de instrumentos y mecanismos: desde las antiguas teorías de la interpretación hasta las modernas lógicas deónticas, desde el uso de la tópica y de la retórica hasta la actual teoría de la argumentación. Se ha creído, con razón o sin ella, que para que exista el orden en la sociedad, para que los litigios se resuelvan de una manera igualitaria y equitativa, para que las personas sepan a qué atenerse y cómo actuar, para que los tribunales de justicia conserven la legitimidad y la confianza requeridas, es absolutamente necesario que el Derecho sea *previsible* y *seguro:* para casos iguales, sentencias iguales; para problemas similares, soluciones similares. Cuanto más exacta sea la aplicación de las normas, más homogénea resulte ser la actividad jurisdiccional, cuanto más calcula-

[29] La nueva tendencia en esta línea es, como bien se sabe, la llamada «teoría de la argumentación jurídica». Al respecto puede consultarse los trabajos sinópticos de ATIENZA, 2006a: *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación,* Barcelona: Ariel Derecho; ATIENZA, 2006b: *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica,* Lima, Perú: Palestra.

ble y previsible sea el comportamiento de los jueces, más justo será el Derecho. Y entre más justo sea el Derecho, mejor será la vida en esta tierra.

Esta exigencia de *racionalidad* jurídica y de *certeza* judicial no es, sin embargo, una exigencia exclusiva del gremio de los juristas, sino que es una pretensión general (del público). La gente quiere que la aplicación de las normas sea racional y segura. Lo exige. Lo demanda. De lo contrario, la justicia —se dice— se convertiría en una verdadera «lotería». Reinaría el caos. La seguridad caería postrada ante los pies enlodados de la anarquía. El barullo de las normas y el escándalo de las leyes reinarían sin control. No es posible, pues, que las cosas se hagan caprichosamente, sin unas pautas sistemáticas bien definidas y claras. Es para ello, precisamente, que existen las Escuelas de Derecho y los profesores que allí aleccionan. Ellos son los llamados a instruir a los estudiantes para que, mediante el uso de la razón y de la sabiduría metodológica acumulada durante siglos, hagan del Derecho la empresa segura y previsible que todos quieren. Este constituye, junto con el ideal de la justicia, uno de los pilares fundamentales de todo ordenamiento jurídico. Jerome FRANK se refirió, atinadamente, a este deseo de certeza en el Derecho como el «mito legal básico» (*Basic Legal Myth*)[30].

Y a continuación, lo fundamental. El Derecho, como disciplina académica, pero también como praxis social y política, ha asumido, ha internalizado esta ideología en todos sus extremos. Más claro aún: los cultores del Derecho han asumido e internalizado esta ideología. La prueba más contundente de ello se encuentra en la historia de la dogmática jurídica; mejor, en la existencia de la dogmática jurídica. Ella es el fiel reflejo, con sus incontables construcciones, dogmas y esquemas, conceptos y categorías, divisiones y subdivisiones, de que la creencia en una racionalidad del Derecho es un componente indeleble de toda organización jurídico-positiva.

Ahora bien, es claro que esta pretensión racionalista, esta vocación constante y duradera de seguridad y certidumbre es, en muchos sentidos, una quimera. *La certeza es generalmente una ilusión y el reposo no es el destino del hombre*[31]. Sin embargo, y aquí es donde nace justamente la *inmoralidad intrínseca* que se explicó, este hecho no puede ser reconocido abiertamente por la administración de justicia (*i.e.,* por los operadores del Derecho). Un reconocimiento expreso de las vacilaciones y dudas, de las lagunas y contradicciones del sistema jurídico, es incompatible, ya no sólo con las exigencias gremiales de la disciplina, sino también y básicamente, con las exigencias de la comunidad social. El Derecho, como reproductor de los *universos simbólicos* (BERGER/LUCKMAN) imperantes en una sociedad determinada no puede traicionar, sin caer en desgracia, los preceptos e ideales que le son reclamados por la colectividad socio-histórica que le ha dado origen. Es a partir de esta premisa que se erigen las diferentes estructuras sociales y las construcciones ideológicas de las comunidades humanas, las cuales demandan que el discurso de esos universos aparente ser racional, ideal, justo. Cada comunidad social requiere su dosis diaria de *ficción,* que es absolutamente incompatible con una visión realista de la Jurisprudencia. El Derecho está, por ende, al servicio de esta ficción (o mentira colectiva) que no puede ser atacada eficazmente mediante la verdad. Pocos autores han plasmado esta idea en una forma tan clara como Thurman ARNOLD:

---

[30] FRANK, 1936: *Law and the Modern Mind,* New York: Tudor.
[31] HOLMES, 1897: *The Path of the Law,* Harvard Law Review, vol. X, p. 466.

> «Si los Tribunales —o al menos las personas que trabajan en ellos— no creyeran categóricamente que la Justicia es impartida de acuerdo con los dictados inexorables de una Ciencia Lógica Impersonal, entonces nuestra maquinaria para la administración del Derecho no existiría tal y como hoy la conocemos. De igual forma que los individuos cultivan sueños e ilusiones, así también lo hacen sus instituciones judiciales»[32].

Así, pues, la inmoralidad esencial y fundamental del universo socio-político y jurídico consiste en negar su carácter vacilante e inseguro. Rechazar la incertidumbre potencial de las resoluciones, impugnar la naturaleza contingente de las respuestas, desmentir la posibilidad de elección y con ello la posibilidad de subjetividad. Con respecto a todo ello no puede decirse la verdad. ¡Ella mata, o en todo caso, hiere! Si al ciudadano común se le contara que la impartición de justicia no funciona según los preceptos de una lógica inexpugnable, que las sentencias no siempre se dictan siguiendo la justicia o la verdad del caso, sino según la retórica de los argumentos, las convicciones personales del juez y, a veces, las presiones sociales, políticas y mediáticas, entonces la legitimidad y la aceptación del poder judicial entrarían en crisis. Por lo dicho, es necesario *aparentar* que se vive en un universo jurídico transparente y honesto, aunque en el fuero interno de su conciencia muchos sepan que no es así. Todas estas mentiras paternales, estos mitos y leyendas (colectivamente cultivados y aceptados) hacen posible la convivencia pacífica de los seres humanos, constantemente sedientos de auto-engaño y de ficción[33]. Tal y como decía MAQUIAVELLO hace ya muchos siglos: «Los seres humanos son tan ingenuos y están siempre tan dispuestos a obedecer las necesidades de su tiempo, que alguien que tenga la suficiente voluntad para engañar, encontrará siempre a aquellos que desean ser engañados».

3.1. ¿Se puede hacer algo contra la inmoralidad intrínseca?

Poco o nada. Ya dijimos que la expresión primordial de esta forma de conducta, radica en la necesidad de presentar al Derecho como una empresa potencialmente racional, estable y segura (*Basic Legal Myth*). Ésta es una exigencia más que gremial, es social, política y cultural. Sin esa cuota de ensoñación colectiva, el Derecho como tal no existiría o perdería una buena parte de su aceptación y estima. Eliminar ese «mito básico» resulta, por ende, imposible sin socavar las estructuras simbólicas que le dan sentido y estabilidad al ordenamiento jurídico y social.

4. A MODO DE CONCLUSIONES

1) El campo de la deontología jurídica es, desgraciadamente, muy fértil para el cultivo de la literatura pseudo-poética. Sobran allí los discursos encomiásticos y elogiosos sobre la búsqueda constante de la «justicia» y la «verdad».Todo ello nos hace gozar, pero no ver con más luz. Un análisis realista de los problemas morales involucra-

[32] Véase: «The role of substantive law and procedure in the legal process», *Harvard Law Review,* n.º XLV, n.º 4, 1932: 618.

[33] Respecto a esta tesis es necesario confrontar el extraordinario libro de KOLAKOWSKI, 1999: *La presencia del Mito,* traducción de G. BOLADO, Madrid: Cátedra.

dos en la profesión jurídica exige, por el contrario, mostrar abiertamente las dificultades reales que allí se presentan a diario. Esto no implica renunciar, llegado el caso, a algún ideal. Pero de lo que se trata es de darle contenido a ese ideal y de hacer visibles los obstáculos que inevitablemente surgirán para su consecución.

2) La mayoría de códigos éticos, de cursos de deontología y de manuales para el jurista ideal son, en realidad, *racionalizaciones colectivas.* Ellas sirven (y en no pocas ocasiones) para engañarse a sí mismo o para engañar a los demás. Mediante esos códigos y cursos nos repetimos a nosotros mismos lo que queremos escuchar y le decimos también a la gente lo que esta quiere oír. Confundimos así los deseos con las razones y motivaciones verdaderas. Afirmamos que procedemos de una cierta manera para lograr tales y cuales fines, cuando en realidad lo hacemos por razones personales o por comodidad. «Es irremisiblemente fácil creer en lo que deseamos creer, a fin de hacer lo que deseamos hacer»[34]. Esos códigos parten de lo que se ha denominado una *moral de imperativos,* es decir, un enfoque de los valores de carácter general y falsamente idealizado de la profesión.

3) Una visión demasiado optimista y augusta del Derecho, contrariamente a lo que se cree (y esto es una *paradoja* importante), resulta más bien nociva para el ejercicio de la profesión. De allí que habría que estudiar en qué medida la carrera jurídica no estaría mejor si se suprimieran los tradicionales códigos éticos y, en su lugar, se establecieran unos catálogos de *vicios comunes* y de *inmoralidades esenciales* a la disciplina. Se trata así de forjar una *ética de las circunstancias,* que proceda ya no deductivamente a partir de ciertos principios universales y abstractos, sino inductivamente a partir de los casos prácticos de la vida y de sus consecuencias inmediatas.

4) El *exceso de moral* (y esta es otra *paradoja* de la moral de imperativos) genera, a la postre, una *ausencia de moral.* Al basarse ella en reglas inflexibles hace irrealizable la práctica de la ética. Dado que es imposible apegarse a todas las reglas, entonces no nos apeguemos a ninguna. Por otra parte, una persona, o en nuestro caso, un profesional que esté obsesionado por el cumplimiento de los más mínimos detalles morales, que busque no incurrir jamás en una falta, que se apegue a todos los deberes y exigencias de la moral de su entorno, paraliza el ejercicio de su actividad y el de los demás. No podría, por ejemplo, defender a un cliente (pues siempre cabe la posibilidad de que sea culpable), no podría presentar un escrito ante los estrados judiciales, pues tendría que decirle toda la verdad al juez, lo que implica, en no raras ocasiones, indicarle que los argumentos de la contraparte son más convincentes que los de su propio defendido, no podría incluso, saludar a los funcionarios judiciales, pues ello podría tomarse como un indicio de soborno o de corrupción. Esto degenera en un verdadero *fundamentalismo ético*[35]. Por eso, los pequeños descuidos morales, las leves desatenciones éticas son un ingrediente, al parecer necesario («intrínseco»), de la vida judicial, pero también de la vida social en general.

5) La moral profesional, al igual que la moral general, no puede simplemente «enseñarse» (al menos una vez que el adulto ha desarrollado sus hábitos y conductas personales). Esta tesis no implica, por cierto, un determinismo axiológico. Lo que dice es, simplemente, que un curso de ética a lo más que puede aspirar es a *esclarecer* algunos problemas, a hacernos ver mejor dónde están las dificultades y, así, llegado el momen-

[34] HOSPERS, 1979: 39.

[35] Quien me llamó la atención sobre este concepto fue el Profesor J. LLOBET RODRÍGUEZ.

to, a aplicar de mejor forma aquellas reglas morales que *ya* cultivamos en nosotros. Es decir, de lo que se trata es de *estar alerta* contra los peligros que acechan en este campo. Sólo si vemos los monstruos, podremos defendernos contra ellos.

6) En el campo jurídico, especialmente, en el ámbito forense hay muchas formas en que se puede actuar de manera moralmente incorrecta: así, por ejemplo, mentirle a un cliente sobre la realización de ciertos trámites, desatender una gestión procesal, ofrecerle pruebas falsas a un juez, perder los expedientes judiciales, ofender al demandado, proponerle negocios oscuros y sobornos a los magistrados, son acciones que violentan, en mayor o menor grado, los preceptos de la deontología profesional. Sin embargo, en este trabajo se esbozó la tesis de que existe una forma de inmoralidad que resulta muchísimo más grave, pues es prácticamente imposible de eliminar. Esa forma de inmoralidad «intrínseca» consiste, esencialmente, en *aparentar* una serie de cualidades (verdad, justicia, seguridad, certeza, uniformidad, estabilidad, etc.) que en la realidad no existen o, si existen, están matizadas en grados diversos. Una cuota (mayor o menor según los casos) de falsedad, deshonestidad y hasta de mentira es necesaria en muchos pleitos jurídicos. Allí «toda la verdad» puede resultar mucho más nociva que la falsedad. Este fenómeno obedece, básicamente, a que el ejercicio del Derecho —al igual que el de otras profesiones— está sujeto a determinados «*juegos del lenguaje*» que demandan unos comportamientos muy particulares para lograr los objetivos propuestos. De no seguirse esos «juegos», entonces la persona no es tomada en cuenta o los resultados que obtiene son muy diferentes a los esperados.

5. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA DEL TEXTO

ARNOLD, Th., «The role of substantive law and procedure in the legal process», *Harvard Law Review,* n.º XLV, n.º 4, 1932.

CÁTEDRA DE CIENCIAS SOCIALES, MORALES Y POLÍTICAS, 2003: *Ética de las profesiones jurídicas. Estudios sobre deontología,* Universidad Católica San Antonio de Murcia, España.

COADY, C. A. J., 1995: «La política y el problema de las manos sucias», recogido en SINGER, P. (ed.), *Compendio de Ética,* Madrid: Alianza Editorial, pp. 507 y ss.

Código Penal de la República de Costa Rica, renumerado, concordado, con anotaciones sobre acciones de inconstitucionalidad, índice alfabético y espacios para anotaciones en cada artículo, por U. ZÚÑIGA MORALES, Editorial Investigaciones Jurídicas, 2004.

COLEGIO DE ABOGADOS DE COSTA RICA, *Código de deberes jurídicos, morales y éticos del profesional en Derecho.*

COUTURE, E. J., 1988: *Los mandamientos del abogado,* Buenos Aires: Depalma, 10.ª ed.

FRANK, J., 1936: *Law and the Modern Mind,* New York: Editorial Tudor.

GARCÍA AMADO, J. A., «Ética del juez y del abogado», recogido en COLEGIO DE ABOGADOS DE COSTA RICA, *Memoria del XV Congreso jurídico nacional: Ética con responsabilidad social,* del 16 al 19 de agosto del 2005.

HABA, E. P., 2004: *Elementos básicos de axiología general. Epistemológica del discurso valorativo práctico,* San José: Editorial de la Universidad de Costa Rica.

HENKEL, H., 1964: *Einführung in die Rechtsphilosophie. Grundlagen des Rechts,* Munich y Berlín, C. H. Beck Verlag.

HOLMES, O. W., 1897: «The Path of the Law», *Harvard Law Review,* vol. X.

HOSPERS, J., 1979: *La conducta humana,* trad. de J. CERÓN, Madrid: Tecnos.

KOLAKOWSKI, L., 1999: *La presencia del Mito,* traducción de G. BOLADO, Madrid: Cátedra.

LEGA, C., 1983: *Deontología de la profesión de abogado,* trad. de M. SÁNCHEZ MORÓN, Madrid: Civitas, 2.ª ed.

MALEM SEÑA, J. F., 2001: «¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?», en *DOXA,* 24. *Cuadernos de Filosofía del Derecho,* Alicante: Universidad de Alicante, Departamento de Filosofía del Derecho.

MARTÍNEZ VAL, J. M., 1981: *Abogacía y Abogados. Tipología profesional —lógica y oratoria forense— deontología jurídica,* Barcelona: Bosch, Casa Editorial.

NIETO, A., 2000: *El arbitrio judicial,* Barcelona: Ariel Derecho.

— 2002: *Balada de la Justicia y la Ley,* Madrid: Trotta.

NIETO, A., y FERNÁNDEZ, T. R., 1998: *El Derecho y el revés. Diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces,* Barcelona: Ariel.

RODELL, F., 1994: *¡Ay de vosotros, abogados!,* Buenos Aires, Argentina: Depalma.

RÜTHERS, B., 1999: *Rechtstheorie,* Munich: Editorial C. H. Beck Verlag.

SALAS, M. E., 2004: «Vade Retro, Fortuna. O sobre la expulsión de "Satanás" —el azar— del mundo de las ciencias sociales (con especial énfasis en la "ciencia" jurídica)», en *DOXA,* 27, Cuadernos de Filosofía del Derecho, España: Departamento de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, pp. 377-391.

— 2005: *Kritik des strafprozessualen Denkens. Rechtstheoretische Grundlagen einer (realistischen) Theorie des Strafverfahrens,* Munich, Verlag C. H. Beck, Münchener Universitätsschriften, Reihe der Juristischen Fakultät, editado por C.-W. CANARIS, P. LERCHE y C. ROXIN, t. 194.

— 2006: «La dogmática jurídico-penal: ¿Un viaje fantástico al reino de Absurdistán o un arma eficaz contra la irracionalidad de la justicia penal?», en COURTIS, Ch.: *Observar la Ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica,* Madrid: Trotta, pp. 259 y ss.

SCHEUERLE, W., 1983: *Vierzehn Tugenden für vorsitzende Richter,* Berlín: Duncker & Humblot.

SINGER, P. (ed.), 1995: *Compendio de Ética,* Madrid: Alianza Editorial.

VAZ FERREIRA, C., 1963: *Moral para Intelectuales,* t. III, Homenaje de la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, Montevideo.

WHITE, J. (ed.), 1988: *Contemporary Moral Problems,* 2.ª ed., West Publishing Company, St. Paul *et. al.*