

ABOGACÍA ÉTICA ^y en el SIGLO XXI



fores

foro de estudios sobre la
administración de justicia
Buenos Aires - 2020

ABOGACÍA Y ÉTICA EN EL SIGLO XXI

Publicado por *FORES – Foro de Estudios sobre la Administración de Justicia*

Primera edición, mayo de 2021

© FORES, Foro de estudios sobre la Administración de Justicia, 2021

Se autoriza su reproducción con mención de la fuente.

Las opiniones expresadas en esta publicación son de exclusiva responsabilidad de los autores y no necesariamente representan las de *FORES – Foro de Estudios sobre la Administración de Justicia*

FORES es una ONG fundada en 1976 para trabajar por el mejoramiento de la Justicia y la reforma judicial en la Argentina

Moreno 431, 1º piso - (C1091AAI)

Ciudad de Buenos Aires-Argentina

(5411) 5238-0028

info@foresjusticia.org.ar





Código QR para donaciones

Esta obra ha sido posible gracias a la generosidad de los autores que han donado sus trabajos para ayudar a la actividad de nuestra institución, así como también - en el caso de trabajos ya publicados - agradecemos a las editoriales, que se mencionan en cada caso, que permitieron su publicación.

Esta obra tiene como propósito esencial
ayudar a la difusión de los principios de la ética de la abogacía.
Por ello será distribuida gratuitamente

En el caso de aquellos que quieran contribuir
a la tarea que desarrolla nuestra institución,
pueden obtener la obra abonando su precio
en la mayoría de los sitios que venden libros electrónicos
Y pueden también realizar una donación con el código QR
o en la forma que como les resulte más cómodo.

**[https://foresjusticia.org/
colaborar/](https://foresjusticia.org/colaborar/)**

*Existe una ley de vasos comunicantes entre la abogacía y
la justicia: no puede haber una buena justicia sin una
buena abogacía*

Piero CALAMANDREI

ANDRUET • BECCAR VARELA, D • BECCAR VARELA, L. • BURGNETTO • DEL CARRIL • DUBOIS
• FARÍAS • FINN • FORNARI • FEDERIC • GALASSI • GOBBI • ITURBIDE • LYNCH •
MAZZINGHI, J. A. M. • MUNILLA LACASA • MUZIO DE PLACE • ORDOÑEZ • ORTES GONZALEZ
• PIROVANO • PUEYRREDÓN • RODRÍGUEZ ESTÉVEZ • ROJAS • SILVESTRE • TALERICO •
TRAVERSO • TURJANSKI • VAQUER • VITOLO •

Abogacía y Ética en el siglo XXI

*Miradas y reflexiones de experimentados abogados ante los
nuevos retos de la profesión*

Horacio M. Lynch

Marcelo Gobbi

Directores

fores

**foro de estudios sobre
la administración de justicia**

IN MEMORIAM

EN RECUERDO DE LOS GRANDES ABOGADOS QUE HONRARON A
NUESTRA INSTITUCIÓN INTEGRANDO EL COMITÉ HONORARIO DE
FORES



Julio C. Cueto Rúa



Segundo V. Linares Quintana



Roberto N. Lobos



Jorge A. Mazzinghi



Manuel V. Ordoñez



Eduardo Roca

AGRADECIMIENTOS

Un agradecimiento especial a todos los autores (y en algún caso, a las editoriales) que han donado sus trabajos.

Agradecemos también a nuestra socia abogada y artista Marina Iturbide el diseño de la portada y el aporte de la obra con la que ilustra la misma.

Las siguientes instituciones y personas han colaborado en la edición de esta obra

Alejandro C. Altamirano • Raúl D. Aguirre Saravia • BLOQUE CONSTITUCIONAL • Mariano Brillo • Claudio C. Cacio • Alfredo F. Cantilo (h) • Ricardo Hearne • LYNCH & ASOCIADOS - ABOGADOS • MARVAL, O'FARREL & MAIRAL • Alberto D. Molinario • Hernán Munilla Lacasa • Carlos G. Renis

ÍNDICE

<i>IN MEMORIAM En recuerdo de los grandes abogados que honraron a nuestra institución integrando el Comité Honorario de fores</i>	6
<i>Agradecimientos</i>	7
ÍNDICE	8
<i>Prólogo de Alfredo M. Vítolo, Presidente del Comité Ejecutivo de FORES</i>	10
<i>Presentación por Horacio M. Lynch, Director</i>	11
IA. SECCIÓN LA ABOGACÍA EN EL SIGLO XXI	21
<i>Compromisos relevantes para la práctica de la abogacía actual por Armando S. Andruet (h)</i>	22
<i>Del abogado litigante al abogado negociador. Un necesario cambio de paradigma por Ricardo Manuel Rojas</i>	29
<i>Reflexiones sobre la vocación, el ejercicio profesional y la tecnología por María Julia Fornari</i>	33
<i>Nueva Abogacía ¿nuevos dilemas éticos? por Horacio M. Lynch</i>	38
<i>Nuevos (ya no tanto) paradigmas en la abogacía por Marcelo Gobbi</i>	52
<i>¿Dónde diablos se ejerce la abogacía? por Marcelo Gobbi</i>	57
<i>La innovación y el Derecho en tiempos de pandemia por Demetrio Alejandro Chamatropulos</i>	61
IIA. SECCIÓN LA REALIDAD DE LA ÉTICA DE LA ABOGACÍA	64
<i>La ética profesional del abogado en Francia por María Beatriz Burghetto, Christophe Dubois y Santiago Muzio de Place)</i>	65
<i>La ética profesional en los Estados Unidos de América por Melisa Ortes González</i>	75
<i>La ética de la abogacía en la Argentina y los resultados de una encuesta por Horacio M. Lynch</i>	79
<i>Derecho, ética profesional y moral del abogado por Enrique V. del Carril) (*)</i>	93
<i>Perspectiva diacrónica del deber de verdad por Felipe Ordóñez</i>	103
<i>Las Nuevas Reglas de Ética Profesional por Damián F. Beccar Varela</i>	109
<i>Dos tradiciones jurídicas, una misma profesión por Enrique V. del Carril</i>	114

<i>III.A. SECCIÓN: LA ENSEÑANZA DE LA ÉTICA - ¿La Ética no interesa? Marina Iturbide</i>	123
<i>La enseñanza universitaria de la ética profesional en Argentina por Juan Marcos Pueyrredón, Guillermina Federik y Lucía M. Traverso</i>	126
<i>Semejanzas y diferencias entre la ética de la abogacía y de la medicina por Raúl A Farias y Lucía I. Beccar Varela</i>	133
<i>IVA. SECCIÓN TEMAS ESPECIALES</i>	137
<i>Ética profesional y defensa penal eficaz por Juan María Rodríguez Estévez</i>	138
<i>Dilemas éticos habituales de los abogados que se dedican al Derecho de familia por Jorge A. M. Mazzinghi)</i>	152
<i>Principios éticos para los abogados árbitros por Pablo A. Pirovano</i>	156
<i>El abogado no puede ser obligado a prestar declaración testimonial si opta por guardar el secreto profesional por Hernán Munilla Lacasa</i>	162
<i>Honorarios profesionales y lavado de activos por María Eugenia Talerico</i>	173
<i>La ética profesional y los honorarios del abogado por Rosalía Silvestre Mirás^(*)</i>	178
<i>Honorarios mínimos y orden público: una perspectiva deontológica por por Marcelo Gobbi</i>	182
<i>Decálogo para el abogado externo de empresa por Juan Manuel Vaquer</i>	186
<i>Abogacía interna en la Argentina reflexiones a partir de una sentencia europea sobre confidencialidad de la comunicación entre clientes y abogados por Marcelo Gobbi</i>	191
<i>VA. SECCIÓN LA ÉTICA DE LOS JUECES</i>	198
<i>El desafío de forjar un carácter orientado a la Justicia (una Ética judicial que apela a las virtudes) por Santiago Finn</i>	199
<i>Estudio comparado de los códigos de ética judicial Aspectos normativos e institucionales por Alejandro Turjanski</i>	203
<i>Encuesta a los jueces por Alejandro Turjanski</i>	212

PRÓLOGO

ALFREDO M. VÍTOLO

“Hacéte amigo del juez, no le des de que quejarse... / que siempre es bueno tener palenque ande ir a rascarse”.

Este consejo taimado del Viejo Vizcacha a Martín Fierro que nos presenta José Hernández hace casi un siglo y medio, nos brinda una semblanza de un sentir -demasiado- común del funcionamiento de la Justicia en nuestro país en nuestros días. Parecería que esta máxima se ha transformado en -efectivamente- nuestra guía de conducta cotidiana. Una Justicia en la que nadie cree. Los índices de confianza de la ciudadanía en la Justicia son los más bajos de todas las instituciones sociales.

¡Qué alejados nos encontramos de aquella máxima que expresaba San Alfonso María de Ligorio, cuando señalaba que no se deben defender causas justas con medios ilícitos! O en tiempos más cercanos de las enseñanzas del maestro uruguayo Eduardo Couture, que en los mandamientos del abogado reclamaba lealtad con el adversario.

El desprestigio que presenta la Justicia en nuestro país, desprestigio que involucra tanto a los jueces, a los funcionarios judiciales y a los abogados mismos, tiene múltiples causas, en una sociedad que, en general, ha caído en un relativismo moral en donde todo vale para obtener mi interés, justo o injusto.

Quienes participamos de FORES estamos convencidos de que una de tales causas, y probablemente una de las principales, es que las facultades de derecho en nuestro país han pasado a ser meras fábricas de técnicos en derecho, pero en donde no se imparten, o se imparten limitadamente, enseñanzas de Justicia.

La ética profesional, entendida como la disciplina que nos enseña el buen obrar en el ejercicio de nuestra misión como abogados, está prácticamente ausente de los programas de estudio, y no se exige para obtener la matriculación profesional. Las reglas de ética profesional y las actuaciones de los tribunales de conducta y su jurisprudencia son normalmente desconocidas por jueces y abogados.

Por ello, por iniciativa de un grupo de miembros de FORES, asociación que desde hace casi cincuenta años lucha por lograr el mejoramiento de la Justicia en nuestro país, liderado por uno de sus fundadores, Horacio M- Lynch, ponemos hoy a disposición de los abogados, magistrados y estudiantes de derecho de la República Argentina esta obra, producto del estudio y de la reflexión, con la intención de que se transforme en un puntapié inicial en la recuperación de una profesión que haga de la búsqueda de la justicia su norte.

En nombre del Comité Ejecutivo de FORES, nuestro agradecimiento a los autores y a quienes lideraron y apoyaron el proyecto que hoy ve la luz.

Alfredo M. Vítolo
Presidente del Comité Ejecutivo de Fores

[\(Ir al INDICE\)](#)

PRESENTACIÓN

HORACIO M. LYNCH DIRECTOR

El siglo XXI encuentra a la profesión en pleno cambio. Esta obra en colaboración reúne miradas y reflexiones de experimentados abogados sobre la abogacía y la ética ante los nuevos retos de la profesión. Destaco esta característica porque hay trabajos muy profundos desde lo académico, pero mucho menos por quienes están en la práctica diaria. Estos no siempre tienen oportunidad o tiempo para hacerlo. Es cierto también que, en nuestro caso, la mayoría de quienes escriben tienen una marcada inclinación por la docencia y por la investigación, pasión que comparten con el ejercicio profesional.

Otra característica es la de tratar de hablar de la realidad del ejercicio de la profesión en la Argentina y su relativo cumplimiento de las normas éticas. A las reflexiones hemos sumado una encuesta realizada entre jóvenes abogados.

FORES Y LOS HOMBRES Y MUJERES DE DERECHO

Nuestra institución, - FORES, Foro de Estudios sobre la Administración de Justicia, - se fundó hace más de cuatro décadas para mejorar la Justicia en la Argentina, y desde su inicio dividimos su consideración en tres áreas, lo institucional, lo humano y lo administrativo funcional.

Cómo institución privada es en el área humana donde podíamos desarrollar más actividad, teniendo en cuenta que los hombres y mujeres del Derecho son el más importante factor de cualquier sistema judicial. De todas las tareas de la institución, seguramente ésta ha sido la más trascendente.

En esta idea nos ocupamos de analizar la situación de la educación legal y formación profesional, del mejoramiento de las casas de altos estudios, de los colegios profesionales, de la educación legal continua, y del mejoramiento y la formación de magistrados¹. De nuestra revisión concluimos que todo se podía mejorar y que había mucho para trabajar. Así, publicamos dos trabajos denunciando la „crisis de la abogacía“ en la Argentina.

En 1979 y 1980 realizamos las Primeras Reuniones de Decanos de Derechos que se hicieron en el país. En la reunión realizada en la Facultad de Derecho de la UBA los decanos reconocieron que no estaban formando abogados, sino licenciados en Derecho. Como consecuencia de esto FORES puso en marcha su Programa de Entrenamiento para Abogados (el Arte de la Abogacía), con carácter experimental, para dar formación profesional a los egresados de Derecho, en un símil de las residencias médicas, lo que en aquél entonces sólo se hacía en dos o tres países del mundo.

En 1982 realizamos la Encuesta Nacional sobre la Educación Legal y Formación Profesional de Abogados, cuyos resultados inspiraron luego la reforma sustancial que se hizo en 1984 en la Facultad de Derecho de la UBA. El tema de la ética de la abogacía suscitó muchos trabajos y experiencias. Más adelante, promovimos y colaboramos con la Reunión de Escuelas de la Magistratura en el Mundo que se hizo en Buenos Aires en 1992.

Casi dos décadas después, en el año 2000, en un interesante ensayo sobre la educación legal en Argentina, dice Gozaini:

“(…) La educación universitaria del abogado está en crisis. La preparación práctica, es decir, aquella que transmite desde las aulas la metodología laboral de la profesión, no se encuentra en los planes de estudio. Los graduados no tienen especial conocimiento de los compromisos morales que suponen aceptar y edificar los principios éticos del ejercicio profesional. Afirmaciones como esta son tan

¹ Algunos hitos en la tarea de FORES: La crisis de la abogacía (1976 y 1978), las dos Conferencias sobre la Reforma judicial, Mar del Plata en 1978 y 1979. Reunión de Decanos de Derecho de Facultades públicas y privadas del país, 1978 y 1979; el Programa de Entrenamiento para Abogados (el Arte de la Abogacía), desde 1980 hasta el presente; la Encuesta Nacional sobre la Educación Legal y Formación de Abogados en la Argentina (1982); el libro La Educación Legal y la Formación de abogados en la Argentina, 1986, ed. LA LEY, la primera reunión mundial de las Escuelas de la Magistratura, Buenos Aires, 1992. Además de múltiples trabajos sobre la ética profesional, sobre la enseñanza, y sobre la corrupción judicial. Ya en este siglo XXI, varios trabajos sobre ética judicial, el libro La ética, los Derechos y la justicia de Julio De Zan, Montevideo 2004 - 310 páginas, con Argentina Justicia - ARGENJUS -, FORES y el apoyo de la Fundación Konrad Adenauer, disponible en https://www.kas.de/documents/252038/253252/7_dokument_dok_pdf_5665_1.pdf/b637f38d-4673-6087-7f76-a18490f153e8?version=1.0&t=1539666401378; el libro Corrupción Judicial de Emilio Cárdenas y Héctor Chayer-(La Ley y FORES), 164 páginas - con Prólogo del autor - y la Agenda Anotada para la Reforma Judicial, de 2015.

normales oír las que hoy no sería posible establecer cuál es el tiempo de origen para estas opiniones. Inclusive, muchos sostienen que los padecimientos van *in crescendo* con el aumento considerable de escuelas de Derecho que han multiplicado la graduación. Cada una de estas cuestiones tiene expresiones y fundamentos muy atendibles. Se proclaman cambios urgentes; se quiere el perfeccionamiento, la actualización, la formación en la ética; en fin, la unidad de opiniones persigue asentar su filosa daga en el corazón del graduado, en el joven abogado que, según esos dichos, no ha recibido de la Universidad la educación completa que la sociedad le reclama para que defienda idóneamente el Derecho de las personas. Hoy día, vuelve a considerarse que la habilitación profesional no debe ser función de la Universidad, sino de los colegios profesionales (...)”².

1.1. Sin cambios, causas

Veinte años después de esta afirmación todo sigue igual, o peor. En estas décadas no hubo reacciones ni cambios significativos, salvo algunos que nos demostraron que no todo el esfuerzo cayó en tierra infértil, especialmente en las nuevas facultades privadas que se crearon a partir de los ‘90 del siglo pasado. Pero en la cantidad total de abogados egresados, la situación no ha mejorado y seguramente ha rebajado su calidad.

Las causas de la apatía no están bien determinadas, pero quizás las recurrentes crisis que hemos vivido, la poca profesionalidad de los responsables y, muy seguramente, el hecho de que nunca ha sido el problema más álgido -siempre lo urgente relega a lo importante- lo cierto es que fue relegado y con el transcurso de los años y década se ha tornado gravísimo.

No habiendo un responsable común a todos, cada actor ha seguido sus propias reglas. Veamos.

Me refiero a la Justicia en primer lugar. Nuestra Corte Suprema nunca entendió que -como cabeza del sistema judicial, y como titular de uno de los tres poderes del Estado- debería ocuparse de la formación de los abogados. Así se hizo en los Estados Unidos de América donde fue el Chief Justice Warren Burger quien, en una famosa alocución, sacudió a la educación legal de ese país reclamándoles mejorar la competencia de los abogados³. Esto lo hizo como respuesta a una crítica sobre la lentitud de la Justicia, y él la explicó como resultado de cierta incompetencia que se advertía en los abogados.

Nuestra Corte Suprema nunca asumió este rol -ni siquiera lo pensó-, como si el carácter de auxiliares de la justicia de los abogados fuera algo simplemente teórico. En algún momento, la Corte se interesó por la Escuela Judicial, pero después no continuó con el tema, ni siquiera cuando en la reforma de la Constitución Nacional la creó en el Consejo de la Magistratura.

Los colegios de abogados se han conformado con ser meros tramitadores de la habilitación profesional y no piensan que podrían ser responsables por autorizar a ejercer a abogados mal preparados y sin formación ética. Evidentemente se han limitado a verificar que paguen la matrícula anual y no recarguen demasiado su Tribunal de Disciplina.⁴

Las facultades de Derecho han seguido con altibajos. La ya mencionada encuesta nacional de FORES de 1982 tuvo resultados muy críticos que provocaron cambios en la Facultad de Derecho de la UBA, tanto en el programa como en los métodos, pero sólo se verificaron en el programa.

Entre tanto, nacieron nuevas facultades de Derecho, oficiales y privadas, algunas con miras muy altas y otras con menores expectativas. En general, el resultado no ha sido halagüeño, pues algunas pocas han logrado brillo propio.

La Ley de Educación Superior N° 24.521 de 1995 estableció, en su art. 43 que, cuando se tratara de títulos correspondientes a profesiones reguladas por el Estado, cuyo ejercicio pudiera comprometer el interés público poniendo en riesgo de modo directo la salud, la seguridad, los derechos, los bienes o la formación de los habitantes, se requerirá que se respeten, además de la carga horaria, los planes de estudios revisados por el Ministerio de Educación y el Consejo de Universidades en forma periódica y la competencia de los títulos. En esta enumeración se encuentra la carrera de Derecho. Sobre esta base, dicho Ministerio a través de la CONEAU (Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria) comenzó a supervisar las facultades de Derecho, en coordinación con sus autoridades, pero su acción no ha tenido una repercusión aceptable, básicamente porque no tenía claros los objetivos.

² Gozaini, Osvaldo, en su libro “La enseñanza del Derecho en la Argentina y en Latinoamérica”, Buenos Aires, 2000, <http://gozaini.com/wp-content/uploads/2015/12/La-ensen%C3%83anza-del-Derecho-en-Argentina.pdf>.

³ Tuve el privilegio de estar presente en su disertación durante el transcurso de una reunión semianual de la ABA en Nueva Orleans, en febrero de 1978, v. en “Burger Welcomes Debate on Lawyers’ Competence” <https://www.nytimes.com/1978/02/13/archives/burger-welcomes-debate-on-lawyers-competence.html>.

⁴ En 2017, entre el lunes 13 y el martes 14 de marzo, se realizó en el CPACF una reunión académica patrocinada por la IBA - International Bar Association - “Desafíos de la Abogacía en el mundo contemporáneo, una perspectiva práctica”, que, pese a la importancia del tema, no tuvo una repercusión acorde ni ha quedado material, <https://www.cpacf.org.ar/noticia.php?id=4598&sec=14>.

El resultado de todos estos desencuentros se traduce en la mala calidad de nuestros abogados, a los que se suma su general ignorancia sobre las normas de ética que regulan la profesión, ni siquiera de las que pueden constituir faltas disciplinarias.

1.2 El esfuerzo de Justicia 2020

El gobierno del Ing. Macri, entre 2015 /2019, aprobó un plan general y orgánico de reforma judicial - Justicia 2020-, presentado por el titular de la cartera de Justicia, sobre la base de la Agenda Anotada preparada en FORES, que abarcaba el factor humano de la Justicia y las facultades de Derecho y que aconsejaba, además del título académico, un examen habilitante y la formación continua de los profesionales.

Pero cuando presentó su plan a los Decanos fue rechazado por éstos. Finalmente, el ministerio se resignó a aceptar la situación y se limitó a detectar las que llamó "áreas de vacancia" en la formación de abogados (entre las que estaba la ética profesional) y dedicó tiempo y esfuerzo a preparar material de trabajo para facilitar a las facultades de Derecho a cubrir esas áreas.

El referido Informe del Ministerio de Justicia destaca, además, las falencias en la preparación universitaria de los profesionales. Pero, equivocadamente a mi juicio, en el Informe se cifran esperanzas en que algunos cambios sugeridos en la forma e intensidad contribuyan al mejoramiento, lo que a mi juicio demuestra que aun desde las más altas esferas no se acierta con la naturaleza del problema.

Ahora bien, este mismo informe que denuncia, entre otras, a la ética profesional entre las áreas de vacancia en la enseñanza, luego no insiste en ello con la importancia que reviste. Esto lo vuelvo a tratar en mis colaboraciones incluidas en esta obra. Parecería, pues, que hemos perdido una gran oportunidad para hacer cambios. Aun así, en el marco de Justicia 2020, rescato el trabajo hecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Torcuato di Tella que -dentro de un programa promovido por el Ministerio de Justicia durante la gestión del Dr. Germán C. Garavano para completar lo que llamaron "áreas de vacancia" de temas profesionales que no se dictan en las facultades de Derecho- preparó un excelente cuadernillo para la enseñanza, bien esquematizado, con abundante bibliografía para cada tema, y, en especial, con casos para desarrollarlos por el profesor⁵.

Y también debe destacarse la publicación de la excelente obra [ÉTICA EN EL EJERCICIO PROFESIONAL DEL ABOGADO](#), dirigido por la Dra. Adriana Olga Donato, disponible en Internet⁶.

1.3 La nueva realidad de la abogacía en el mundo

En tanto, en las últimas tres o cuatro décadas todo ha cambiado en el mundo en lo referido a la provisión de los servicios legales, como a la educación legal y la formación de abogados.

Respecto de la formación, hace tiempo en la Comunidad Europea se cerró el círculo que determina que nadie puede ser abogado sin dar un examen de habilitación ante los colegios profesionales, previo los cursos correspondientes. Esta es, por otra parte, una antigua práctica en los países anglosajones que, desde siempre, separaron los estudios de Derecho de la formación de abogados (el gran presidente y gran abogado Abraham Lincoln nunca fue a una Facultad de Derecho). Una vez más, en la Argentina nos quedamos congelados en el tiempo.

1.4 Nuestra Justicia en crisis

La crisis de la abogacía se ha agravado, en tanto la producción de abogados se ha multiplicado varias veces más de lo que ha crecido la población en el país, con lo que la tasa de abogados por habitante se multiplicó por diez, superando largamente las estadísticas que llevaron a Calamandrei a escribir su famoso trabajo Troppi Avvocati (Demasiados abogados), que explicaba los males de la masificación y de la proletarización de la profesión.

Finalmente, como no podía ser de otra manera, nuestra Justicia está en crisis y así, siguiendo la ingeniosa comparación del mismo Piero Calamandrei sobre la ley de vasos comunicantes entre la Justicia y la abogacía de que no puede haber una buena Justicia sin una buena abogacía, nos pareció oportuno comenzar un proyecto para mejorar la profesión.

2 EL LIBRO

La obra está dividida en secciones.

La primera está dedicada a la actualidad de la profesión de abogados en el mundo, ya avanzado el s. XXI, y las características de los cambios que se verifican.

⁵ <http://www.sajj.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/etica-profesional_rivera-lopez.pdf>.

⁶ <<http://www.germangaravano.com/2020/publicaciones/etica-ejercicio-profesional-abogado.pdf>>.

En la segunda, se intenta explorar la realidad de la ética profesional en la Argentina y en otras partes del mundo: muchas obras excelentes abordan el tema de la ética de la abogacía, pero desde lo teórico, desde los fundamentos; hay muchos artículos y conferencias, pero muy poco se investiga sobre la realidad de su efectivo conocimiento y cumplimiento por los colegas.

Aquí hemos hecho un doble esfuerzo, por un lado, hemos realizado una encuesta para intentar complementar las opiniones subjetivas, y, en segundo lugar, hemos gestionado con colegas que trabajan en otros foros del mundo que nos comenten la realidad en la que actúan.

En la tercera, se tratan los temas tradicionales y profundos de permanente vigencia referidos a la moral, la ética y la deontología.

En la cuarta, se analizan temas referidos a la enseñanza de la ética profesional, con un trabajo comparativo con la ética de la medicina.

En la quinta, se analizan temas puntuales de la ética de la abogacía y, en la sección final, la sexta, se abordan temas de la ética judicial.

Los destinatarios de esta obra son todos aquellos que se interesan por la abogacía, que la ejercen y la consideran una profesión apasionante, que ven claramente a los abogados trabajando para la Justicia de uno u otro lado del mostrador. También, es para aquellos que admiten la importancia de la profesión para llevar paz al mundo, para facilitar el desarrollo de los países, para afirmar una convivencia republicana y democrática, aquellos, en fin, que comparten la aspiración de Lincoln de que el abogado, como pacificador, componedor, tiene una sublime oportunidad de ser un buen hombre.

Está escrito también para los que, aun dudando de que la profesión deba ser ejercida de una forma y bajo ciertas reglas, aspiran siempre a lo mejor.

Es para los que se preocupan por los avances tecnológicos, por los cambios en la forma de cómo se ejerce la abogacía o cómo se proveen los servicios legales, y que presienten que hay riesgos que involucran los principios más elementales de la profesión.

La variedad de enfoques y de temas debería ayudar a que el lector encontrara por sí mismo respuestas a sus inquietudes.

Sirve, en fin, para la enseñanza, para mostrar a la ética profesional desde distintos aspectos, para cuestionar, debatir, para leerlo escuchando los sabios consejos de experimentados abogados que aman la profesión y que entienden que es posible -y conveniente- ejercerla según „las reglas del arte“.

3 NUEVA ABOGACÍA, ¿NUEVOS DILEMAS ÉTICOS? [IA. SECCIÓN]

En tanto, en la Argentina seguimos con una abogacía muy mala (en promedio y con las naturales excepciones). En el mundo, la abogacía ha cambiado, casi radicalmente. Estos cambios tarde o temprano llegarán al país. Los cambios implican nuevos dilemas éticos.

Así, la primera parte de la obra está dedicada a la „nueva“ abogacía. Ya en el primer trabajo, Compromisos relevantes para la práctica de la abogacía actual del Dr. Armando S. Andruet [h] (ex magistrado y doble Académico de Derecho y de Medicina) propone cinco criterios a tener en cuenta y se plantea de qué manera las Universidades, los colegios de abogados y tribunales de disciplina se hacen cargo de ello.

Señala que las Universidades no se hacen cargo de la explicación de la ética profesional en concreto y sólo una teorización; los colegios de abogados deberían, por su parte, construir una conciencia profesional y que corresponde que los tribunales de disciplina fortalezcan la difusión de sus resoluciones para, con ello, profundizar la ejemplaridad, insistiendo en la matriz ética de la profesión.

Por su parte, María Julia Fornari, abogada de dilatada experiencia, buena parte lograda en la mediación, nos brinda sus [Reflexiones sobre la vocación, el ejercicio profesional y la tecnología](#), en el que muestra el contraste entre los vertiginosos adelantos de la tecnología que impactan en todas las áreas de nuestra vida cotidiana con el ejercicio de la profesión de abogado anclado en el pasado en nuestro país.

La crisis actual produjo, en su opinión, una alteración en las relaciones humanas, que culminará con un nuevo modelo social y cultural, especulando que cuando la pandemia cese, el mundo no será igual y la forma en que ejercemos la profesión de abogados, sufrirá cambios. El rol del nuevo abogado se centrará en dos ejes: el desarrollo de habilidades profesionales y la tecnología. Con optimismo, espera que la vocación y la ética, ilesas frente a cualquier embate, seguirán iluminado y sosteniendo en equilibrio cada uno de estos pilares.

Complementando este trabajo y con una mirada más global, está mi trabajo Nueva abogacía ¿nuevos dilemas éticos?, en los que básicamente intento dar respuesta a la cuestión de si los cambios en la profesión han determinados nuevos problemas éticos para los abogados, o son los mismos de siempre, pero en odres nuevos.

Ricardo Rojas tercia con su ensayo [Del abogado litigante al abogado negociador. Un necesario cambio de paradigma](#), donde intenta mostrar la influencia que el análisis económico del Derecho ha tenido en la ponderación de la labor del letrado, en especial, en su tarea como promotor de soluciones eficientes a los conflictos, más que como litigante sobre cuestiones legales. En la misma idea propone sumar las habilidades como negociador y empresario a su formación jurídica, para ofrecer un mejor asesoramiento a su cliente.

Rojas, abogado y doctor en Historia Económica, ha desarrollado su carrera profesional en la Justicia culminando como Juez del Tribunal en lo Criminal y Correccional. Es profesor de Análisis Económico del Derecho Penal y Teoría de la Decisión Judicial (UCEMA) y autor de varios libros sobre Derecho penal y Análisis Económico del del Derecho privado.

Finalmente, incluimos dos trabajos muy interesantes de Marcelo Gobbi, destacado abogado que practicó intensamente la profesión en el ámbito privado y luego ejerciendo la abogacía corporativa en el nivel internacional, el primero [Nuevos \[ya no tanto\) paradigmas en la abogacía](#), y el segundo, [Dónde diablos se ejerce la abogacía](#), que renuevan los planteos anteriores y los complementan con diferentes enfoques y reflexiones: en el primero analiza la necesidad de los abogados y sus organizaciones de responder al impacto de la automatización; en tanto en el segundo cuestiona la relativa utilidad de los criterios puramente territoriales, aplicados por las regulaciones sobre la abogacía como consecuencia de la deslocalización.

Continúa esta sección un trabajo de Demetrio Alejandro Chamatropulos, [La innovación y el Derecho en tiempos de pandemia](#), en el que llama la atención sobre los nuevos fenómenos que provoca la pandemia del COVID-19. El autor, con maestrías y doctorados en curso, tiene una muy interesante experiencia en el ejercicio de la profesión como abogado, en la Justicia, e innumerables responsabilidades en la docencia y en la investigación.

Termina esta sección con un trabajo [Dos tradiciones jurídicas, una misma PROFESIÓN](#), también de Enrique V. del Carril, en el que nos muestra cómo la abogacía es la misma sin perjuicio de la tradición jurídica donde se ejerza y del Derecho de fondo que se aplique.

4 LA REALIDAD DE LA ÉTICA PROFESIONAL Y UNA ENCUESTA SOBRE LA ÉTICA DE LA ABOGACÍA [IIA. SECCIÓN]

Como sabemos, hay una distancia muy grande entre los principios y la realidad, sobre todo en nuestro país. Como nuestras autoridades responsables -las organizaciones de la abogacía, de la Justicia, de la educación- no toman nota, hemos decidido encarar algunos trabajos que muestren la realidad. Y, en esta idea, hemos recurrido a confrontarla con la de otros países para tener puntos de comparación con la nuestra.

Esta sección comienza con el trabajo [LA ÉTICA PROFESIONAL DEL ABOGADO EN FRANCIA](#), que tres destacados profesionales realizaron en conjunto, Beatriz Burghetto desde París, Christophe Dubois desde Buenos Aires y Santiago Muzio De Place desde Lyon, en el que describen los requisitos para convertirse en abogado en Francia, en particular, la preparación de candidatos a abogado en las escuelas de abogados francesas, para el ejercicio de la profesión, con énfasis en la enseñanza de la ética profesional.

Explican algunas especificidades francesas en esta área, especialmente con relación al manejo por los abogados de fondos de sus clientes y terminan explorando la realidad, con referencia a un estudio empírico y a las opiniones y experiencias de los autores sobre cómo se aplican en la práctica las reglas de ética profesional de los abogados.

Beatriz Burghetto, abogada en la Argentina y en Francia y admitida en Inglaterra y Escocia, es una muy experimentada letrada corporativa, consejera adjunta en la Cámara de Comercio Internacional, dedicada al arbitraje internacional, en tanto que Christophe Dubois es un abogado francés que trabajó en varias multinacionales y que hoy asesora a empresas extranjeras desde Buenos Aires. Finalmente, Santiago Muzio De Place, abogado en la Argentina y en Francia, ejerció en varios estudios de Buenos Aires y de Lyon hasta que finalmente instaló su propia firma en esta última ciudad, donde asesora a sus clientes corporativos e individuales, en tanto participa en la Comisión de Derecho Internacional del Barreau local.

Por su parte, Melisa Ortes González, abogada argentina que, pese a su juventud ejerce en una importante firma de Nueva York, nos envió su trabajo [La ética profesional en los Estados Unidos de América](#), realizado con la colaboración de la también joven abogada argentina Andrea Mariana Galassi (a ambas les agradecemos el esfuerzo especial que hicieron por el poco tiempo de que disponían para llegar antes del cierre).

Ellas nos dicen que para comprender el rol que tiene la ética profesional en el foro local americano debemos considerar el contexto histórico de su desarrollo con la sanción de la Constitución de los Estados Unidos y que se propagó y reafirmó con el advenimiento de las asociaciones profesionales en cada uno de los estados.

Por su parte, subrayan que la honestidad y el honor juegan un papel preponderante a la hora de juzgar la conducta profesional, tanto de un candidato a la matrícula como de un abogado, las que pueden derivar en severas sanciones, incluyendo la revocación y la negación de la matrícula en todos los estados del país.

Esta Sección cierra con un trabajo del suscripto referido a [La ética de la abogacía en la Argentina 2020 \(y los resultados de una encuesta\)](#), en el que, para reforzar sus opiniones y la de sus colegas, realizó una encuesta entre abogados jóvenes para intentar aproximarse más a la realidad de la situación.

Es que la crisis de la abogacía instalada desde hace varias décadas en la Argentina sin síntomas de mejora, está directamente vinculada con la ausencia de enseñanza de la ética de la abogacía y con la poca importancia en el tema. Sólo un grupo de facultades de Derecho la enseñan. Esto contrasta fuertemente con lo que ocurre en países como Francia y los Estados Unidos de América. Lo que es peor es que ni siquiera llama la atención: no hay reacción en los colegios de abogados y ninguna autoridad nacional convoca a asumir el problema. Los datos de la práctica profesional, y los medios reflejan esta mala situación. Y la encuesta que hemos realizado entre jóvenes profesionales confirma las conclusiones generales.

5 LOS PRINCIPIOS Y VALORES PERMANENTES [IIIA. SECCIÓN]

En esta sección incluimos visiones que, aun apelando a los viejos principios del nacimiento de la profesión, continúan más vigentes que nunca, frescos y modernos, y con aptitud para afrontar los nuevos retos profesionales.

Así, incluimos el trabajo de Enrique V. del Carril [DERECHO, ÉTICA PROFESIONAL Y MORAL DEL ABOGADO \(IMPORTANCIA DE LA ÉTICA Y MORAL PROFESIONAL EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO\)](#).

Cofundador y expresidente de FORES, y expresidente del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, Del Carril es un profesional de muy dilatada experiencia al frente del estudio que lleva su nombre y es también profesor de Ética Profesional en la Universidad Austral. También, del mismo autor, incluimos un interesante estudio [DOS TRADICIONES JURÍDICAS Y UNA MISMA PROFESIÓN](#) - un análisis de las dos tradiciones jurídicas del mundo occidental, la continental y la del *Common Law*, para sintetizar la incidencia en la formación y el ejercicio de la abogacía.

Incluimos un ensayo de Felipe Ordóñez, sobre [Perspectiva diacrónica del deber de verdad](#), en el que intenta acercarnos a la idea del deber de verdad en el proceso judicial, recorriendo la aproximación que han tenido al Deber de Verdad algunos pueblos de la antigüedad hasta llegar a nuestros días. Busca, entonces, dilucidar el tratamiento que tuvo el Deber de Verdad en los antiguos griegos, el Derecho Romano, el Medioevo y la Revolución Francesa para ver de qué manera ha influido en nuestro Derecho y cuál es la visión actual del tema. El argumento final tiene que ver con la subjetividad de la decisión profesional a la que la conciencia lleve a quien debe tomarla.

Ordóñez, también experimentado abogado, titular del Estudio Zabaleta-Ordóñez, realizó estudios en Italia becado por el Instituto Italiano de Cultura de la República de Italia y realizó estudios en la Universidad Italiana para Extranjeros de Perugia y en la Universidad de Roma. También fue profesor del Instituto de Enseñanza Práctica de la Facultad de Derecho de la UBA.

Finalmente hemos incluido, como homenaje póstumo, las explicaciones y razonamientos que Damián Fernando Beccar Varela, autor de la actualización de las reglas éticas del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, consigna en su colaboración [Las nuevas reglas de ética profesional](#), que bajo su dirección se hizo en el Colegio de Abogados de la ciudad de Buenos Aires, para remozar sus Reglas de ética Profesional, cumplido en 2006.

Beccar Varela, fallecido en 2019, recibido en la Universidad Católica Argentina, con postgrado en la Universidad de Illinois (Champaign-Urbana, EE. UU.) desarrolló su destacada carrera profesional en el Estudio Beccar Varela, al que dirigió durante un extenso período con un liderazgo que fue transformador, revolucionario. “En cierta forma refundó el estudio, llevándolo a un lugar de privilegio dentro del mundo jurídico local e internacional. Sus cualidades, en tanto líder y jurista fueron tales, que todos en el estudio aspiramos a seguir su ejemplo, donde sea que debamos actuar”, afirmó uno de sus colaboradores.

Integró el directorio de muchas empresas y perteneció a diversas organizaciones empresarias, como ACDE, la Asociación Cristiana de Dirigentes de Empresas en la que recuerdan sus aportes siempre atinados porque, además de liderar una empresa de servicios jurídicos, su especialidad lo autorizaba a opinar y proponer ideas para la vida del empresario cristiano. Fue socio de organizaciones nacionales e internacionales de la abogacía e integró el Directorio del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires.

6. LA ENSEÑANZA DE LA ÉTICA DE LA ABOGACÍA [IVA. SECCIÓN]

Nos preocupa la mala enseñanza de la ética profesional en las facultades de Derecho y en los colegios profesionales, o su ausencia. No sólo si se brinda, sino también cómo se enseña, sus planes y métodos, su orientación, su vinculación con la práctica diaria de la abogacía.

La colaboración [¿NO INTERESA LA ÉTICA?](#), de Marina Iturbide indaga sobre las razones por las que no se enseña la ética profesional a todos los abogados egresados del país. Marina Iturbide es una reconocida profesional del foro de la ciudad de Buenos Aires, exdocente adscripta en Práctica Profesional, Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires y Derecho Privado I, colaboradora de FORES y, a la vez, es artista plástica volcada al arte contemporáneo

Esa pregunta se contesta en el muy interesante trabajo comparado entre los programas de las distintas Facultades donde se enseña la ética profesional, [La enseñanza universitaria de la ética profesional en la Argentina](#), redactado por Juan Marcos Pueyrredón, con la asistencia de Guillermina Federik y Lucía María Traverso. La misión era exponer cómo se enseña la Ética Profesional de la Abogacía en la Argentina y señalar cómo se podría mejorar. Con esta idea se analizaron los programas de distintas universidades del país, clasificándolos según ciertos criterios que se consideran valiosos, y se estudian las falencias y los aspectos positivos de los mismos.

Pueyrredón es abogado, titular del estudio que lleva su nombre, y también es profesor de Introducción al Derecho en la UBA, de Filosofía del Derecho y Ética profesional en la UCA, Académico de Número de la Academia del Plata, ex secretario del FORES y de Alta Universidad. Por su parte Guillermina Federik y Lucía María Traverso, son abogadas con doctorados en curso y docentes de Introducción al Derecho, Filosofía del Derecho, y Ética Profesional.

Y, como cierre, resalto el original estudio de Raúl Farías, abogado, y de Lucía Beccar Varela, médica, titulado [Semejanzas y diferencias entre la ética de la abogacía y de la medicina](#). “Todas las profesiones son importantes (dicen), pero sólo dos tienen en sus manos los bienes más preciados de las personas: la Medicina y el Derecho”.

En el primer caso, dicen, los médicos cargan con la responsabilidad de la salud y de la vida de sus pacientes; en el segundo, los abogados con la libertad y el patrimonio de sus clientes. Así comentan los dilemas éticos simplificados entre el bien y el mal debido a la falta de formación en ética, analizando cómo comienza a desarrollarse la ética en una y otra profesión, señalando que, en medicina, los estudiantes se encuentran con el concepto de la ética desde que concurren al hospital en etapa de pregrado.

Así consideran que la enseñanza del Derecho tiene una deuda muy grande con la materia, destacando que FORES ha venido haciendo su contribución a esta materia desde hace 40 años a través del PEA, Programa de Entrenamiento para Abogados (PEA). Terminan señalando que la actual grave crisis institucional no es espontánea sino fruto, precisamente, de no haber desarrollado convenientemente el área de la ética entre nuestros jóvenes profesionales.

De los autores, como se ha dicho, Farías es abogado, con Posgrado en Derecho de Alta Tecnología. Es Director Académico del PEA, autor de artículos de opinión en medios nacionales y de doctrina e investigación en medios especializados. Por su parte, la doctora Lucía Isabel Beccar Varela es una destacadísima médica radióloga, Diploma de Honor con posgrado en Diagnóstico por Imágenes, y también docente de su especialidad.

7. TEMAS PUNTUALES [VA. SECCIÓN]

Reunimos en esta sección trabajos sobre temas puntuales y estratégicos del ejercicio profesional, la práctica en ciertas áreas complejas -familia y penal- y el delicado tema del secreto profesional. Este tema también es abordado desde dos perspectivas (la inmutabilidad del secreto, y la colisión entre este principio y el de las normas sobre el lavado de dinero y el terrorismo), el de los honorarios, terminando con dos trabajos sobre las realidades de los abogados externos e internos de las empresas.

En el primero, Juan María Rodríguez Estévez aborda el tema de la [Ética profesional y defensa penal eficaz](#), que plantea cómo una cuestión éticamente exigible para el abogado penalista (acentuada con la implementación de sistemas procesales acusatorios, en los cuales el fortalecimiento de las facultades de los fiscales), exige redoblar los esfuerzos -por parte de la defensa- para nivelar un escenario procesal de desventaja inicial de fuerzas.

Rodríguez Estévez, con una experiencia inicial en la Justicia, se consolidó luego como un avezado penalista, sin dejar nunca sus afanes académicos que le llevaron a obtener el grado de Doctor, y a ejercer en la enseñanza en la Universidad Austral y en Italia, enseñando, además de Derecho Penal, la materia ética profesional.

Por su parte, Jorge A. Mazzinghi, ex Presidente de FORES y también profesor universitario, tiene una destacada carrera profesional centrada en el área del Derecho de familia en el renombrado estudio fundado por su padre, y con tal bagaje de experiencia nos brinda unas ricas páginas con sus [Dilemas éticos habituales de los abogados que se dedican al Derecho de familia](#), en las que explica el significado primordial de la Ética en el campo del Derecho de Familia basado en el carácter complejo o compuesto del interés que el abogado que se dedica a atender esos asuntos debe defender o resguardar.

Pablo A. Pirovano preparó un ensayo sobre los [Principios éticos para los abogados árbitros](#), donde describe los que deben primar en la actuación de los abogados antes, durante y después de su actuación como árbitros jurisdiccionales, las obligaciones de ser y mantener independencia e imparcialidad como contenedoras de los deberes éticos.

Socio de P&BA - Pirovano & Bello Abogados, es coautor de dos libros y de artículos relacionados con el Derecho empresario y el arbitraje comercial, es árbitro del Centro Empresarial de Mediación y Arbitraje, expresidente y actual miembro de la Comisión de Justicia del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y miembro del Comité Ejecutivo de FORES.

Le sigue el trabajo de Hernán Munilla Lacasa [El abogado no puede ser obligado a prestar declaración testimonial si opta por guardar el secreto profesional](#), donde defiende la tesis de que el secreto profesional pertenece a la conciencia del abogado, por cuanto aquella actúa siempre por encima de los deseos de su cliente y no puede ser condicionada por ninguna otra regulación.

Postula, asimismo, que la voluntad del cliente no es la única fuente que obliga a callar: el digno magisterio del abogado se vería notablemente afectado si éste pudiera ser convertido de pronto en testigo y obligado a la divulgación pública de lo que ha sabido merced al secreto profesional.

Munilla Lacasa es un penalista de aquilata experiencia, titular del estudio que lleva su nombre, pero que combina su profesión con sus afanes académicos, habiéndose doctorado en Ciencias Jurídicas. Es titular de cátedra de Derecho Penal e integra comisiones en colegios de abogados.

En parecida línea de pensamiento, María Eugenia Talerico, experimentada profesional que ha sido Subdirectora de la UIF -Unidad de Información Financiera-, aborda el delicado problema de [El abogado ante las normas sobre lavado de dinero y financiación del terrorismo](#), explicando que la estrategia global de lucha contra el lavado de activos y el financiamiento de terrorismo, requiere coordinación, homogeneidad, compromiso y cooperación nacional e internacional, y advirtiendo que el esfuerzo conjunto del sector público y del sector privado puede contribuir de manera determinante a ser más eficientes en la prevención, detección y represión de este flagelo que compromete el orden económico y la paz mundial.

A continuación, incluimos dos trabajos sobre los honorarios de los abogados. Rosalía Silvestre aporta un estudio sobre [La ética profesional y los honorarios del abogado](#), en el que se plantean diversas cuestiones: ¿Qué conocimiento tienen los estudiantes de abogacía, los noveles o experimentados abogados al respecto? ¿Qué importancia tiene el tema? ¿Se ocupan las universidades de la ética y responsabilidad profesional? ¿Por qué se ha legislado alternativamente en favor del orden público y de la autonomía de la voluntad?

Concluye la autora que el camino no está claro: es que ¿se puede legislar y aplicar lo que no ha sido pasible de un exhaustivo análisis y debate por parte de la abogacía? Este trabajo propone, cuanto menos, poner en evidencia lo que falta recorrer y la imperiosa necesidad de hacerlo sin más dilaciones. La autora acredita una sólida carrera profesional en el campo de la responsabilidad civil, de los seguros, como mediadora y árbitro, docente, y con actuación en las organizaciones profesionales. Ha sido Vicepresidente del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires.

Por su parte, Marcelo Gobbi, en su colaboración [Honorarios mínimos y orden público: una perspectiva deontológica](#), examina las consecuencias de los honorarios mínimos obligatorios de los abogados desde una perspectiva ética, concluyendo que la disposición que los declara de orden público es inconsistente con los principios éticos de la profesión.

Esta sección se cierra con dos trabajos sobre la abogacía de empresas. En el primero Juan Manuel Vaquer aporta toda su experiencia en un breve, pero sólido [El decálogo del abogado externo de empresas](#). Analiza, desde la perspectiva del empresario cliente, las principales características de un buen abogado externo de empresas, con un enfoque muy preciso sobre las principales cualidades.

Vaquer exhibe una extensa carrera como abogado corporativo en una de las más relevantes empresas del país, Dupont, que coronó llegando a presidirla. Simultáneamente, integró y presidió la Cámara de Comercio de los Estados Unidos en la Argentina y la Asociación Cristiana de Dirigentes de Empresa. Es miembro de FORES.

Y en el segundo ensayo, nuevamente Marcelo Gobbi incluye un artículo sobre [Abogacía interna en la Argentina, reflexiones a partir de una sentencia europea sobre confidencialidad de las comunicaciones entre clientes y abogados](#), imaginando cómo un caso sobre confidencialidad de las comunicaciones entre los

abogados internos de una empresa y sus clientes-empleadores similar al caso Akzo (Tribunal Europeo de Justicia) debería haber sido resuelto según las leyes de Argentina.

Esta sección, como todas las otras, es especialmente útil para reflexionar sobre la aplicación en la práctica de las reglas deontológicas.

8. LA ÉTICA DE LOS JUECES [VIA. SECCIÓN]

Con tres trabajos muy interesantes, uno de Santiago Finn sobre [LA ÉTICA JUDICIAL COMO ÉTICA DE LAS VIRTUDES](#), y dos de Alejandro Turjansky, un primer estudio comparativo de los códigos de ética judicial y una encuesta realizada entre magistrados, cerramos esta obra.

En el primer estudio, Santiago Finn convoca al ideal profesional de los jueces que la aleja del perfil burocrático y normativista. Finn es abogado y Magister en Magistratura y Derecho Judicial (Universidad Austral). Es también profesor de grado y posgrado en temas vinculados con la ética profesional de los abogados, la ética judicial y la responsabilidad de los jueces, en la Universidad Austral, en la Escuela Judicial del Poder Judicial de la Nación y en la Universidad Museo Social Argentino, y es Defensor Público Oficial ante los Tribunales Orales Federales en Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En cuanto a los dos trabajos de Alejandro Turjanski, fueron preparados años atrás para enriquecer un libro sobre la ética judicial publicado por FORES, pero hemos entendido que dado el interés que mantienen a lo largo de los años debían complementar esta obra.

El primero se refiere a [ENCUESTA A LOS JUECES](#) sobre temas de ética profesional, en tanto el segundo, titulado [ESTUDIO COMPARADO DE LOS CÓDIGOS DE ÉTICA JUDICIAL](#), aborda y compara distintos códigos de ética judicial sancionados en las provincias argentinas y otros de América Latina. Turjansky es abogado y escribano, autor de diversos trabajos, ha sido ponente en diversos congresos y jornadas notariales provinciales, nacionales e internacionales, y ha recibido diversos premios.

9. AGRADECIMIENTOS

Termino agradeciendo en nombre de FORES a los autores que generosamente se sumaron a esta iniciativa, a los que comprometemos a que ésta no sea más que la primera de las muchas colaboraciones que les requeriremos en procura del mejoramiento de nuestra querida profesión.

Les agradezco también a quienes colaboraron en la elaboración de la encuesta que ha enriquecido esta obra.

Con este trabajo FORES continúa el camino de su lucha por el mejoramiento de la Justicia, en este caso, por el mejoramiento de sus principales pilares, que son los hombres y mujeres de Derecho.

Bien ha dicho al respecto el senador Giovanni Conti (Discursos parlamentarios): “El abogado trabaja en un ambiente de impureza: se salva si tiene una sólida construcción moral capaz de mantenerla intacta hasta la muerte”. Lo ideal sería que se siguiera el lema de Francesco Sansovino (op. Cit.):

“Usa virtuosamente todas las industrias y todos los artificios para conseguir la victoria, pero siempre que tengas razón, porque creo que no hay que defender el mal. Antes de aceptar las causas, consideren si deben aceptarlas; después de esto, habiéndolas aceptado, no pretendan lo que se espera de ellas. Si se reconocen excelente ingenio, no se dejen dominar por el orgullo, usando la agudeza del intelecto, en probar una cosa por otra”.

FORES - Hitos en la educación legal y formación de abogados (con especial atención a la ética profesional)

'70

1976 - Fundación
FORES

1977 - la Conferencia Reforma
Judicial - Comisión #5 -
Formación

1978 - IIa
Conferencia
Reforma Judicial -
Comisión #5 -
Formación de
abogados



1980 - IIa Reunión
Decanos Derecho -
Plata

1977 - Estudio
CRISIS DE LA
ABOGACÍA

1984 -
Reformas UBA

1978 - Reunión
Jóvenes de
Derecho

1979 - Ia. Reunión
Decanos Derecho -
UBA

'80

1980 / PEA - Comienza
el Programa de
Entrenamiento para
Abogados

1984 / FORES y
La Ley / EABA



1986 - Libro EDUCACIÓN
LEGAL



1986 - Entrenamiento
de abogados por
computación
(experimental)

1988 - Enseñanza
Ética de la
Abogacía

1992 - Diserta Dr.
Lynch sobre la Abogacía
del futuro en
inauguración Master
Univ. AUSTRAL

1999 - Impacto de las
nuevas tecnologías en la
abogacía

'90

1990
Dr. Lynch
IBA New York)

1992 - Convenio
FORES - Univ. Austral
para EABA

1992 - Prof. Neil GOLD en
la Argentina invitado por
FORES

1995 - Colombia
-Univ. De Los
Andes

1995 - Estudio empírico y
trabajo Dr. Lynch "A 10
años de la reforma UBA

[\(Ir al INDICE\)](#)

IA. SECCIÓN

LA ABOGACÍA EN EL SIGLO XXI

COMPROMISOS RELEVANTES PARA LA PRÁCTICA DE LA ABOGACÍA ACTUAL

ARMANDO S. ANDRUET (H)

RESUMEN: El autor destaca criterios que corresponde tener en cuenta para el ejercicio de una profesión abogadil que atienda los desafíos de la actualidad y sostenga los criterios clásicos y nobles de ella. Es evidente que en los últimos cincuenta años la abogacía ha tenido mutaciones fenotípicas y genotípicas; las últimas son las más graves puesto que se ubican en la forma en que se realiza la práctica profesional. Para su corrección, el autor propone cinco criterios a tener en cuenta. Luego, en el trabajo se discute de qué manera las universidades, los colegios de abogados y tribunales de disciplina se hacen cargo de ello. Señala así que las Universidades no se hacen cargo de la explicación de la ética profesional en concreto y solo practican una teorización; los colegios de abogados deberían, por su parte, construir una conciencia profesional; y los tribunales de disciplina corresponde que fortalezcan la difusión de sus resoluciones para, con ello, profundizar la ejemplaridad. Por último, se hace un abordaje sobre que la profesión deberá profundizar incuestionablemente su matriz ética.

ABSTRACT: *The author highlights some criteria that should be taken into consideration for the practice of lawyers' profession attending current challenges and holding the honorable and classic standards. It is clear that in the last fifty years, the advocacy has suffered changes both phenotypical and genotypical: the latter are the most severe because they impact on the way in which the profession is practised. The author suggests five criteria to amend them. Then, the article discusses the way in which universities, Law schools, bar associations and disciplinary bodies take care of them. The author points out that universities do not take over the teaching of professional ethics in concrete and limit themselves to make theoretical considerations, that bar associations should contribute to build a professional conscience and that disciplinary bodies have to make public their resolutions to deepen their exemplariness. Finally, the article addresses that the profession should strengthen its ethical approach.*

PALABRAS CLAVE: abogacía, ética.

KEYWORDS: legal profession; ethics

I REFLEXIÓN ACERCA DE LA ABOGACÍA Y LOS ABOGADOS DE HOY

Queremos hacer una contribución sobre ética profesional mediante un juicio en perspectiva de la modernidad en dicha profesión.

En función de ello, señalo algunos criterios que entendemos que corresponde atender para una profesión abogadil, donde se conciten los desafíos del tiempo actual junto con la fortaleza de lo más clásico e impertérrito que la abogacía posee, como es su ética.

Un signo de nuestro tiempo, ha indicado Z. Bauman, es la fluidez o liquidez de las estructuras, acciones y sujetos⁸. Fenómeno éste, que resulta predicable a la profesión de la abogacía. De allí es que resulte un dato de la realidad, por sí evidente, la variación que la práctica abogadil ha tenido.

Dichos cambios, también hay que destacarlo, en gran modo será debido a las variaciones de los entornos sociales donde la profesión se cumple. Así, baste recordar que los problemas por los cuales hoy se litiga, si bien muchos de ellos son auténticamente clásicos, las fisonomías que tienen son otras, también son diferentes las actuales ansiedades de las personas que padecen los litigios, como igualmente no se pueden desconocer las modernas maneras en que los jueces alcanzan el resultado sentencial, comprendiendo en muchas ocasiones al Derecho bajo una materialidad diferente y no bajo las tradicionales formas rígidas que fueron dominantes desde los orígenes.

Ello así, porque el Derecho mismo ha devenido en el presente a tener una suerte de realización plástica y dúctil y, por ello, se ha vuelto riesgoso para los abogados predecir profesionalmente resultados⁹. Algunos de sus operadores consideran, incluso, que su ejercicio profesional no tiene entonces otros límites que sus

⁸ Bauman, Z. (2003). Modernidad líquida. Buenos Aires: F.C.E.

⁹ Zagrebelsky, G. (1999). El Derecho dúctil. Madrid: Trotta.

propios deseos: todo puede ser objeto de reclamo como un Derecho. La combinación más evidente de tal tesis la encontramos en el ejercicio de la autonomía que las personas hacen en torno de su corporeidad¹⁰

Es innegable que la abogacía de los últimos cincuenta años ha tenido verdaderas mutaciones, aunque ellas se advierten formalizadas mayormente en los aspectos fenotípicos de la profesión, antes que en las cuestiones genotípicas. Sin embargo, en este último nivel, en menor medida también se han producido.¹¹

Las transformaciones fenotípicas que advertimos en dicho ciclo temporal las visualizamos al menos en que los abogados han perdido progresivamente los atributos de ser personas formales y de notable buen trato, como también poseedores de una mejor verba sustantiva y culta, y no meramente retórica como la de otros profesionales. Más todo ello, según creemos, son solo imposturas de menor entidad si miramos otros aspectos fenotípicos de la profesión, y que paso a comentar.

Pues el problema se complejiza, cuando se hace foco en la manera en que se ejercita la profesión y, por lo tanto, en su misma ontologicidad. Y que nos lleva a la búsqueda de la pregunta, acerca de ¿por qué se litiga en modo tan hostil y agonal?, lo cual nada tiene que ver con el llevar adelante con fortalezas la defensa de los derechos del cliente hasta donde ello corresponde. Y nos consta que ello, cuarenta años atrás, no era de esa manera. Esto se corresponde en algo con las transformaciones que del fenotipo hemos indicado antes, o la mutación se ubica a nivel de genotipo de los abogados, y por ello, verdaderamente grave como una práctica profesional asumida.

Naturalmente que quien primero debería responder al interrogante es el ámbito en donde el genotipo abogadil es modelado; esto es, habría que mirar a las facultades de Derecho, donde con tristeza, hay que advertir que muchas veces no saben siquiera muy bien qué tipo de abogados están formando¹². Ignoran si el graduado es un abogado que habrá de tener una experticia principal en la litigación en sentido propio, o en su defecto, estará más entrenado para el espacio empresarial y/o comercial; o si por el contrario, sus habilidades adquiridas pueden ser asociadas con la sola formación de teorías académicas y la ciencia del Derecho.

Volviendo al ejercicio de la litigación, y visualizando en ellos los aportes que para la práctica profesional se podría presentar como algunos de los más clásicos registros históricos, y desde allí poder efectuar ponderaciones ético-profesionales, mediante los siguientes modelos:

- i) la abogacía retórica de Gorgias de Leoncino¹³,
- ii) la práctica profesional culta y humanista de Marco T. Cicerón¹⁴,
- iii) la realización abogadil obstinada y nunca resignada de justicia, de Voltaire¹⁵,
- iv) el cultivo en el litigio del máximo respeto en la contraparte y de amigables tratos con los jueces, de P. Calamandrei¹⁶; y por último,
- v) asumir empoderamiento profesional el abogado, mediante un ejercicio virtuoso expuesto, entre otros, por E. Couture¹⁸.

Pero aún si ello se pudiera cumplir y que es lo aspirable, creemos que tales ítems hoy no agotan la forma de la práctica profesional. Correspondería agregar otros aspectos que creemos indispensables para una virtuosa y eficiente práctica profesional de la abogacía.

Así enumeramos:

1) La necesaria adecuación constante de la práctica profesional con el mundo tecnológico. Para con ello, no solo saber de los nuevos temas que se disputarán jurídicamente, sino para que la práctica profesional sea más eficaz en el menor tiempo posible y con una mayor accesibilidad a todos. Así es como cuestiones tan novedosas como lo relacionada con la Inteligencia Artificial y también las plataformas sociales deberán ser especialmente atendidas. La primera, para profundizar en la mejora de la acción realizativa de la profesión; y la segunda, para una mayor socialización de los derechos de los ciudadanos y de lo que la abogacía institucionalizada favorece a todos ellos.

2) Reconocer que la abogacía hoy no se ejercita solo mediante los colectivos profesionales abogadiles, sino comprender que se trata de una práctica profesional que involucra actores con formaciones disciplinares diferentes, para con ello mejor visualizar el fenómeno del Derecho que, como tal, es multifactorial. Hoy la práctica de la abogacía debe ser considerada como un punto de centralidad de un campo interdisciplinario y

¹⁰ Santos, J. e. (2016). Bioética y nuevos Derechos. Granada: Comares.

¹¹ Andruet, A. (2001). Ejercicio de la abogacía y deontología del Derecho. Córdoba: Alveroni.

¹² Ejemplo que ello no siempre ha sido de ese modo, lo testimonian las obras de: Colmo, A. (1915). La cultura jurídica y la Facultad de Derecho. Buenos Aires: Martín García; Bielsa, R. (1946). La abogacía. Santa Fe: Universidad Nacional del Litoral.

¹³ Fraile, G. (1966). Historia de la filosofía. Madrid: B.A.C., T.I, pág. 231.

¹⁴ Cicerón, M. T. (1995). Acerca del orador. México: UNAM.

¹⁵ Dassen, J. (1963). Voltaire - Defensor de Juan Calas. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

¹⁶ Calamandrei, P. (1983). De las buenas razones entre los jueces y los abogados en el nuevo proceso civil. Buenos Aires: Depalma.

¹⁸ Couture, E. (1979). Los mandamientos del abogado. Buenos Aires: Depalma.

por ello, la capacidad de esa apertura, deberá ser cuidadosamente adquirida. Se debe mutar entonces del solipsismo profesional a la profesionalización con otros.

3) Los abogados, en la práctica del litigio, deben profundizar su actuación sobre los ejes de los modos abogadiles históricos y que de alguna forma han sido remozados, no como retórica o tópica, sino bajo la denominación de una teoría estándar de la argumentación jurídica y por ello, no meramente circunscripta a modelos formales de corrección del razonamiento forense. Esto es, con mayor argumentación de enunciados morales sobre la base de que el Derecho cada vez tenderá a ser más razonable antes que justo²⁰.

4) Accionar un ejercicio profesional en donde se puedan profundizar las dimensiones humanas y la función social que detrás de los pleitos existen, evitando así que el lucro, los honores y los reconocimientos de los abogados, cobren una relevancia mayor a la cuestión antes dicha. Con ello, la abogacía se habrá de inscribir en una práctica que cooperará en forma activa para la transformación de la realidad social en una mejor a la actual.

5) Asumir que habrán de existir personas que, habiendo estudiado la carrera de abogacía y contar con su matrícula, formal y esencialmente no serán auténticamente abogados. Es verdadero y completo abogado quien tiene la vocación integral por serlo siempre. El abogado con vocación auténtica es aquél -que a más de lo dicho- se sigue estremeciendo por la injusticia individual o social y quien se conduele por los infortunios de los derechos fundamentales de los demás.

Para concluir, todos los abogados que clausuran cada una de sus piezas procesales con la conocida iteración de „será justicia“, deben estar convencidos, como lo estaba Rudolf Stammler, que esa es al fin de cuentas la estrella polar que guía la práctica de su profesión.

Son las nuevas generaciones de abogados -y aquí sumo por ser inevitablemente parte del mismo suelo, a las noveles generaciones de jueces- quienes tendrán que asumir el desafío de volver a las viejas y mejores glorias que la abogacía, tanto como profesión liberal o judicial, ha podido presentar con hidalguía en tantas ocasiones, aunque con las nuevas preocupaciones y herramientas que el tiempo actual impone.

II DESAFÍOS A LOS RESPONSABLES DE LA FORMACIÓN Y PRÁCTICA ABOGADIL

Atento a las consideraciones antes vertidas y otras que por una cuestión de extensión no se han querido desarrollar, corresponde ahora interrogarnos acerca de qué manera Universidades, colegios de abogados y tribunales de disciplina, han pensado el presente tiempo desafiante.

El entorno académico

En modo inicial destacamos que, en el entorno académico, tanto para el ámbito público como privado, - con las excepciones que existen- la ética profesional de la abogacía sigue siendo un área de „impacto operativo menor y con significación académica alta o baja“. Ello así, no porque exista inconveniencias en sus docentes, quienes deberán ser personas vinculadas con la práctica profesional de la abogacía o de la magistratura y que tendrán sobradas competencias académicas para ello, sino porque no se hace de la ética profesional un instrumento adecuado para el debido ejercicio profesional y para lo cual -según creemos- debería integrarse ella en un modelo dinámico y asistido de tirocinio profesional²¹.

La ética profesional es enseñada lejos de los problemas deontológicos que la vida profesional en concreto plantea, con severas privaciones de los delicados meandros de la relación abogado-cliente, los medios de defensa y las normas de decoro profesional. En otros supuestos, está presentada como la enseñanza de un catálogo de soluciones ante problemas que la práctica profesional presenta; pero los problemas pueden catalogarse solo parcialmente: las situaciones dilemáticas habrán de ser infinitas. Conviene enseñar las maneras de tener un discernimiento práctico claro.

Por ello, resultará conveniente un *aggiornamento* severo en la asignatura ética profesional de la abogacía, para lo cual, muchas casas de estudios, han hecho una separación entre la formación teórica de la ética profesional como parte de las éticas aplicadas y cuestiones propias de metaética; y, por otra parte, una segunda sección que se ocupe propiamente de la deontología de la abogacía.

El entorno colegial

La abogacía organizada debe ser la primera en custodiar que la práctica profesional sea ejercida acorde a los mejores cánones éticos y, para lo cual, tiene la inexcusable tarea de estar atenta a percibir los cambios que social y culturalmente se producen, para que así las normas que determinan las prácticas deontológicas que resultan disciplinariamente reprochables, no sean ni retrógradas ni utópicas con el ejercicio profesional.

²⁰ Atienza, M. (2016). Curso de argumentación jurídica. Madrid: Trotta.

²¹ Lega, C. (1983). Deontología de la profesión de abogado. Madrid: Civitas; Ossorio, A. (1956). El abogado - Ética de la abogacía. Buenos Aires: E.J.E.A.

En dicho mapa conceptual, destacamos que la actividad de mejoramiento que los colegios de abogados realizan de manera sistemática a través de actividades de capacitación deben incluir los desafíos éticos de la vida profesional.

En tal ámbito -colegial y no universitario-, se podrá también cumplir mejor con el objeto de construir una conciencia profesional activa y atenta a los entornos éticos, puesto que la relación que se establece en tal lugar profesional carece de la verticalidad Profesor-Alumno, para gozar de la horizontalidad de Colega-Colega y ello, como es propio, enriquece de manera notable todo diálogo que a tal respecto se pueda presentar²².

En tal ocasión, se habrán de privilegiar los análisis de los componentes éticos que conciernen a la práctica de la litigación para poder colegir de dichas circunstancias aquellas donde, por diferentes razones imputables o no al mismo abogado, se generan las situaciones dilemáticas moralmente²³.

El entorno disciplinario

Finalmente, queda por abordar el ámbito de competencia que en este entramado proactivo le corresponde al Tribunal de Disciplina y que supone antes, que el espacio académico se ha integrado debidamente mediante la teoría profesional con la adecuada enseñanza de la práctica abogadil; como así también, que la entidad colegial ha asumido la impostergable tarea de profundizar en la capacitación fáctica de los temas profesionales que importan a los abogados, pero junto a ellos, ha otorgado la plena relevancia que tiene la perspectiva ética en el ejercicio profesional.

No es tarea del Tribunal de Disciplina volver a capacitar o enseñar ética profesional, sino hacer conocer dónde radican los problemas que los abogados tienen para su debido cumplimiento. Esto es, una labor de difusión del modo en que la práctica ética de la abogacía se cumple para que, desde ese componente, se pueda hacer una docencia colegial que ayude a fortalecer el *ethos* de los abogados, ordenado con ello una buena y mejor práctica de la abogacía.

Resultará valioso a tal efecto no sólo contar con la respectiva jurisprudencia que el Tribunal de Disciplina posea para poder conocer mediante ella, las conductas sancionadas con mayor recurrencia, como también el perfil etario de los abogados incurso en dichas realizaciones. Con ello, poder hacerse los estudios de campo respectivos y trasladarlos a un análisis socio-ponderativo y hacer las predicciones conductuales que correspondan.

Mientras más | puertas afuera de la labor cumplida por los tribunales de disciplina y de las causas instruidas puertas adentro, resultarán de una mayor ejemplaridad sus resultados y, para ello, dicho Tribunal no debe dudar acerca de utilizar la mayoría de caminos posibles siempre que estén a la altura de la seriedad que corresponde brindar a dicha información²⁴.

Además, resultaría conveniente también que con dicha información publicada en su mayor integridad y acorde a los estándares propios de las „Reglas de Heredia“, se puedan hacer los respectivos cortes -población/sancionados- para conocer desde allí, si acaso, el mayor número de abogados importa un crecimiento vegetativo natural del mayor número de sanciones o hay otro tipo de progresividad; y comparativamente conocer también qué ocurre con dichos resultados si son confrontados con colectivos abogadiles de otros países con estándares de formación y exigencias diferentes.

Es posible, también, que en dicha indagación investigativa de apercepción de los principales aspectos afectatorios de la ética profesional, se pueda visualizar que corresponde colocar nuevas miradas sobre los viejos problemas, porque la vida en relación en un mundo multi-integrado, sobre-informado, tecnológicamente dinamizado y de pocas convicciones permanentes en las personas y también en el sostenimiento de la práctica profesional, autoriza a repensar el mejor modo de cumplir la función disciplinaria encomendada por la abogacía organizada frente a los propios colegas abogados²⁵.

Luego de haber recorrido los tres ámbitos donde corresponderá ejercitar nuevas miradas de mejoramiento; queremos señalar que, al fin de cuentas, ello se tendrá que integrar con un modo deliberativo de los abogados -por extensión también de los jueces- donde se promocióne una cierta bifocalidad. Y que, como explica Anthony Kronman, se trata de que los tópicos de los que trata la materia litigioso judicial no se vean meramente de cerca sino más bien desde adentro y, a la vez, que todas las alternativas sean mantenidas a la misma distancia. El desafío es ser empático y desapegado al mismo tiempo²⁶.

²² Andreucci, C. (2013). *Advocatus - Praeterito, Pasante et Futurum*. Buenos Aires: Del Autor.

²³ Arrigoni, C. (2010). *Per ethicam ad iustitiam* (por la ética hacia la justicia). Córdoba: Lerner.

²⁴ Autores Varios (2017). *Ética en el ejercicio de la abogacía - Doctrina y jurisprudencia del Tribunal de Disciplina de Abogados de la provincia de Córdoba*. Córdoba: Advocatus.

²⁵ Tinti, G. (2005). *Ética en el ejercicio de la abogacía*. Córdoba: Advocatus.

²⁶ Kronman, A. (1999). *Vivir el Derecho*. En M. Bohmer, *La enseñanza del Derecho y el ejercicio de la abogacía* (págs. 213-239). Barcelona: Gedisa.

Abogados y jueces, pues cada uno en su lugar, deberán hacer el esfuerzo por merituar los argumentos con la mayor empatía posible, pero sabiendo guardar cada uno la respectiva distancia, para con ello, asegurar la ética profesional el primero y la imparcialidad el segundo.

III EL MAYOR DESAFÍO: LA REALIZACIÓN DE LA ABOGACÍA Y UNA REFLEXIÓN PROYECTIVA

Sin duda entonces, que la contemporaneidad impone una natural reorganización de la forma no sólo de practicar la abogacía, sino antes, de la manera de tener que enseñarla²⁷. Caso contrario, el riesgo que se corre -que será pausado y silencioso pero inexorable- es que la abogacía por dicho derrotero, terminará sirviendo de poco y será ocupado su espacio socio-profesional por alguna nueva práctica -quizás ni siquiera profesional- que se ocupe de hacer con una alta asistencia de Inteligencia Artificial, lo que la añosa y entonces no remozada profesión habrá dejado de cumplir.

Estar atento a ello, importa atender a variadas consideraciones que desde diferentes núcleos académicos y técnico-profesionales se vienen realizando. Sin embargo, no es ello todavía un pensar colectivo de la abogacía organizada. La presente sección de esta trilogía, se ubica en la línea provocativa de abrir espacios de pensamiento y diálogo para colaborar a que los cambios resulten de la mejor factura, y siempre en el convencimiento de la grandeza de la profesión de abogado²⁸.

Cabe agregar, por lo pronto, que además de producirse dicha necesidad de *aggiornamento* por el propio imperio del paso del tiempo y la ferviente impronta que lo tecno-científico impone en la totalidad de las áreas, incluida la abogacía, no se puede ignorar que se han producido cambios legislativos en nuestro país que se han hecho cargo de esa realidad en modo notable y, por lo tanto, habrán de tener que ser contemplados dichos aspectos en las distintas y nuevas maneras de ser gestionado el Derecho por parte de los letrados, como así también, modos diversos en el consiguiente modo de razonar por los jueces. Especialmente me estoy refiriendo a los avances que respecto a prácticas profesionales virtualizadas, intermediación tecnológica compleja y resultados de decisivos judiciales, asistidos mediante Inteligencia Artificial y demás dispositivos tecno-judiciales²⁹.

Presumimos que la nueva gran batalla que tendrá que ejercitar la abogacía organizada en el tiempo que viene, estará en saber encontrar prudentemente los límites al Derecho y para lo cual, tendrá que estar altamente entrenada; y los jueces por su parte, profundizar la exigencia de la motivación razonable de sus decisiones.

Este conjunto de causalidades enunciadas ahora con total descuido por nuestra parte, ha tenido su incidencia en aspectos que pueden ser considerados desde diferentes perfiles, y de los cuales sólo abordaremos reducidamente tres, así:

- a) La manera de estudiar el „caso“;
- b) La forma de litigar y argumentar la „causa“;
- c) La perspectiva de lo justo y razonable de un „litigio“.

Hemos utilizado deliberadamente los nombres de „caso“, „causa“ y „litigio“; y si bien conocemos sobradamente que en la jerga profesional son utilizados indistintamente; animamos a promover la diferencia sobre la base de que los abogados estudian „casos“ como una realidad pre-procesal -que podrán o no ser justiciables- y cuando lo sean, estarán no ya frente a un „caso“, sino con una „causa“ que están atendiendo ante los tribunales; mientras que para los jueces, en particular cuando deben resolver las causas -así consideradas durante el tránsito procesal-, pues están frente a un „litigio“ en el cual, se está requiriendo una respuesta en concreto respecto a lo justo de cada quien.

De esos perfiles y de otros tantos que ahora no es necesario desagregar, nos detendremos en lo que respecta a la matriz que a ellos en su conjunto abraza, como es el relativo a la ética profesional de la abogacía, por ser una realización aplicable a la totalidad de los enunciados dichos.

Ello así, en tanto que es -o debería serlo- primariamente un profesional ético quien ejerce la abogacía con independencia del acto procesal que se esté cumpliendo en causa, caso o litigio. Para quien gobierna la eticidad de la profesión, nunca son los actos, sino siempre la natural responsabilidad de quien la ejerce y quien pone su acento en ella. No admitir por hipótesis válida lo indicado, sería aceptar que ciertos actos de la vida profesional se pueden cumplir al margen de un control deontológico, lo que con el tiempo terminaría de

²⁷ Reisman, M. (1999). El diseño del plan de estudios: para que la enseñanza del Derecho continúe siendo ejecutiva y relevante. En M. (. Bohmer, La enseñanza del Derecho y el ejercicio de la abogacía (págs. 105-128). Barcelona: Gedisa.

²⁸ Corresponde destacar que no es ello un solo problema y desafío para nuestro país, ello es internacionalmente reconocido. Kronman, A. (2010). Vivir el Derecho. Buenos Aires: Universidad de Palermo.

²⁹ Comisión Iberoamericana de Ética Judicial (2020). El uso por el juez de las nuevas tecnologías- Ventajas y desafíos éticos . Madrid: C.I.E.J.

perforar el blindaje sustentatorio de ser la profesión de abogado una que se encuentra vinculada intrínsecamente con el bien común³⁰.

Además, cabe señalar que se torna más delicada la ponderación, cuando dicho abordaje ético profesional hay que cumplirlo mientras se co-existe con la fractura epocal -académica y tecnocientífica- que está siendo advertida, y que como tal impone la reflexión. Por ello, es también posible que la perspectiva que se alcanza tenga tintes que la distorsionan de su definitiva silueta, pero ello es parte del riesgo de especular sobre disciplinas socio-históricas.

Por ello las consideraciones podrán considerarse como rupturistas o conservadoras, y en ambos supuestos, algún grado de veracidad existirá para dicho juicio. Reflexionar sobre los signos de los tiempos en clave de cambios éticos de la práctica profesional, ínterin tales acontecimientos transformativos están ocurriendo, puede no ser el estándar objetivo deseable, pero también es cierto que no alertar sobre las cuestiones que se advierten es igualmente un signo de debilidad y no asunción de la responsabilidad de la profesión en cuestión.

Precavidos de ello, consideramos que el esfuerzo que se puede realizar en los temas referidos a la enseñanza, la práctica y el juzgamiento disciplinario de la abogacía, es hacerlo en términos de auténticos „desafíos proyectivos“.

Por ello, frente a los nuevos tiempos, reflexionar sobre la pertinencia ética de la práctica profesional en los tramos de la formación académica, de la litigación o en las instancias disciplinarias propiamente, siguen teniendo la misma centralidad que posee el diálogo que relata el juicio a Sócrates en el 399 a.C. en la democrática ciudad de Atenas, cuando se condenó y ejecutó -con todas las garantías legales- a quien Platón llamaría „el más justo de los hombres de su tiempo“³¹.

Los tres ámbitos vinculados con la abogacía en sentido lato, que deberán ser considerados frente a la fractura epocal y otras consideraciones culturales, están en:

1) la formación de las competencias epistemológicas y profesionales que, respecto a la ética profesional, se brinda en el ámbito de la formación superior de los abogados y, por lo tanto, y ello, es una cuestión de la que tiene que dar adecuada respuesta la misma Universidad;

2) lo que concierne a la misma realización de la práctica profesional en la litigación en concreto y de cómo ser cumplida acorde a los cánones que las leyes éticas de la abogacía imponen y, por lo tanto, es un capítulo que corresponde que sea atendido por la misma corporación abogadil que tiene a su cargo el cuidado y control de la matrícula profesional; y

3) en lo que concierne a las responsabilidades éticas de los abogados por el incumplimiento en su proceder profesional con las normas deontológicas previstas para la buena práctica profesional y, por lo tanto, la responsabilidad es de los tribunales de disciplina de abogados.

Respecto a las supuestas causalidades de los cambios epocales, enunciamos las siguientes:

1) la existencia de un mundo sobreinformado, que carece de competencias para distinguir información veraz de falaz, corre un alto riesgo³²;

2) la sociedad moderna exige un esfuerzo constante de todos en ser generosamente tolerantes con los proyectos de vida de los otros. La vida en común es un desafío mayúsculo en el presente;

3) las normas se abren con inquietante incertidumbre a una perspectiva donde los principios y los valores invaden de subjetividad el plexo de lo normativo, para lo cual, tanto jueces como abogados deberán tener claro, que el Derecho hoy, se materializa bajo el espíritu de ser dúctil.

Atento a éstas y otras razones, bien cabe la interrogación acerca de conocer de qué manera universidades, colegios de abogados y tribunales de disciplina han pensado el presente tiempo desafiante en dichas temáticas, acorde a las tres variables en modo enunciativo hemos apuntado: infoxicación, proyectos plurales de vida y Derechos dúctiles.

ARMANDO S. ANDRUET

Doctor en Derecho. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Cs. Ss. de Córdoba. Miembro de Número de la Academia de Ciencias Médicas de Córdoba. Profesor Titular de Filosofía del Derecho (Universidad Católica de Córdoba). Director de la Especialización en Derecho Judicial y de la Judicatura. Presidente del Tribunal de Ética Judicial de la Provincia de Córdoba. Ex Vocal del Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba. armandoandruet@gmail.com

³⁰ Iturraspe, J. (1967). Función social de la abogacía. Santa Fe: Castellvi.

³¹ Luri Medrano, G. (1998). El proceso de Sócrates - Sócrates y la transposición del socratismo. Madrid: Trotta.

³² Baggini, J. (2018). Breve historia de la verdad. Barcelona: Ático de los libros.

Ph.D. in Law, Member of the National Academy of Law and Social Sciences of Córdoba, and of the Academy of Medical Sciences of Córdoba, Professor of Philosophy of Law (Universidad Nacional de Córdoba). Director of the Graduate Program on Judiciary Law, President of the Ethics Committee of the Province of Córdoba. Former member of the Supreme Court of Córdoba. armandoandruet@gmail.com.

[\(Ir al INDICE\)](#)

DEL ABOGADO LITIGANTE AL ABOGADO NEGOCIADOR UN NECESARIO CAMBIO DE PARADIGMA

RICARDO MANUEL ROJAS

RESUMEN: El autor muestra la influencia que el análisis económico del Derecho ha tenido en la ponderación de la labor del abogado, en especial, en su tarea como promotor de soluciones eficientes a los conflictos más que como litigante sobre cuestiones legales. Las habilidades como negociador y empresario deben sumarse a su formación jurídica para ofrecer un mejor asesoramiento a su cliente.

ABSTRACT: *The author highlights the influence that the economic analysis of Law has had on the weighting of the lawyer's work, especially in his task as a promoter of efficient solutions to conflicts rather than as a litigant on legal principles. Negotiation and entrepreneurship skills should be added to the legal training to offer a better advice to their client.*

PALABRAS CLAVE: abogacía; análisis económico del Derecho.

KEYWORDS: *legal profession; economic analysis of Law.*

LAS VENTAJAS DE LOS ACUERDOS COOPERATIVOS

La tradición jurídica del Derecho escrito y codificado, que se encuentra tan extendida en Latinoamérica y en especial en la Argentina, ha producido desde sus orígenes generaciones de abogados especializados en el conocimiento del Derecho, fundamentalmente de la legislación.

Los abogados han sido educados para conocer el derecho positivo aplicable en cada área jurídica y se los preparó para litigar ante los tribunales en procura de convencer a los jueces de que su interpretación de los hechos y el Derecho se encuentran en mayor consonancia con el orden jurídico vigente.

En estas latitudes, las carreras de abogacía apenas tienen espacio en sus currículas para materias que no se vinculen con el estudio del Derecho positivo en las distintas ramas, que, al estar en permanente crecimiento, prácticamente no dejan lugar para otros aspectos de la formación del abogado.

Sin embargo, en especial en tiempos modernos en los que la tecnología ha generado nuevas y más ágiles formas contractuales e instituciones económicas, el rol del abogado pasa a ser fundamentalmente el de un negociador en la búsqueda de soluciones eficientes a los conflictos, en lugar de un litigante que invoca principios jurídicos ante los jueces para ganar su caso. De este modo, los nuevos abogados van quedando en desventaja con respecto a ciertas herramientas y habilidades que deberían manejar para hacer mejor su labor.

El Análisis Económico del Derecho ha hecho una contribución esencial en este sentido. El famoso trabajo de Ronald Coase fue el puntapié inicial para la visión económica de los conflictos jurídicos³³. Advirtió que el mercado es un mecanismo costoso en el que no se pueden adoptar todas las decisiones que a priori aparecen como más eficientes, de modo que los mejores acuerdos se producen en la medida en que los costos de transacción sean lo más bajo posibles, y que estén bien definidos los derechos de propiedad entre los litigantes. Ambas condiciones dependen de cómo esté constituido el orden jurídico, y para ello intervienen, cada uno en su rol, los legisladores, los jueces y los abogados. De allí pueden extraerse algunas conclusiones:

1. En la medida en que existen costos de transacción, no es indiferente al orden jurídico la búsqueda del óptimo económico. Entonces, existen soluciones jurídicas más eficientes que otras, en la medida en que permitan comportamientos más aproximados con ese óptimo.

2. Las instituciones jurídicas tienen un fundamento económico, que es el de reducir los costos de transacción. Para ello, deberán definir los Derechos de propiedad, dar seguridad a los contratos y establecer un sistema eficiente de responsabilidad extra-contractual³⁴.

Cuáles son los acuerdos más eficientes, es algo que cada quien decide. Un principio básico para el análisis económico de los procedimientos es que cada persona es el mejor juez de sus propias preferencias. Una ley general, o una sentencia judicial basada en esa ley general, difícilmente podrían superar en eficiencia a un

³³ Coase, Ronald, "The Problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics* 5 (1960), págs. 1-44.

³⁴ Ghersi, Enrique, "El costo de la legalidad", en *Estudios Públicos*, Centro de Estudios Públicos, Santiago de Chile, Separata N° 30, año 1988.

acuerdo entre las partes, en la medida en que estén dadas las condiciones para que tal acuerdo sea posible³⁵. Para que esto último ocurra, será necesario que las partes tengan expectativas similares sobre lo que puede esperarse, y los costos de transacción sean también equivalentes para ambos. En dicho proceso, la participación del abogado resulta esencial para la búsqueda de las condiciones necesarias para un acuerdo cooperativo.

Por tal motivo siguiendo las bases praxeológicas de la economía desarrolladas por Ludwig von Mises, Bruno Leoni entendía que el Derecho nace recién cuando se produce un reclamo³⁶. Hasta que dicha pretensión no se produzca, no existe efectivamente un conflicto que deba ser resuelto. En este sentido, cada persona reconoce cuál es el nivel de conflictividad que estará dispuesta a asumir, esto es, en qué casos y bajo cuáles condiciones efectuará reclamaciones y cuándo preferirá no hacerlo. Asimismo, cada persona decidirá cuál considera el procedimiento más apropiado para canalizar sus pretensiones o para responder a los reclamos en su contra³⁷.

Sin embargo, los abogados son formados principalmente para participar en procesos judiciales contradictorios, entendidos como ámbitos de contienda entre partes. Incluso suelen emplearse términos o frases tomados del ámbito bélico: las partes esgrimen “defensas”, elaboran “estrategias” para enfrentar al contrario, luchan en “igualdad de armas”, y deducen recursos o planteos para “atacar” a las decisiones de los jueces³⁸. Ello es consecuencia de esta idea de que la labor de los abogados es contender con los abogados de la parte contraria para intentar que el juez les dé la razón y entonces “ganar” el pleito.

Pero a las personas que se ven inmersas en el conflicto, normalmente lo único que les interesa es resolverlo del modo más eficiente posible, lo que incluye rapidez, bajo costo y una solución razonable. Difícilmente encuentre esto en un formal, burocrático y tortuoso proceso judicial. Por ello la propia Corte Suprema ha señalado que el arbitraje proporciona a los particulares un medio rápido, sencillo y económico de terminar sus contiendas (Fallos: 320:2379)³⁹.

La proliferación de soluciones negociadas, además, permite que los tribunales y los abogados litigantes concentren sus esfuerzos en la discusión de asuntos en los cuáles se puedan crear doctrinas jurisprudenciales sólidas y serias que permitan orientar acuerdos futuros. La función de la jurisprudencia, en ese sentido, es similar a la de los precios en el mercado, y cuanto más sólida y meditada es la doctrina que emana de los fallos, mayor será su utilidad para promover acuerdos privados.

LA FUNCIÓN EMPRESARIAL DEL ABOGADO

Si se abandona esa visión estática del abogado, como aquel experto en Derecho que argumenta teóricamente en beneficio de su cliente en una contienda judicial, podrá observarse su labor es esencialmente la de un asesor que busca una solución al conflicto que proteja del mejor modo posible los intereses de su cliente (para lo cual, frecuentemente, deberá hacerse cargo de satisfacer también los intereses de la contraparte).

En tal sentido, se pueden encontrar varias similitudes entre el proceso de mercado, en el que se intercambian bienes y servicios, y el proceso de solución de controversias. En ambos casos, cada parte sabe qué es lo que prefiere, tiene un conocimiento limitado que a su vez es disperso, sabe que, si bien están dentro de una competición, existen chances para que la cooperación sea beneficiosa para ambos. Se hallan frente a las distintas alternativas, y reconocen que tomar decisiones produce costos de oportunidad.

Si bien generalmente se asocia la idea de proceso de mercado con competencia -entendida como confrontación de intereses-, lo cierto es que el punto de partida de la interacción económica no es la competencia, sino la asociación y la cooperación⁴⁰. Las personas tienden a obtener beneficios sin buscar confrontación, a través de la asociación basada en las ventajas comparativas y la división del trabajo. Quien

³⁵ Rojas, Ricardo M., Schenone, Osvaldo, Stordeur (h), Eduardo, *Nociones de Análisis Económico del Derecho Privado*, Universidad Francisco Marroquín, Guatemala, 2012, págs. 174 y ss. En tal sentido, señalan Cooter y Ulen: “Para cualquier juicio, casi siempre existe un arreglo que mejora la situación de ambas partes, de modo que los juicios son ineficientes. Un arreglo extrajudicial es una solución cooperativa, y un juicio es una solución no cooperativa. Un arreglo razonable divide el excedente cooperativo por partes iguales” (Cooter, Robert, Ulen, Thomas, *Derecho y Economía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1998, pág. 507).

³⁶ Leoni, Bruno, *Il diritto come pretesa*, Ed. Liberlibri, Macerata, 2004.

³⁷ Rojas, Ricardo Manuel, *La decisión judicial y la certidumbre jurídica*, Unión Editorial, Buenos Aires, 2018, pág. 41.

³⁸ Rojas, Ricardo Manuel, “La utilidad del análisis económico en la labor de fiscales y defensores penales”, en *El uso estratégico del Derecho*, VELEA, Caractas, 2010, pág. 239.

³⁹ Rojas, Ricardo Manuel, *La decisión judicial y la certidumbre jurídica*, op. cit., pág. 46.

⁴⁰ Mises, Ludwig, *La Acción Humana*, Unión Editorial, Madrid, 2007, págs. 173 y ss.

actúe intentando descubrir un buen negocio (empresario), lo hará en lo posible evitando una confrontación, a menos que la expectativa de triunfo sea grande, porque las confrontaciones son onerosas e ineficientes⁴¹.

La idea de competencia se basa en la escasez, y la mejor manera de enfrentar esa escasez no es a través de la confrontación directa, sino como un proceso de descubrimiento anticipado a los demás⁴². En definitiva, por lo que se compete no es por vencer a otra persona que ofrece lo mismo que yo, sino por llegar a tener una posición más ventajosa respecto del uso o disposición de determinado conocimiento para acceder a recursos.

El empresario es el actor fundamental que se sumerge en ese océano de valoraciones, recursos, ofertas, demandas, precios, conocimiento disperso, avances tecnológicos, y busca descubrir la oportunidad de hacer un buen negocio. Requiere de habilidad para examinar la realidad y perspicacia para develar oportunidades.

Está en condiciones teóricas de descubrir buena parte de ese conocimiento necesario, pero al competir con otros que buscan lo mismo, el tiempo adquiere un valor fundamental. Esto es, el primero que descubre la solución adecuada es el que triunfa. La competencia, entonces, no opera sobre productos sino sobre información y conocimiento, lo que lleva a un concepto de empresarialidad basado en el descubrimiento, tal como han desarrollado autores como Israel Kirzner, y a la enunciación del principio moral según el cual: “quien lo descubre se lo queda”⁴³.

Estos conceptos y herramientas pueden ser aplicables en parte a la labor del abogado quien, al igual que el empresario, es visto desde la óptica que aquí se plantea, más como un sujeto “buscador de oportunidades” que como un estático ejecutor de reglas formales⁴⁴. En definitiva, ejerce una función empresarial en sentido amplio cualquier persona que actúa para modificar el presente y conseguir sus objetivos en el futuro⁴⁵.

El reclamo supone muchas veces un conflicto de intereses por la obtención de una solución favorable. Pero en ese proceso no se descarta la existencia de ámbitos en los cuales la cooperación o el acuerdo sea la forma de lograr una mejor solución para los intereses de todos los involucrados. La búsqueda de estas soluciones eficientes requiere cooperación, persuasión, discusión, perspicacia para ver lo que otros no han visto, mucho más que la fuerza de la argumentación jurídica y el conocimiento de la legislación y la jurisprudencia.

El abogado, como empresario que busca una solución al conflicto, parte de limitaciones de conocimiento en dos aspectos distintos: la ignorancia acerca de los sucesos presentes y la incertidumbre sobre lo que ocurrirá en el futuro. Una de las características del conocimiento limitado del hombre es que no sólo desconoce ciertas cosas, sino que especialmente desconoce lo que no sabe⁴⁶.

En el proceso de mercado, una de las principales tareas del empresario es encontrar oportunidades de comprar barato y vender más caro, acercando de ese modo el precio del mercado al punto óptimo y adecuándolo constantemente a las variaciones y cambios⁴⁷. Busca permanentemente la chance de lograr acuerdos eficientes. De modo similar, el abogado, dentro del ámbito de su labor, no se limita a discutir los principios del Derecho involucrados en los reclamos, sino que puede expandir sus conocimientos y su imaginación para resolver el conflicto a través de una solución novedosa, de manera rápida y con bajos costos para su cliente. Esa debería ser la principal labor del abogado, y hacia esas habilidades debería enfocarse su formación profesional⁴⁸.

De este modo es posible concluir que uno de los principales servicios que el abogado puede brindar a sus clientes es el de ayudarlo a prevenir y resolver conflictos. Lo primero, fundamentalmente cuando se discuten las cláusulas contractuales que no sólo pueden prever y solucionar eventuales focos de conflicto, sino

⁴¹ Sin embargo, existe una tendencia a ver en el proceso de mercado una lucha mortal entre empresarios inescrupulosos que pugnan por destruirse mutuamente. Existen incluso varios intentos por llevar los principios de la guerra a los negocios, como por ejemplo en: Sun Tzu's Art of War for traders and investors, de Dean Lundell (The McGraw-Hill Companies, 1997). En ese libro, al igual que en muchos otros similares, se intentan trasvasar las enseñanzas del maestro chino de la guerra al ámbito de los negocios, haciendo ver a los empresarios o inversores como guerreros que deben confrontar permanentemente entre sí.

⁴² Hayek, Friedrich A., “La competencia como método de descubrimiento”, en Nuevos Estudios de Filosofía, Política, Economía e Historia de las Ideas, Unión Editorial, Madrid, 2007, págs. 227-240.

⁴³ Kirzner, Israel M., Creatividad, capitalismo y justicia distributiva, Unión Editorial, Madrid, 1995, págs. 153 y ss.

⁴⁴ Rojas, Ricardo Manuel, “La utilidad del análisis económico en la labor de fiscales y defensores penales”, op. cit., págs. 253-254.

⁴⁵ Huerta de Soto, Jesús, Socialismo, cálculo económico y función empresarial, Unión Editorial, Madrid, 2005, pág. 41. Agrega el profesor Huerta de Soto: “Tanto la expresión castellana empresa como las expresiones francesa e inglesa entrepreneur proceden etimológicamente del verbo latino in-prebendo-endi-ensum, que significa: descubrir, ver, percibir, darse cuenta de, atrapar, y la expresión latina in prebensa claramente con lleva la idea de acción, significando tomar, agarrar, asir. En suma, empresa es sinónimo de acción (...) Ahora bien, el sentido de empresa como acción está necesaria e inexorablemente unido a una actitud emprendedora, que consiste en intentar continuamente buscar, descubrir, crear o darse cuenta de nuevos fines y medios (En sentido similar: Ravier, Leonardo, Historia Económica de la empresarialidad. Hacia una teoría praxeológica de la firma, Unión Editorial, Madrid, 2016, págs. 583 y ss.).

⁴⁶ Sarjanovic, Ivo, “El mercado como proceso: dos visiones alternativas”, En desequilibrio. Ensayos sobre procesos de mercado, Unión Editorial, Madrid, 2020, págs. 23-61.

⁴⁷ Kirzner, Israel M., Competencia y función empresarial, Unión Editorial, Madrid, 1975, págs. 23 y 55.

⁴⁸ Ver al respecto, Rojas, Ricardo Manuel, Fundamentos praxeológicos del Derecho, Unión Editorial, Madrid, 2018, págs. 241 y ss.

también establecer los mecanismos para la solución de los que se produzcan. Lo segundo, evaluando el conflicto y buscando soluciones eficientes, para lo cual las herramientas del análisis económico del Derecho le serán de gran utilidad.

Al llevar adelante esta tarea, no sólo contribuirá a mejorar la situación de su cliente, sino también, en la sumatoria de acuerdos que se vayan produciendo respecto de todos los conflictos, a incrementar la riqueza social, en términos de Coase, es decir, a promover un más eficiente uso de los recursos y disponibilidad de la riqueza. Esa labor, además de cumplir cabalmente con su obligación hacia el cliente, le dará a su labor una importancia social muy grande vinculada con la garantía del goce y ejercicio de los Derechos individuales, y de la creación de ámbitos de certidumbre jurídica.

Por ello, es fundamental que, junto con la educación teórica y jurídica del abogado, se vayan acentuando también las enseñanzas de determinadas habilidades, tales como la negociación o la estrategia, y de ciertas disciplinas, como el análisis económico del Derecho y la teoría de juegos.

RICARDO MANUEL ROJAS

Abogado, Doctor en Historia Económica (ESEADE). Ex juez de tribunal en lo Criminal y Correccional. Profesor de Análisis Económico del Derecho Penal (Universidad de Buenos Aires) y Teoría de la Decisión Judicial (UCEMA). Autor de numerosos libros. rmrjoas58@yahoo.com

Lawyer, Ph. D. in Economic History (ESEADE). Former Criminal Judge. Professor of Economic Analysis of Criminal Law (Universidad de Buenos Aires) and Theory of Judicial Decision-Making (UCEMA). Author of several books. rmrjoas58@yahoo.com

[\(Ir al INDICE\)](#)

REFLEXIONES SOBRE LA VOCACIÓN, EL EJERCICIO PROFESIONAL Y LA TECNOLOGÍA

MARÍA JULIA FORNARI

Resumen: Los adelantos de la tecnología son vertiginosos e impactan en todas las áreas de nuestra vida cotidiana, pero el ejercicio de la profesión de abogado sigue anclado en el pasado. La crisis actual produjo una alteración en las relaciones humanas que culminará con un nuevo modelo social y cultural. Cuando la pandemia cese, el mundo no será igual y la forma en que ejercemos la profesión de abogados, sufrirá cambios. El rol del nuevo abogado se centrará en dos ejes: el desarrollo de habilidades profesionales y la tecnología. La vocación y la ética, ilesas frente a cualquier embate, seguirán iluminado y sosteniendo en equilibrio cada uno de estos pilares.

ABSTRACT: *Improvements in technology are dizzying and impacting all areas of our daily lives, but the practice of the legal profession remains anchored in the past. The current crisis produced an alteration in human relations that will culminate in a new social and cultural model. After the pandemic ceases, the world will not be the same and the way we practice the legal profession will undergo changes. The role of the new lawyer will focus on two axes: the development of professional skills and technology. Vocation and legal ethics, unharmed in the face of any onslaught, will continue to illuminate and hold each of these pillars in balance.*

PALABRAS CLAVE: ejercicio profesional; ética; tecnología; legaltech.

KEY WORDS: *legal profession; ethics; technology; legaltech*

“
Estamos al borde de una revolución tecnológica que modificará fundamentalmente la forma en que vivimos, trabajamos y nos relacionamos. En su escala, alcance y complejidad, la transformación será distinta a cualquier cosa que el género humano haya experimentado antes”, vaticina Klaus Schwab, en su obra *"La cuarta revolución industrial"*⁴⁹.

INTRODUCCIÓN

Si bien los adelantos de la tecnología son vertiginosos e impactan en todas las áreas de nuestra vida cotidiana (las comunicaciones, la medicina, la seguridad, la información, entre muchas otras), en general las actividades que hacen al ejercicio de la profesión de abogado siguen ancladas en el siglo XIX.

Los estudios jurídicos incorporaron herramientas informáticas para llevar adelante un proceso de modernización de su estructura: organizaron la gestión de expedientes y archivos; optimizaron la búsqueda y análisis de jurisprudencia; e intentaron un tránsito errante hacia la tramitación digital del expediente judicial. Pero nunca lograron cambiar el paradigma e ingresar plenamente en la era digital.

Y la pandemia puso en evidencia tales falencias.

La actividad del Poder Judicial quedó paralizada por meses, boyando entre un anacrónico formato de expedientes cosidos a mano con fojas no informatizadas (por ejemplo los dictámenes del Fisco, del Ministerio Público, de las defensorías), y un tímido, incompleto y repetido (por duplicar el tramitado en soporte papel) expediente digital. Ello además agravado por vaivenes políticos, estructurales y sindicales, más vetustos aún.

Los abogados, privados de acceder a los estudios y a las carpetas físicas, pusimos en valor las “nubes” y colgamos de ellas toda la documentación/información necesaria para el desarrollo de las tareas. Las entrevistas personales y las reuniones grupales fueron reemplazadas por plataformas virtuales que ajustaron puntualmente las agendas optimizando tiempo y labor. Y el teletrabajo, actividad que entendíamos restringida a los *call centers*, se impuso en la estructura de los estudios, cualquiera fuera su envergadura.

Estos cambios necesarios, eficientes y adecuados fueron impuestos por la coyuntura, que impidió una migración ordenada hacia el mundo digital.

⁴⁹ SCHWAB, Klaus “La cuarta revolución industrial” Editorial Debate, 2017 pág.134.

Si bien existió consenso de todos los sectores respecto de que las nuevas tecnologías resultaban una herramienta que permitía ampliar el acceso y brindar un servicio más eficiente, cumplir con estándares de transparencia, y en general acercar a la ciudadanía al sistema de justicia⁵⁰, nunca fueron suficientemente implementadas.

Lo que resulta llamativo, por contar desde hace veinte años con un andamiaje legal capaz de sostener tales tecnologías, como la ley 25.506 de firma digital vigente desde 2001⁵¹; y la ley 26.685 que dispuso la regulación sobre utilización de expedientes digitales y domicilio electrónico en procesos judiciales y administrativos, vigente desde 2011⁵².

Igualmente debemos reconocer los muchos esfuerzos (y significativos logros) alcanzados por algunos sectores de la justicia nacional, provincial y de la Ciudad de Buenos Aires⁵³, que han sido modelo de organización y gestión digital y sortearon airoosamente los avatares impuestos por la pandemia.

UN NUEVO MODELO SOCIAL, UN NUEVO EJERCICIO PROFESIONAL

La crisis que el mundo y nuestro país vienen atravesando, produjo una notable alteración en las relaciones sociales, familiares, comerciales y laborales, que culminará con un nuevo modelo social y cultural. Cuando la pandemia cese, el mundo no será igual al que conocimos hasta ahora y la forma en que ejercemos la profesión de abogados, no va a escapar a ese cambio.

Cobra vigencia la máxima darwiniana que indica que las especies que sobreviven no son las más fuertes ni las más inteligentes, sino aquellas que se adaptan mejor al cambio. Quienes no puedan adaptarse rápidamente a esta realidad, quedarán fuera del nuevo orden y verán afectado el ejercicio de su profesión.

Entendemos que la actividad del abogado del siglo XXI pivotará sobre dos ejes principales: 1) el desarrollo de habilidades profesionales que permitan responder a las necesidades impuestas por tales cambios, y 2) la tecnología.

La vocación y la ética, ilesas frente a cualquier embate, seguirán iluminado y sosteniendo en equilibrio cada uno de estos pilares.

1. EL DESARROLLO DE DESTREZAS Y HABILIDADES PROFESIONALES

Las crisis provocan un impacto en la economía que se traduce en despidos masivos, interrupción de cadenas de pago, alteración de los sinalagmas contractuales y quiebra de muchas empresas. Estas vicisitudes generan fracturas en la sociedad que demandan la actuación de los buenos abogados.

Está en nuestras manos encarnar en primera persona, la función social de la Abogacía.

Porque el rol del abogado no se limita a asesorar y defender los intereses de sus clientes, sino a aconsejar la obtención concordada de soluciones justas y equitativas para todas las partes en conflicto; a restaurar la excesiva onerosidad sobrevenida en las prestaciones y a adaptar las relaciones obligacionales a los efectos inevitables de la pandemia, en beneficio común de sus clientes y en defensa de la paz social.

Y para ello es requisito ineludible la vocación, porque su capacidad creadora es infinita y todo esfuerzo se abrevia y facilita como por encantamiento, decía Marañón.⁵⁴

La vocación, sumada a la habilidad en el manejo de técnicas de resolución alternativa de diferendos, y a la destreza en la elección de estrategias adecuadas y éticas, conforman un arte cuyo virtuoso ejercicio hará la diferencia entre los hombres de derecho⁵⁵.

1.1 Crisis del modelo tradicional

Tal como lo hicieron en anteriores situaciones críticas globales, muchos analistas se aventuraron a predecir la muerte del *Big Law* y el fin del modelo piramidal, caracterizado por la facturación por hora, las gerencias concentradas y las impactantes oficinas. Y auguraron el surgimiento de nuevos modelos de

⁵⁰ Centro de Estudios de la Justicia de las Américas CEJA Año 9 N° 16 <https://inecip.org/wp-content/uploads/Inecip-Sistemas-Judiciales-N%C2%BA-16.pdf>

⁵¹ Ley 25.506 de Firma digital sancionada 14/11/2001.

⁵² Ley 26.685 de Utilización de expedientes, documentos, firmas, comunicaciones, domicilios electrónicos y firmas digital sancionada 01/06/2011

⁵³ Sólo como buenos ejemplos de gestión: el Cuerpo de Investigaciones Judiciales (CIJ) organismo del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad de Buenos Aires, funciona 100% despapelizado con una lógica de *startup* tecnológica, tiene un taller en el que crea sus propios "gadgets" -drones, cámaras ocultas, placas con sensores, impresoras 3D- y cuenta con prácticas y estructuras que suponen un cambio cultural al interior del mundo judicial. Ídem el Poder Judicial de Tucumán; Provincia de Buenos Aires; Juzgado N° 31 de Sunchales; y desde el 1/8/2020 en todos los fueros del Poder Judicial de Córdoba entre otros.

⁵⁴ MARAÑÓN, Gregorio "Vocación y Etica y otros ensayos" Espasa-Calpe Madrid 1966

⁵⁵ LYNCH, Horacio M., "El programa de entrenamiento de abogados. El arte de la abogacía" La Ley 1982 B 911. El Programa de entrenamiento para Abogados. El Arte de la Abogacía" es un programa que desde 1979 está realizando FORES -Foro de Estudios sobre la Administración de Justicia, sobre la base de las experiencias personales, la práctica profesional a fin de superar la comprobada falta de preparación profesional de los egresados de Derecho y su incidencia sobre el funcionamiento de la Administración de Justicia.

negocio dotados de una versatilidad capaz de reducir los costos legales y donde el cliente fuera el amo absoluto: el llamado New Law (como antagónico al modelo tradicional) con su figura emblema, los “Proveedores alternativos de servicios legales” (ALSP por sus siglas en inglés).⁵⁷

Los ALSP ejecutan las tareas que habitualmente hacen los abogados, como la constitución de una sociedad o la representación judicial o extrajudicial de un cliente, pero su rango de acción va mucho más allá, e incluye *startups* o compañías propias, aliadas o subordinadas, con un fuerte liderazgo en tecnología, inteligencia artificial, desarrollo de negocios, marketing e investigación⁵⁸.

Aquellas predicciones que el profesor Richard Susskind publicara en 2013 en su famoso libro *Tomorrow's Lawyers, an introduction to your future*, se han cumplido: “los bufetes de abogados serán impulsados sin descanso por sus clientes a reducir sus costos”, la transformación del sector de servicios legales será radical gracias a tecnologías disruptivas cada vez más potentes “que desafiarán y desplazarán la forma en que se ha realizado el trabajo legal en el pasado”⁵⁹.

2. LA TECNOLOGÍA O LEGALTECH

El otro eje sobre el que consideramos deberá apoyarse el ejercicio del abogado del siglo XXI, será la tecnología.

Legaltech (*legal + technology*) hace referencia al uso de la tecnología al servicio de los abogados. Se refiere al desarrollo de herramientas digitales especializadas en el sector legal, diseñadas para servir de apoyo al cumplimiento de la labor profesional, aportando mayores niveles de eficiencia, y reducción de costos y márgenes de error.

El proceso de transformación digital de la actividad profesional en nuestro país parece ralentizado, no vislumbrándose como inmediata, la migración de los antiguos estándares hacia el *legaltech* como se observa en el resto del mundo⁶⁰. Pero puede resultar ilustrativo conocer las principales herramientas tecnológicas aplicadas al ejercicio de la abogacía, para advertir que el futuro es cercano:

2.1 Inteligencia artificial en el legaltech

La más importante de las tecnologías emergentes que trajo la cuarta revolución industrial, es sin dudas la inteligencia artificial (IA), llamada la revolución de las revoluciones⁶¹, en razón de su innegable carácter disruptivo.

El término “inteligencia artificial” se aplica a los sistemas que manifiestan un comportamiento inteligente y que resultan capaces de analizar su entorno y accionar con cierto grado de autonomía, con el fin de alcanzar objetivos específicos⁶². Y estos sistemas basados en la IA pueden consistir simplemente en un programa informático (por ejemplo asistentes de voz, programas de análisis de imágenes, motores de búsqueda, sistemas de reconocimiento facial y de voz); o estar incorporados a dispositivos de hardware (como los robots avanzados, automóviles autónomos, entre otros)⁶³.

⁵⁷ AST, Federico “Los Nuevos Proveedores de Servicios Legales” versión adaptada y traducida del artículo “[Big Money Is Betting On Legal Industry Transformation](https://medium.com/astec/los-nuevos-proveedores-de-servicios-legales-968a54236ee4)” publicado por Mark A. Cohen en Forbes. <https://medium.com/astec/los-nuevos-proveedores-de-servicios-legales-968a54236ee4>

⁵⁸ WILKINS, David y ESTEBAN FERRER, María J. “*Taking the “Alternative” out of Alternative Legal Service Providers*”, Center On the Legal profession, Harvard Law School, Volume 5 Issue 5 Julio/Agosto 2019 Además “El covid 19 y la uberización del sector legal” Mutualidad abogacía, España <https://www.mutualidadabogacia.com/abogacia/el-covid-19-y-la-%CA%BBuberizacion%CA%BC-del-sector-legal/>

⁵⁹ SUSSKIND, Richard “*Tomorrow's Lawyers, an introduction to your future*” International Bestsellers, Second Edition Oxford <http://www.nelc-law.com/docs/tomorrows-lawyers.pdf>

⁶⁰ FERNÁNDEZ-SAMANIEGO, Javier de Samaniego Law, una compañía española mezcla de firma de abogados, consultora y plataforma tecnológica, destacan que las ALSP, estas “firmas alternativas” ofrecen varios modelos que van del *managed service*, o de asunción como subcontratista de las tareas de asesorías jurídicas [citan como ejemplo la adquisición de *Riverview Law* por parte de EY]; hasta el modelo *staffing* y de abogacía por proyectos de Axiom (...) al tiempo que describen cinco hitos que marcan el ascenso de las ALSP a nivel mundial: (i) las firmas de auditoría *Big Four* (PWC, Deloitte, EY, KPMG) han irrumpido de lleno en la prestación de servicios legales; (ii) la aparición de *los Legal Process Outsourcers*, LPO, cautivos o vinculados a grandes firmas legales y que se encargan de las tareas de bajo coste en zonas geográficas específicas; (iii) los LPO independientes de las firmas y a quienes cualquier departamento legal puede subcontratar tareas de bajo valor añadido; (iv) los prestadores de *managed services* (subcontratistas para todas las funciones y tareas que implica el día a día de una asesoría jurídica); y por último, (v) las empresas que ofrecen abogados para o por proyectos temporales o *staffing solutions*. *Axiom Law* es un ejemplo emblemático instalado en España a principios de 2020 <https://www.portafolio.co/opinion/otros-columnistas-1/alsp-nuevo-paradigma-en-la-prestacion-de-servicios-juridicos-coyuntura-538692>

⁶¹ CORVALÁN, Juan Gustavo, *La inteligencia artificial predictiva al servicio de la justicia: Prometea*, Buenos Aires, LA LEY, 2017-E, 1008, 2017, Cita online: AR/DOC/2520/2017.

⁶² ESCOBAR, Felicitas “LA POTENCIAL INFLUENCIA DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN MATERIA PROBATORIA: BENEFICIOS Y DESAFÍOS” Errepar on line, Suplemento Derecho, Innovación y Tecnología. Febrero 2020

⁶³ GRUPO DE EXPERTOS DE ALTO NIVEL SOBRE INTELIGENCIA ARTIFICIAL DE LA COMISIÓN EUROPEA, Una definición de la inteligencia artificial: Principales capacidades y disciplinas científicas, Bruselas, Comisión Europea, B – 1049, 2019, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/high-level-expert-group-artificial-intelligence>

La IA es la herramienta clave del *legaltech*, por cuanto le permite a un *software* realizar actividades propias del ejercicio profesional, con la ventaja de trabajar con volúmenes de datos a gran escala, aportando una significativa reducción de costos y tiempo, por ejemplo: i) analizar jurisprudencia para encontrar patrones y tendencias; ii) crear predicciones sobre el posible fallo de un juez; iii) estudiar los argumentos de los abogados oponentes para diseñar mejores estrategias legales; iv) automatizar procesos creativos (escritos judiciales o contratos); vii) e incluso ofrecer a los clientes la información necesaria para elegir al profesional más idóneo para atender su asunto⁶⁴.

Si bien los abogados utilizan desde hace años alguna tecnología, nada es comparable a los sistemas basados en IA que simplifican palmariamente la rutina de trabajo o un proyecto de investigación, resolviendo en pocos minutos, lo que a un abogado podría insumirle horas, y a un cliente cuantiosos honorarios.

Las firmas de abogados más grandes del mundo han comenzado a incursionar en ella. Uno de los casos más resonantes es el del software “Ross” conocido como el primer “abogado robótico”, con capacidad de analizar su enorme base de datos y llegar a una conclusión basada en la ley, la jurisprudencia, la doctrina y demás fuentes a su alcance, para responder consultas de manera similar a un abogado. Además, puede proponer hipótesis para casos concretos y mantenerse alerta frente a las posibilidades de que la información disponible, se actualice o modifique⁶⁵.

En esta línea, sorprendió la noticia en Estonia de los llamados “jueces robots”, un proyecto polémico que se implementaría en los juicios de menor cuantía a fin de acelerar los expedientes judiciales atrasados⁶⁶.

Sin lugar a dudas, las aplicaciones de la IA, han modificado profundamente la relación de los abogados con la informática, pero resulta claro que la actividad hermenéutica y la íntima convicción de Justicia, como operaciones axiológicas propias del ser humano, nunca podrán ser generalizadas por un ordenador, dado que la modelización de la decisión (sea en el rol de abogado o de juez) implica siempre una reflexión ética⁶⁷.

Otras tecnologías que resultan relevantes para el ejercicio profesional son:

2.2 La computación en la nube o *cloud computing*

Permite al abogado utilizar programas o acceder a archivos sin la necesidad de tenerlos almacenados en una computadora de su estudio jurídico, pues todo lo puede realizar vía online (la nube) desde cualquier dispositivo, a cualquier hora y en cualquier lugar del mundo.

2.3 El *big data*

Como referimos, es la metodología utilizada para el procesamiento de grupos complejos de datos (documentos jurídicos, jurisprudencia, expedientes, leyes, bases de datos) que no pueden ser procesados por sistemas convencionales debido al enorme volumen, la muy alta velocidad en que son generados y la gran heterogeneidad de sus características, formatos y fuentes de origen.

2.4 La cadena de bloques o *blockchain*

Es una tecnología que, inspirada en el funcionamiento de un libro contable, es capaz de crear registros transparentes, trazables y seguros de transacciones efectuadas en forma directa entre dos usuarios. Es decir que a través de las *blockchain*, dos personas pueden intercambiar sin intermediarios, un activo digital y la transacción quedará registrada sin posibilidad de ser alterado o eliminado tal registro. Si bien es la tecnología que aparece detrás del bitcoin, no se limita a ello, ya que la seguridad del sistema se extendió al área

⁶⁴ “*Premonition Legal analytics*”, definida por su sitio web como “The World’s Largest Litigation Database”, se encarga del estudio pormenorizado de firmas de abogados según sus características personales, detalle de casos y porcentaje de victorias y pérdidas, ante que tribunales y jueces. Siguiendo esa línea, otra página, *LexMachina.com.*, elabora un ranking comparativo de abogados para elegir según especialidad, experiencia, costos, tiempo y eficiencia. Este servicio no sólo permite a los clientes informarse adecuadamente acerca de cuál abogado elegir y qué probabilidades tiene su pretensión de prosperar, sino que también otorga a los profesionales la posibilidad de valorar los servicios que prestan y mejorar su posición en el mercado. <https://premonition.ai/> Por su parte, la firma Allen & Overy se encuentra incursionando en el uso del software *MarginMatrix*, sistema que cuenta con capacidad de estudiar las leyes correspondientes a diversas jurisdicciones, y a partir de allí, redactar documentos personalizados basados en el análisis legal realizado. Este programa sirve, por ejemplo, para asesorar a las grandes entidades bancarias sobre cómo adaptarse a los cambios regulatorios que puedan existir en materia de contratos. O el caso del *chatbox* impulsado por *DoNotPay*, con sede en Reino Unido, que ayudó a anular 160,000 multas de estacionamiento en Londres y Nueva York en los últimos años

⁶⁵ Este *software* fue creado por una *startup* canadiense de la Universidad de Toronto y es capaz de escuchar el lenguaje humano, rastrear más de 10 mil páginas por segundo y formular una respuesta mucho más rápido que cualquier abogado humano. Sus respuestas incluyen citas legales, sugieren artículos para estudiar e incluso calculan una tasa de confianza para ayudar a los abogados a preparar los casos. Además, por tratarse de una inteligencia artificial (IA), mientras más consultas recibe, más aprende, y su eficacia aumenta. Ross aprende de su interacción con humanos. FERNÁNDEZ, Diego: “El impacto de la inteligencia artificial en el derecho” - LL - 19/10/2017 - 6 - 2017 - pág. 2 - Cita digital AR/DOC/2785/2017

⁶⁶ “The Technolawgist Law.Tech.Future.” junio 12.2019 <https://www.thetechnolawgist.com/2019/06/12/estoniase-prepara-para-tener-jueces-robot-basados-en-inteligencia-artificial/> Su aplicación funcionará de la siguiente manera: las dos partes cargarán sus documentos e información relevante del caso en una plataforma, donde la IA tomará una decisión que podrá ser apelada por un juez “humano”

⁶⁷ GRANERO, Horacio R. “La inteligencia artificial como asistente de la tarea del abogado”, *Microiuris* 24/07/2020 Cita: MJ-DOC-15450-AR||MJD15450

contractual, por ejemplo, los contratos inteligentes (*smart contracts*). Esta aplicación es muy útil para procesos como la compra-venta de activos o el cobro automatizado de facturas, entre otros.

CONCLUSIONES

La transformación digital en las áreas legales propone el uso de tecnologías sorprendentes para desplegar nuevas formas de ejercer la profesión. La vocación que invita al desarrollo de habilidades y destrezas se conjugará con ellas para afrontar los desafíos que impone el siglo XXI.

Es evidente que deberán reformularse muchas leyes e interpretaciones para ajustarnos a esta nueva realidad, que no es tan lejana⁶⁸.

El progreso siempre impone innovación, pero no toda innovación implica progreso. Sólo irán de la mano si se anticipa y dirige el desarrollo de la innovación tecnológica, privilegiando los principios éticos y deontológicos del ejercicio profesional.

MARÍA JULIA FORNARI

Abogada (Universidad de Buenos Aires) y mediadora. Tiene estudios de posgrado en Universidad Castilla La Mancha. Profesora de Derecho Civil (Universidad de Buenos Aires) y de Derecho Civil Patrimonial de posgrado en la Universidad Católica Argentina. mjf@fornariasociados.com.ar.

Lawyer and mediator. With graduate studies at Universidad Castilla la Mancha. Professor of Civil Law (Universidad de Buenos Aires) and Civil Patrimonial Law, Masters Program, Universidad Católica Argentina. mjf@fornariasociados.com.ar

[\(Ir al INDICE\)](#)

⁶⁸ DEL CARRIL, Santiago H. “La ética de los robots y otros problemas empresariales”, <https://empresa.org.ar/2018/la-etica-de-los-robots-y-otros-problemas-empresariales/>; y “Otra vez sobre ética y robots”, <https://empresa.org.ar/2019/otra-vez-sobre-etica-y-robots/>.

NUEVA ABOGACÍA ¿NUEVOS DILEMAS ÉTICOS?

HORACIO M. LYNCH

RESUMEN: Los cambios que las tecnologías están produciendo en la profesión y los que también producen las nuevas formas organizativas para proveer servicios legales, permiten hablar de una „nueva abogacía“. En este trabajo se analiza si esta nueva abogacía plantea nuevos dilemas éticos, o simplemente enfrenta, en nuevos marcos, los dilemas tradicionales de la profesión. Se concluye que son dilemas nuevos que deben ser interpretados bajo los principios de las reglas tradicionales, pero con el contexto actual de cambios. Finalmente, es posible que se consoliden nuevos profesionales del Derecho, formados como abogados, pero que no serán estrictamente tales, sino expertos legales con formación económica, cuyas exigencias éticas no serán similares y deberán ser determinadas.

ABSTRACT: *The impact of legaltech and the new ways to provide legal services, allow a „new advocacy“ to speak. This article analyzes whether this new legal profession raises new ethical dilemmas, or simply faces, in a new framework, the traditional dilemmas of the profession. It is concluded that they are new dilemmas that must be interpreted under the principles of traditional rules, but with the current context. Finally, it is possible that new legal professionals will be consolidated, educated as lawyers, but who will not be strictly such, but legal experts with economic training, whose ethical requirements will not be similar and must be determined.*

PALABRAS CLAVE: abogacía; ética; inteligencia artificial.

KEYWORDS: *legal profession, ethics, artificial intelligence.*

1. LA SITUACIÓN ACTUAL IMAGINADA HACE TRES DÉCADAS

En una conferencia que dicté hace tres décadas puedo haber anticipado la situación actual y, confrontando aquello con las conclusiones de un estudio más reciente (2019) que hice sobre la tecnología y el impacto en la profesión, me confirma bastante lo vaticinado. Sinterizaré esto para avanzar hacia los nuevos dilemas éticos.

1.1 Mi conferencia en 1992 sobre “El Futuro de la Abogacía”

En 1992 tuve el honor de disertar en la conferencia inaugural de los Masters que luego han distinguido a la Universidad Austral. En esa oportunidad hablé sobre “El futuro de la Abogacía”⁶⁹ en un trabajo basado en mi experiencia profesional, mi experiencia en la educación legal y en la formación de abogados y, también, mis investigaciones sobre las nuevas tecnologías (que luego, entre 1995 y por unos diez años, volcamos con otro especialista en un centro de investigaciones - ITCenit⁷⁰).

1.2 El impacto de las tecnologías sobre la profesión - La Inteligencia Artificial y los problemas éticos que suscitara

Hablaba en aquella época del impacto que sufriría la profesión por la irrupción de las nuevas tecnologías de información y de las comunicaciones con una referencia especial a la Inteligencia Artificial:

“(…) Deliberadamente he dejado para el final el tema de la Inteligencia Artificial, porque lo considero el más importante y donde seguramente veremos los cambios más espectaculares (...)”.

Y hacía una referencia especial a los problemas éticos que plantearía.

“(…) Aquí hago una pequeña digresión para recordar que la utilización de la Inteligencia Artificial planteará nuevos problemas éticos a la abogacía. Como yo dije en este campo nuestra profesión está atrasada respecto de otras que han experimentado antes con estas herramientas y ahora pueden ver

⁶⁹ V. LYNCH, Horacio M., “El futuro de la Abogacía”, mi conferencia inaugural de los Masters de la Universidad Austral, 1992. V. también mi trabajo “El Derecho en la Era Digital” en LL, 1996-B, 1157, “El mundo después de Internet”, en LA NACIÓN, Sección Informática, 17Jun96, y “El futuro de la Abogacía”, conferencia en la Corporación de Abogados Católicos, 2005.

⁷⁰ Estoy en contacto con las computadoras desde la instalación en mi firma en 1983 de un sistema WANG y luego de una primera Apple en 1985, trabajando en red desde aquellas fechas, también asesoramos por años a un importante grupo argentino de software y hardware. Más tarde, en los albores de la Revolución Digital, escribí “EL DERECHO EN LA ERA DIGITAL”, ya citado, anticipando el impacto que se produciría. Y desde 1996 al 2005, con el Centro de investigaciones en Information Technology - ITCenit, seguí siendo un atento observador y consumidor de tecnología.

los errores de la aplicación de esquemas sacados de la ciencia exacta a los problemas humanos. En Ingeniería yo se utilizan programas que imitan el razonamiento de los hombres, el cual nunca es exacto sino aproximado (el rector de esta casa de altos estudios, con sus reflexiones filosóficas sobre los conjuntos borrosos, es un pionero en la materia). Los hombres de Derecho corremos el peligro de un entusiasmo desmedido con la aplicación de la cibernética en la solución de casos, en donde las soluciones nunca podrían ser enteramente exactas porque la conducta del hombre no la es. Por eso la aplicación de sistemas expertos y la preparación de los mismos implican un desafío a nuestra profesión. Desafío que puede definirse en la tarea de conciliar la aplicación de los adelantos tecnológicos sin desvirtuar el concepto de Derecho como disciplina de las conductas humanas donde debe imperar la libertad (...)”⁷¹.

1.3 Los nuevos marcos territoriales de la profesión

Me refería también a los nuevos marcos territoriales, vinculado también con las normas que rigen la profesión en relación especialmente a cuáles regirían para el abogado que trabaja en un país, en tanto los resultados de su trabajo se aplican en otro país.

“(...) El segundo importante fenómeno es el de la internacionalización, debido en parte a los cambios producidos en el esquema internacional, a las entidades supranacionales, los convenios de cooperación sumados al incremento del intercambio mundial y los adelantos tecnológicos han ampliado el radio de acción del abogado. Hoy el abogado no está reducido a una actuación en una jurisdicción limitada, sino que trasciende los límites de su ciudad, de su estado o provincia, y aun los límites de la Nación. Esto muestra una profesión distinta y diferente a la hasta ahora conocida, por el hecho de tener que manejar realidades muy diferentes, de involucrarse en conflictos e instituciones no habituales, de tratar con colegas desconocidos, por tener que recurrir a idiomas que no son los maternos, para acceder a información extra no, por el hecho de generar conductas profesionales con efectos en más de una jurisdicción. Todo la cual contribuye a despersonalizar el ejercicio en un grado no compatible con ninguno de los conceptos hasta ahora conocidos de la abogacía. Pienso que no se trata así de una simple ampliación geográfica del ámbito de actuación del abogado, sino del enfrentar un ejercicio profesional distinto (...)”⁷³.

1.4 Nuevos conflictos de alta complejidad para los abogados

También dije que el mundo moderno presentaría conflictos de más alta complejidad para los abogados:

“(...) También ha cambiado la envergadura y complejidad de algunos de los intereses a defender. El fenómeno del avance del Estado en la economía, sumado al incremento de la vida en ciudades, la aparición de las corporaciones multinacionales, de las megaempresas de servicios públicos, ha hecho que determinados conflictos o patrimonios afecten muchos intereses de todo tipo: del público, del gobierno, de las naciones, inclusive de la naturaleza. En este contexto es insuficiente que quien abogue por ellos esté munido solamente de conocimientos sobre la legislación positiva. La atención de estos intereses supera notoriamente el marco de conocimientos legales que los abogados podemos proporcionar y exige un dominio más general, no solamente de las leyes en sentido propio, sino también de las leyes de la economía y muchas otras, entre las que se destacan las leyes de la naturaleza en momento en que los problemas ecológicos han adquirido - y continuarán haciéndolo - una importancia predominante. Esta forma de ver la abogacía implica adoptar una concepción del Derecho realista en el pleno sentido de la palabra donde lo importante son las conductas humanas más que el frío texto legal. Estamos acostumbrados a abogados racionalistas que pretenden acomodar los problemas que su cliente le presenta a parámetros predeterminados cuando la realidad es distinta. Lo fundamental es la donde sus aspectos morales y éticos y el abogado debe encontrar la solución partiendo de la realidad (...)”.

⁷¹ Surden, Harry Ethics of AI in Law, Basic Questions “(...) For the sake of argument, imagine that in the near future, the predictions of case outcomes made by lawyers using AI systems begin to vastly outperform the predictions made by traditional lawyers using only their professional skills. This future scenario raises several issues. For one, if the best and most accurate predictions are made by lawyers using AI systems, will the ethical or professional standards shift such that lawyers are obligated to use such systems rather than their using unassisted professional judgment as they have traditionally done? Additionally, such a system risks shifting power dynamics in law. Lawyers (and their clients) who have access to the best AI-based predictive tools might have increasingly significant advantages over less resourced lawyers and clients who do not. While it is true today that lawyers and clients who have more resources can often obtain better outcomes than less resourced clients despite the relative merits of their positions, it is possible that AI-based tools could exacerbate this divide. Thus, to the extent that access to justice and adjudication of legal outcomes based upon the merits are central values of the legal system, then the increased use of AI-based systems by lawyers may undermine these norms (...)” En The Oxford Handbook in Ethics and AI, ChAP. 38).

⁷³ V. también en Lynch, Horacio M, “La incierta naturaleza de Internet” en Derecho e Informática, ed. Depalma, Vol. 7 Buenos Aires, 2001.

1.5 Nuevas formas de proveer los servicios legales

Como otro factor mencionaba que debía computarse una modalidad que ya se extendía en aquella época (1992) en los Estados Unidos y Europa de las sociedades profesionales interdisciplinarias de abogados, contadores, consultores en management y asesores financieros. Estas asociaciones de abogados con no abogados eran desaconsejadas por los códigos de ética interpretando que afectaba la independencia de los abogados y asocia profesiones con distintas exigencias éticas. Todo esto, pronosticaba, haría entrar en crisis muchos principios de la ética de la abogacía tradicional.

“(...) En cualquier caso y a cualquier solución a la que se arribe, habrá de concluirse que no puede existir abogacía, en el sentido clásico del término, sin una constante remisión a altos valores morales y éticos, que son estrictamente necesarios en una profesión dedicada a la atención de intereses ajenos. Casi podría afirmarse que no existe abogacía sin respeto a dichos principios. Esta conclusión permitirá a la abogacía reencontrar sus rumbos, perdidos a tal punto que en los Estados Unidos de América se discute seriamente si la abogacía es una profesión o un negocio (business) (...)”

1.6 Una nueva profesión entre la abogacía y la economía

Y terminé haciendo una referencia a la posible aparición de una nueva profesión entre el Derecho y los negocios, a la que hago referencia en las conclusiones.

1.7 Otras predicciones

Y finalizaba con una referencia a las predicciones que sobre el futuro de la abogacía había formulado un alto dirigente de la abogacía internacional:

“(...) la profesión enfrenta dos desafíos, en los países subdesarrollados deberá enfatizar el correcto balance entre el orden y la libertad, en los industrializados deberá resistir las presiones económicas que amenazan con tornarla en una mera empresa económica olvidando el histórico rol antes señalado (...)”⁷⁴.

2. LA SITUACIÓN ACTUAL

En 2019, casi treinta años después, en el ya referido trabajo destinado a revisar o confirmar mis predicciones de aquella conferencia, concluí que la tecnología efectivamente ha revolucionado la profesión de abogado en todos los niveles, desde las mega firmas mundiales hasta el abogado de a pie, y, en menor medida, y todavía en deuda en la Argentina, también en la práctica judicial. De muchas formas y con muchos ejemplos veía cómo se habían ido verificando mis predicciones sobre los sustanciales cambios que producirían en la profesión. Mi inquietud apuntaba a la profundidad del cambio y si podría amenazar la subsistencia de la abogacía como profesión. ¿Hay cambios y de qué magnitud? Intenté resumirlos en el contexto que tiene a la tecnología como vedette.

En cuanto a la naturaleza misma de la profesión y a los desafíos que enfrenta, creo que esta realidad confirma lo troncal de la abogacía, pero:

Hay cambios relacionados al tiempo y el espacio, como es determinar el preciso lugar en que se ejerce la abogacía, cuando el abogado que asesora desde un país y el conflicto se produce en otro⁷⁶.

Hay cambios -que deberían ser mucho más acentuados- en la preparación de los abogados, tanto en la educación legal como en la formación del futuro abogado: el abogado actual -decía- deberá estar estudiando y formándose de manera permanente, mucho más que años atrás, y más constantemente; deberá estar muy atento a los cambios⁷⁷.

La tecnología también impacta en la educación y la formación legal, y la rapidez de los cambios, obligará a los abogados -como nunca- a actualizarse permanentemente⁷⁸, y, al mismo tiempo, la misma tecnología facilitará hasta extremos impensados la educación legal y la formación profesional.

Hay cambios muy profundos en la práctica de la abogacía, más acentuados en los niveles más sofisticados.

⁷⁴ “... Un tema común en la sociedad occidental actual es la amenaza de la creciente comercialización de la consagrada tradición de servicio público de la abogacía. Los abogados han siempre tenido más oportunidades difíciles tratando con esta amenaza que otras profesiones. Porque -la que es improbable para otras profesiones como la religión, educación y medicina - los abogados están íntimamente envueltos en el comercio y así tienen más probabilidades de ser influenciados por sus imperativos de ganancias y de eficiencia económica” William Reece Smith., expresidente de la International Bar Association en su discurso pronunciado en Moscú ante la Asociación de Abogados Soviética, reproducido en INTERNATIONAL BAR NEWS, AUG/SEPT 89.

⁷⁶ V. GOBBI, Marcelo, ¿Dónde diablos se ejerce la abogacía?, en esta misma obra.

⁷⁷ The Institute for the Future of Law Practice: Preparing Students for Tomorrow's Practice By Lauren Wiley, Vanderbilt Law School Class of 2020 \ <http://www.legalproblemsolving.org/blog/the-institute-for-the-future-of-law-practice-preparing-students-for> >.

⁷⁸ Los cambios abarcan hasta la forma de reuniones de la abogacía vinculados en la tecnología: hakhaton legales, legal jams, legal geek están reproduciéndose como hongos por todo el mundo.

Estos cambios impactan fuertemente en los aspectos éticos de nuestra profesión, especialmente, pero no únicamente en relación con la Inteligencia Artificial (AI, por sus siglas en inglés), como había anticipado en 1992.

Se confirma algo que había pronosticado respecto a una nueva profesión que aparecería entre la abogacía y la economía (hay abogados casi exclusivamente destinados a brindar información y soluciones legales, pero que no conocen el quirófano de la abogacía -los tribunales- lo que, en cierta forma, deja sin garantías finales a lo que proveen).

Se confirman cambios muy sustanciales en la forma como brindan sus servicios.

2.1. Legaltech y su impacto sobre la abogacía -. Los síntomas

Mencionaba varios síntomas que corroboraban mis afirmaciones:

Uno, por ejemplo: el prestigioso IE -Instituto de Empresa de Madrid- ofrece un curso para abogados de varias semanas en California: "¿Qué puede aprender un abogado en Silicon Valley?".

Otro: las fuertes inversiones en tecnología que en estos días (2019) están realizando algunas mega firmas legales.⁷⁹ Por ejemplo, a fines de 2018, un consorcio de estudios norteamericanos e ingleses resolvió invertir US\$ 2.1 millones en una empresa tecnológica, Reynen Court, pues la consideraron estratégica⁸⁰.

En la misma línea debe destacarse el interés de las megafirmas por las startups legales (emprendimientos de aplicaciones en el sector). Al respecto dice un especialista:

*"La industria legal no es particularmente conocida por ser innovadora y con visión hacia el futuro. Esto, sin embargo, está cambiando. La lentitud de las firmas de abogados en adaptarse a los cambios tecnológicos, como ha ocurrido en otras industrias, ha abierto la puerta para que las startups (emprendimiento de base tecnológica) transformen la industria de servicios legales, en lo que hoy se conoce como "Nuevo Derecho" (New Law) (...) Tres de estas incubadoras han estado en las últimas noticias, ya que han anunciado su segundo grupo de startups, y todas tienen su sede en Londres: Fuse, un espacio de innovación tecnológica abierto por Allen & Overy en septiembre pasado; MDR LAB, fundada en mayo de 2017 por Mishcon de Reya y Fintech Fast Forward, lanzado en marzo de 2017 por Slaughter y May"*⁸¹.

También en 2018 la prestigiosa firma francesa CMS Francis Lefebvre Avocats, ha constituido una incubadora de startups legales, y lo propio está haciendo Clifford Chance en Singapur, con su hub „CREATE +65". Aludiendo a la fiebre por las startups una publicación comenta que:

*"Las incubadoras de tecnología legal se están convirtiendo en el Starbucks de la industria legal: hay una en casi todos los rincones del mundo. Los estudios de abogados, las facultades de Derecho, empresas y colegios de abogados los están lanzando. La ABA mantiene un directorio de incubadoras legales. La locura de las incubadoras es global, desde Singapur hasta España"*⁸². "En el 2009, solo 15 nuevos startups en servicios legales figuraban en AngelList⁸³. Actualmente hay más de 1000 y, de acuerdo con Thomson Reuters, en los últimos años aumentaron un 484 % las solicitudes de patentes globales para nuevas tecnologías en materia legal (legaltech) principalmente en los Estados Unidos de América, China y Corea del Sur".

El Congreso de la Abogacía Española de mayo de 2019 incluyó un Programa Científico con un Premio Especial para startups.

Hay infinidad de nuevas herramientas para asistir a la abogacía en el ejercicio profesional y en la gestión de las firmas. Como ejemplo: un profesor de Derecho creó LawMetrycs, una startup orientada a la selección de talentos legales que al poco tiempo fue adquirida por un consorcio de facultades de Derecho de los Estados Unidos.

Hay muchas novedades en Inteligencia Artificial, tanto en el área legal como en la de servicios complementarios, en las comunicaciones o hasta en los sistemas inteligentes de traducción de idiomas (esto

⁷⁹ En adelante la capacidad de inversión de capital en la profesión generará diferencias sustanciales entre los profesionales.

⁸⁰ El Director de Información de Clifford Chance dijo que "La tecnología está desempeñando un papel cada vez más importante en nuestro esfuerzo por servir a nuestros clientes de una manera cada vez más rápida, simple, eficiente y robusta. A medida que la nueva ola de tecnologías ingresa al mercado legal, debemos considerar cómo las empresas y los clientes pueden acceder a ellos de manera segura e integrada. Vemos a Reynen Court como la pieza faltante de este rompecabezas en evolución y emocionante y estamos encantados de apoyar su progreso". V. también < <https://news.bloomberglaw.com/us-law-week/legal-tech-platform-reynen-court-secures-additional-3-million>>.

⁸¹ TORRES VARELA, Juan Felipe, "Startups, innovación y su impacto en la industria legal" < <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/tic/startups-innovacion-y-su-impacto-en-la-industria-legal> >

⁸² V. The Rise of Legal Tech Incubators and Why Allen & Overy's 'Fuse' Has the Right Stuff. < <https://www.forbes.com/sites/markcohen/2018/02/12/the-rise-of-legal-tech-incubators-and-why-allen-overys-fuse-has-the-right-stuff/#3846ed8f494d> >, Traducción libre

⁸³ Listado de startups en < <https://angel.co/> >.

no es nuevo: recuerdo que ya en los „70 del s. XX se trabajaba sobre la Inteligencia Artificial y los sistemas expertos en su aplicación al Derecho).

En julio de 2018 Dentons fue la primera firma que en Singapur proporcionó a todos sus abogados y empleados el Contract Companion, una herramienta que aprovecha Artificial Document Intelligence™ (ADI) para lograr una velocidad de análisis sin precedentes, mayor precisión y un mejor flujo de trabajo al revisar y corregir documentos.

Y hay muchos proyectos para desarrollos conjuntos en América Latina, como por ejemplo el que recientemente informaron Cariola, destacada firma chilena, y Cognitiva, un socio de IBM⁸⁴.

Otros cambios: la tecnología blockchain (cadena de bloques) también asombra y genera inusitado interés por el positivo impacto que puede tener en la profesión.

“La tecnología blockchain es una base de datos descentralizada que almacena registros - contabilidad digital- de activos y transacciones a través de una red peer-to-peer (entre pares). Es decir, es un registro público en el cual se consigna quién posee qué y quién tramita qué. Las transacciones se protegen a través de criptografía y, con el tiempo, el historial o registro de éstas se almacena en “bloques de datos”, que se enlazan entre sí y se replican en cada computadora que utiliza la red, creando un registro inmutable e imborrable de todas las actividades efectuadas a través de la red de blockchain”⁸⁵.

Otros síntomas son las nuevas formas de provisión de los servicios legales y la comunicación con el cliente (aquí simplemente lo enuncio pues lo profundizo en el apartado 4 más adelante).

Una es la tendencia conocida como Legal Design gracias a la labor del Legal Design Lab de Stanford, creado entre las Escuelas de Derecho y la de Diseño es hoy un líder mundial en el tema. En Europa, recientemente en 2019, Houthoff, la importante firma dinamarquesa, ha creado un departamento de Legal Design.

Continuando, hay cambios en la conformación de las organizaciones legales, pues frente al tradicional estudio o firma aparecen empresas de provisión de servicios legales que con nuevas fórmulas han captado interés y provocado debate en los últimos años. Una de ellas dice que “hace algún tiempo, varias empresas estamos abocados a estructurar compañías de servicios legales para la economía del futuro, lo que implica, siempre en su concepto, destruir mitos e impulsar la evolución de una industria arraigada en el pasado”.

Otro ejemplo, Riverview Law: la adquisición de esta empresa en 2018 por parte de EY -Ernst and Young, la gigantesca auditora mundial (en una operación que se estima superior a los diez millones de libras)- ha vuelto a poner el foco sobre esta nueva forma de entender la abogacía de los negocios, ha revolucionado el mundo: hay una confrontación entre lo que se denomina New Law que desafía al Big Law.

¿Qué es una firma New Law? “En tiempos de turbulencia, el mayor peligro pasa por actuar con la lógica de ayer”; detrás de la frase del profesor Peter F. Drucker, podemos vislumbrar el punto de partida de las firmas New Law. Porque en los últimos años, a una velocidad vertiginosa, el mundo de la abogacía de los negocios se ha transformado hasta convertirse en (casi) irreconocible. Dentro del sector legal, en estos momentos impera la globalización de los mercados y de los servicios legales, junto al desarrollo tecnológico y una competitividad inédita. Es un hecho: las reglas del juego han cambiado para los despachos. Ante este nuevo entorno altamente exigente, las firmas „New Law“ suponen una alternativa flexible al rígido modelo de negocio de los despachos Big Law. El consultor y analista legal Jordan Furlong ha definido esta nueva forma de proporcionar servicios jurídicos de la siguiente manera: “El concepto de „New Law“ responde a cualquier modelo, proceso o herramientas que, ya desde su concepción, persiguen obtener un acercamiento significativamente distinto a la provisión habitual y tradicional de servicios legales”⁸⁶.

2.2 2020: el impacto del COVID-19⁸⁷

Más recientemente a raíz de la pandemia que azota al mundo cuando esto se escribe, la digitalización ha tomado un impulso irrefrenable. La necesidad tiene cara de hereje, y la tragedia, en este caso, ha obligado a recurrir a lo digital: se han popularizado hasta límites inimaginables las reuniones virtuales: el software existía hace tiempo, pero no era utilizado: la gente optaba por lo presencial.

⁸⁴ En esta misma publicación - Abogados.com.ar - < <https://abogados.com.ar/cariola-y-cognitiva-firman-acuerdo-para-desarrollar-soluciones-de-inteligencia-artificial-en-el-ambito-legal/21820>

⁸⁵ TORRES VARELA, Juan Felipe, “La aplicación de la tecnología „blockchain“ y su impacto en el Derecho”, <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/tic/la-aplicacion-de-la-tecnologia-blockchain-y-su-impacto-en> >

⁸⁶ < <https://gericoassociates.com/new-law-firmas/> >

⁸⁷ Con relación a este tema v. las conclusiones de „Abogados 4.0“ el Foro Tecnológico del colegios de abogados de Madrid < <https://www.eljurista.eu/2020/07/29/resiliencia-transformacion-digital-y-deontologia-profesional-claves-para-afrentar-la-nueva-normalidad-en-el-sector-legal/> >

Otros ejemplos pueden ser la consolidación de la firma digital y de los trámites a distancia. En muchos casos, todo lo que estaba larvado y subutilizado por la renuencia de las personas al cambio, actitud que, entre los abogados, por nuestro carácter conservador, está más marcada, ahora se ha consolidado⁸⁸.

3. IMPLICANCIAS ÉTICAS: LA TECNOLOGÍA

Paso a revisar desde lo ético los cambios que ha producido el impacto de la tecnología. Hablaré sobre el Legaltech, con especial atención de la Inteligencia Artificial (y de las inversiones que se están produciendo en el sector para adquirir y desarrollar tecnología para los servicios legales) y continuaré profundizando cómo las grandes inversiones en tecnología podrían dar lugar a nuevos dilemas éticos. En tanto, en apartado 4, como ya dije, volveré sobre las nuevas formas de proveer los servicios legales y de ejercer la abogacía y su impacto sobre la ética.

3.1 *Ética y Tecnología. El deber de estar capacitado y usarla bien*

La tecnología tiene grandes ventajas, pero a la vez, genera ciertos riesgos, especialmente en lo referido a la ciberseguridad. En lo referente a la ética, en primer lugar, impone una exigente capacitación de los abogados para, no solamente estar actualizado con los cambios a medidas que se van produciendo, sino también para reforzar e invertir, en la misma medida en que se invierte en recursos, en su seguridad. El abogado es responsable de la confidencialidad de la información, de la documentación y de los datos de sus clientes.

En 2013 la ABA incorporó una nueva obligación dentro de lo que denomina "la competencia necesaria para practicar la profesión" de mantenerse al tanto de los beneficios y riesgos que implican la tecnologías relevantes, por lo que los abogados "tecnológicamente-ineptos" deberían tomar nota⁸⁹. El referido agregado a las normas de ética dice que "[para] mantener el conocimiento y la habilidad necesarios, un abogado debe mantenerse al tanto de los cambios en la ley y su práctica, incluidos los beneficios y riesgos asociados con tecnología relevante". Y la Inteligencia Artificial es definitivamente "tecnología relevante". Y se reafirma que es "[la] tecnología de uso general más importante de nuestra era"⁹⁰. Esta es una primera gran obligación ética que implica la nueva abogacía. También habrán de estar muy capacitados personal y tecnológicamente para las etapas del *discovery* de la producción de las pruebas, y, en general, para todas las posibilidades que la tecnología ofrece a la abogacía.

Una cuestión importante de las obligaciones de los abogados radica en entender cómo funcionan estos sistemas inteligentes, por supuesto que no para convertirse en programadores, pero si, como mínimo para conocer, por un lado, todas las posibilidades que tienen para su buen uso, pero por el otro lado, y más importante aún, conocer las limitaciones que tienen. Recurrir a sistemas expertos en la búsqueda de jurisprudencia, no les releva, como se ha dicho, del deber de revisar los resultados y suplir los eventuales errores que podrían cometerse por la omisión de un antecedente importante. Así se deduce que la AI incrementa, pero no reemplaza ni sustituye, el trabajo del abogado.

3.2 *Ética y Tecnología: Inteligencia Artificial*

Como había anticipado en 1992, la Inteligencia Artificial plantea innumerables dilemas éticos antes impensados. Un trabajo muy completo sobre sus implicancias⁹¹ está dedicado a los funcionarios públicos que como los jueces, recurren a la AI para aplicar la ley, aunque también se refiere a su uso por los abogados. Lo que queda claro, para unos y otros, es que el recurrir a estos sistemas inteligentes no releva a

⁸⁸ En España se ha desatado una controversia ética por las firmas de abogados, grandes y chicas que han abierto sitios para convocar a las víctimas del COVID-19 para demandar al Estado español.

⁸⁹ Ethical Implications of Emergent Technologies Technologically-inept attorneys should take note. In 2013, the American Bar Association (ABA) approved a new resolution, incorporating technological proficiency as a core requirement for competent representation. The ABA Model Rules make clear that as attorneys, we owe clients a duty of competence. See ABA Model Rule 1.1 ("A lawyer shall provide competent representation to a client. Competent representation requires the legal knowledge, skill, thoroughness and preparation reasonably necessary for the representation.") While this is nothing new, being required to keep pace with a rapidly-changing technological landscape certainly is. As now set forth in Comment 8 to the ABA's Model Rule 1.1: "To maintain the requisite knowledge and skill, a lawyer should keep abreast of changes in the law and its practice, including the benefits and risks associated with relevant technology, engage in continuing study and education and comply with all continuing legal education requirements to which the lawyer is subject." (Emphasis added). <http://www.newyorklegalethics.com/ethical-implications-of-emergent-technologies/> To date, at least 25 states have adopted the American Bar Association's language on technological competency in their own ethical rules. New York's State Bar Association approved a similar change to its comments to New York Rule of Professional Conduct (RPC) 1.1 on March 28, 2015, but opted to clarify the duty. Per the Comment 8 to RPC 1.1, a New York attorney should: "keep abreast of the benefits and risks associated with technology the lawyer uses to provide services to clients or to store or transmit confidential information."

⁹⁰ V. Erik Brynjolfsson y Andrew McAfee en un art. de portada para Harvard Business Review, la IA es "la tecnología de uso general más importante de nuestra era", cit por Davit Lat en su The ethical implication of artificial intelligence" < <https://abovethelaw.com/law2020/the-ethical-implications-of-artificial-intelligence/?rf=1>

⁹¹ Surden, Harry, Ethics of AI in Law, Basic Questions, en la obra The Oxford Handbook in Ethics and AI, Cap. 38)

los jueces y abogados de los deberes y responsabilidades de supervisión que tienen, de la misma manera en que cuando delegan ciertas actividades en abogados juniors o paralegales, ello no les releva de tales obligaciones. Tampoco están relevados de los deberes de confidencialidad y de ahí las precauciones que deben tomar sobre la seguridad de la información y de sus propios sistemas.

Al respecto, debe recordarse que ya se está hablando de jueces robots. “Estonia no es el primer país en unificar la inteligencia artificial y la ley, aunque sí podría ser el primero en darle autoridad para tomar decisiones. En los Estados Unidos, por ejemplo, los algoritmos ayudan a recomendar sentencias penales en algunos estados. Y la inteligencia artificial también puede ser usada para mecanizar y abaratar el acceso del público a los servicios legales. Podemos referirnos a los sistemas llamados chatbots⁹² (evacuadores inteligentes de consultas, chat de charla y bot abreviatura de robot) o a los sistemas que expiden automáticamente instrumentos legales sin intervención humana”⁹³.

“(…) Estos chatbots pueden ser muy útiles para los consumidores, especialmente para aquellos que no pueden pagar el alto costo de contratar a un abogado, y podrían ayudar a cerrar la enorme „brecha de justicia“ que existe tanto en los Estados Unidos como en todo el mundo. Pero plantean el problema de la práctica no autorizada de la ley, especialmente si el chatbot u otra herramienta es creada o mantenida por un abogado (…)”⁹⁴.

Un caso muy conocido es el del chatbot impulsado por DoNotPay, con sede en Reino Unido, que ayudó a anular 160,000 multas de aparcamiento en Londres y Nueva York en los últimos años⁹⁵. Pero todo esto tiene sus limitaciones, y los abogados que intervienen en su preparación y que lucran con su uso, no quedan liberados de sus responsabilidades, y de formular las debidas advertencias.

3.3 Las inversiones en tecnología que desigualan, y sus implicancias éticas

De acuerdo con lo que había vaticinado en 1992 las inversiones en tecnología cambiarán la profesión, su espíritu, y pueden generar nuevos problemas éticos. Por un lado, las grandes inversiones se hacen para ganar mercados, para ganar clientes y supuestamente para abaratar los servicios. Los abogados que no quieran o no puedan hacer esas inversiones quedarán descolocados. En parte podrán quedar en situación desigual para competir, tendrán que ofrecer servicios más caros, quizás más artesanales y humanos, pero difícilmente al mismo costo. Y tendrán que pensar que el mayor costo quede efectivamente compensado con un mejor servicio.

Sabrán además que estarán privando a sus clientes de herramental tecnológico de punta en forma similar a lo que les habrá pasado a los médicos con los grandes adelantos técnicos que se verificaron hacia fines del siglo XX, cuando se suplía la revisión personal y profunda del clínico y del especialista, por ejemplo, con una tomografía.

Aquellos que han invertido podrán prometer maravillas, pero ¿usarán la tecnología bajo la atenta supervisión y constante mejoramiento humano?

Finalmente, en el apartado 2, anticipé las inversiones y movimientos que se están produciendo en las organizaciones legales (y de las auditoras) del mundo para mejorar o establecer nuevos parámetros para las organizaciones legales. Esto también confirma mis predicciones de 1992. En lo que hace a la ética profesional, estas inversiones multimillonarias crearán diferencias entre los abogados, les obligarán en parte a doblegarse ante los grandes estudios, o deberán resignarse a prestar los servicios legales en la forma más tradicional, más artesanal, seguramente en forma más humanizada, pero también probablemente de menor calidad y más cara.

Como vemos, nuestra profesión -tal como la conocíamos hasta ahora- está amenazada. Por un lado, la tecnología que tanto nos promete y que, al mismo tiempo, tanto nos puede afectar y, por otro lado, las nuevas formas de practicar la profesión, y las inversiones en tecnología que pueden establecer grandes diferencias entre los abogados.

En aquel trabajo de 2019 decía que “Es claro entonces que no veo atacado por las tecnologías el core de la profesión (en todo caso hoy hay riesgos más grandes)”, pero ahora, reflexionando con panorama más amplio que el de la tecnología, como son las nuevas formas para la provisión de servicios legales (que por cierto tienen mucho que ver con la tecnología) concluyo que se están socavando las bases mismas de la profesión.

⁹² V. Wikipedia: “Un bot de charla o bot conversacional (en inglés, chatbot) es un programa que simula mantener una conversación con una persona al proveer respuestas automáticas a entradas hechas por el usuario. Habitualmente, la conversación se establece mediante texto, aunque también hay modelos que disponen de una interfaz de usuario multimedia. Más recientemente, algunos comienzan a utilizar programas conversores de texto a sonido (CTV), dotándolo de mayor realismo a la interacción con el usuario. < https://es.wikipedia.org/wiki/Bot_conversacional >.”

⁹³ Hin Han Shum, en su @A right to call my lawyer’s chatbot@ <https://www.ibanet.org/Article/NewDetail.aspx?ArticleUid=6BD11E3F-2737-4D83-9932-C8547EC3A4D6>>.

⁹⁴ V. trabajo citado.

⁹⁵ <https://www.thetechnolawgist.com/2019/06/12/estonia-se-prepara-para-tener-jueces-robot-basados-en-inteligencia-artificial/>

Hay preocupación en las organizaciones de la abogacía como la IBA, o la ABA, pero en otros ámbitos no se advierte -al menos con la importancia que merece- la importancia de los problemas éticos que se generan. Por ejemplo, en un informe compartido entre BCG (Boston Consulting Group) y la Bucerus Law School, la facultad de Derecho privada más importante de Alemania, referido a “Como la tecnología cambiará el negocio de la abogacía”, la palabra ética profesional no se mencionan ni una sola vez⁹⁶.

4. LAS IMPLICANCIAS ÉTICAS: CAMBIOS EN LAS ORGANIZACIONES

De todo lo que se ha analizado lo más conflictivo, seguramente, proviene de las nuevas formas de proveer servicios legales.

4.1 *La ética y los cambios en las organizaciones y en la forma de ejercer la abogacía*

De una profesión o servicio que era personal a principios del siglo XX prácticamente en todo el mundo, en un siglo cambió drásticamente. De lo personal se pasó al trabajo en equipo, y de ésta a las grandes organizaciones.

Comenté que durante los ‘80 y específicamente en los ‘90 del siglo XX, se produjo una revolución en la provisión de los servicios legales. Ello, en buena parte, por la presión que las grandes auditorías mundiales que querían aprovechar una tajada de los servicios legales y en parte también por las Comisiones reguladoras, que veían en forma desfavorable el monopolio de los abogados, y un eventual perjuicio al público por la falta de competencia real.

Así, en 2007 la Legal Service Act que se dicta para Inglaterra y Gales comienza admitir formas hasta entonces prohibidas o miradas con disfavor como la asociación abogados con no abogados, la propiedad o inversión de no abogados en firmas legales y aún la presentación en bolsa y apertura al público de los servicios legales.

En 2012 se autorizan estas modalidades en los Estados Unidos para la ciudad de Washington DC y para el estado de Washington⁹⁷. En Italia, para citar un caso de la Comunidad Europea, se introduce en la ley del Presupuesto de 2011, art. 10⁹⁸, varias disposiciones respecto a la sociedad entre profesionales (STP Società Tra Professionisti) que, en lo que respecta a los abogados admite las sociedades con no abogados, entre otras disposiciones que liberan el ejercicio profesional¹⁰¹.

Naturalmente que de una profesión dedicada (al menos en la teoría) al servicio de la justicia, parecería que se ha transformado en un negocio que no se distingue de otros servicios. Esto naturalmente impacta.

Al mismo tiempo, si el monopolio de los abogados podría afectar al consumidor en tanto el servicio no está sometido a una competencia más abierta (y no alcanza la calidad que tal competencia supuestamente lograría) tiene sentido el levantamiento de muchas restricciones para el ejercicio profesional que las barreras de protección que las corporaciones de abogados establecen en su propio beneficio, con el pretexto de defender a la profesión.

Hay temas como el secreto profesional que puede ser afectado cuando los intereses o los problemas personales, familiares o comerciales quedan expuestos en organizaciones de un tamaño que hace difícil preservarlos.

Los conflictos de intereses pueden ser mucho más frecuentes. En este caso, sin embargo, considerando las graves sanciones a que pueden recibir, hay un gran cuidado entre las grandes organizaciones.

La cuestión ha llegado al extremo de pensar en organizaciones constituidas por empresarios no necesariamente abogados, que se fundan para proveer servicios legales, o solos o combinados con otros servicios (médicos, seguros, etc.).

“El New Law implica cualquier modelo, proceso o herramienta que representa un enfoque significativamente diferente en la creación o prestación de servicios legales a los tradicionalmente empleados” dice el especialista Jordan Furlong; “(...) La tecnología, como una de las impulsoras de esta „forma diferente” o innovadora de la que nos habla Furlong, ha generado y facilitado: nuevos modelos de negocio basados en el Legaltech, nuevas estructuras como las ALBS (Alternative Legal Business Structures) o, más sencillamente, ABS (Alternative Business Structures), estructuras líquidas basadas en los “Supertemp” (profesionales/directivos que han sido formados en las mejores escuelas

⁹⁶ How Legal Technology Will Change the Business of Law \ <http://media-publications.bcg.com/How-legal-tech-will-change-business-of-law.pdf>

⁹⁷ HO, Catherine, en “Can someone who is not a lawyer own part of a law firm? In D.C., yes” https://www.washingtonpost.com/business/capitalbusiness/can-someone-who-is-not-a-lawyer-own-part-of-a-law-firm-in-dc-yes/2012/04/06/gIQAnrvd4S_story.html

⁹⁸ <https://www.gazzettaufficiale.it/gunewsletter/dettaglio.jsp?service=1&datagu=2011-11-14&task=dettaglio&numgu=265&redaz=011G0234&tmstp=1321432013426>

¹⁰¹ V.el interessante studio critico de Danovi, Remo en Norme deontologiche e responsabilità disciplinare nelle società professionali / https://www.pv.camcom.it/files/TutelaMercato/Conciliazione/ConvegnoIsdaci27_11_13/DANOVI.pdf

de negocios y han trabajado en las principales firmas, pero que han escogido una carrera laboral independiente de cualquier organización tradicional), el LIM (Legal Interim Management) o el LPO (Legal Process Outsourcing) (...) entre otros. Hasta ahora, la aplicación de la tecnología en el sector jurídico se ha centrado en líneas generales en la optimización de los flujos de trabajo, en la generación una mayor transparencia con el cliente, en la reducción de costes y la automatización de ciertas tareas sin valor añadido que disminuyan los tiempos y el esfuerzo necesarios para producir y prestar servicios legales (...)"¹⁰².

4.2 De profesión a un negocio y a una industria (pros y contras)

En la Argentina continuamos hablando de la profesión de abogado en tanto, en los países más desarrollados, desde hace mucho tiempo se habla, sin rubor, del legal business y, más recientemente, de la legal industry. Al margen de la opinión de que cada uno tenga sobre sí conviene seguir hablando de una profesión, tenemos que ir a lo profundo, a los pros y contras de cada contexto. Por un lado, la posibilidad de facilitar el acceso a de la mayor cantidad de gente a los servicios legales es un objetivo virtuoso, que debe ser aprobado. Ahora bien, si eso ocurre al costo de que la abogacía pierda los valores que debería tener, entonces el cambio sería más cuestionable.

Es cierto, por otro lado, que la forma tradicional de brindar los servicios legales es demasiado artesanal, demasiado cara, y no siempre de la calidad que debería tener como para justificar el monopolio que ejerce sobre todo en lo referido al acceso a la justicia.

Pero en el afán de masificar los servicios debe siempre resguardarse los valores más positivos de la profesión.

Si consideramos a la abogacía como un negocio, o una actividad sobre la que se pueda basar una industria, nos llevaría a sacrificar valores como la lealtad al cliente, la personalización, la valoración de cada situación y colocar al lucro por encima de todo.

Aquí cabe la primera gran diferencia: en la profesión lo primero el alcanzar la justicia, lograr la composición de los intereses contrapuestos es -como diría Lincoln- la oportunidad del abogado de ser un mejor hombre; si lo consideramos un negocio es obvio que el lucro estará en primer lugar, pues nadie podría concebir un negocio o una industria en el que el lucro no sea su objetivo.

En síntesis, desde esta cuestión semántica ya podemos advertir que no es algo simplemente adjetivo, sino que penetra en el core de la profesión.

Naturalmente que las nuevas formas „societarias“ para proveer servicios legales generan enormes beneficios que éstos a su vez, se vuelcan en inversiones multimillonarias en tecnología que se supone revertirán sobre la empresa y sobre el público. Las inversiones a las que me referí que se están haciendo en startups legales, en empresas de tecnología, y en desarrollos jamás podrían ser afrontadas por los estudios tradicionales, por más grandes que sean.

4.3 Las ABS

Las ABS (Alternate Business Structures) es una referencia genérica a cualquier forma de modelo comercial a través del cual se prestan servicios legales en forma diferente del modelo estándar de propiedad única o sociedad. ABS puede incluir la propiedad de estudios de abogados por personas que no son abogadas, firmas de abogados que cotizan en bolsa, inversión externa o cualquier otra forma innovadora de ofrecer servicios legales fuera del modelo tradicional de bufete. Hasta la fecha se han identificado al menos cuatro modelos de ABS diferentes:

(a) Entidad de servicios legales que proporciona servicios legales solo en los que las personas que no son abogados con licencia poseen un interés minoritario en la entidad;

(b) Entidad de servicios legales que proporciona servicios legales únicamente en la que no existen restricciones sobre la propiedad de personas que no son abogados;

(c) Entidad comercial que proporciona servicios legales y no legales en los que personas que no son abogados poseen una participación minoritaria en la entidad; y

(d) Entidad comercial que proporciona servicios legales y no legales en los que no existen restricciones sobre la propiedad de personas que no son abogados¹⁰³.

Dentro de los dilemas que plantean las nuevas formas de proveer los servicios legales, y de las organizaciones a las que se recurre, hay un punto especial que se refiere en particular, a las organizaciones que asocian a abogados con no abogados,

¹⁰² <https://www.abogacia.es/2018/09/03/new-law-nueva-cultura-y-tecnologia-en-las-firmas-de-abogados/>

¹⁰³ NOBC, Alternative Business Structures Frequently Asked Questions. ABS *Alternative business structures for law firms ABS can include non-legal ownership of law firms, publicly traded law firms, external investment, or any other innovative way to offer legal services outside of the traditional partnership firm model. (4) Business entity providing legal and non-legal services in which there are no restrictions on non-lawyer ownership. / Are legal services an essential business? Access to lawyers and legal services is not considered essential by CISA, even though financial services are. However, several states have taken their own approach on whether law firms provide essential or non-essential services. 27 mar. 2020.*

con otros profesionales o hasta con personas sin títulos universitarios que agregan valor. Inclusive organizaciones que prestan servicios legales cuyos dueños no son abogados¹⁰⁶.

Hay muchos estudios sobre el tema. Entre éstas elijo un blog no oficial del Vermont Bar Counsel de los Estados Unidos por la capacidad de síntesis y la claridad de conceptos. El post se refiere al informe producido por la Commission on the Future of the Legal Profession de la ABA, la máxima autoridad de los abogados de los EE. UU: y dice:

“(…) El documento temático comienza respondiendo a esta pregunta: ¿qué es una estructura empresarial alternativa? La respuesta: un ABS es cualquier modelo de negocio para la prestación de servicios legales que actualmente está prohibido por las reglas de ética. A continuación, el documento identifica las tres características principales que diferencian a ABS de los estudios de abogados tradicionales: su propiedad de no abogados, la inversión en ellas por no abogados, y la práctica multidisciplinaria en conjunto. A partir de ahí, el documento enumera las jurisdicciones que permiten ABS de una forma u otra: D.C. y el estado de Washington, Australia, Inglaterra y Gales¹⁰⁷, Varios otros países europeos, Singapur y Quebec, Ontario y Columbia Británica (en Canadá). Finalmente, el documento sintetiza los principales argumentos a favor y en contra de ABS. En favor del ABS, mayor acceso a servicios legales, flexibilidad financiera mejorada para bufetes de abogados, flexibilidad operativa mejorada para bufetes de abogados, mejor rentabilidad y calidad de los servicios. Y como argumentos en contra de las ABS dice que, amenazan a los valores fundamentales y la independencia profesional de los abogados, afectará el trabajo pro bono, amenaza el privilegio abogado-cliente, y los beneficios prometidos podrían no producirse (…)”

El autor finalmente se pronuncia en contra, apelando a la norma 5,3 de las Reglas de Ética profesional, y ve cómo imposible la práctica de la ABS en tanto esta subsista. Así dice:

“(…) La regla es la regla. Prohíbe a los abogados: compartir honorarios con no abogados; formar una sociedad con un no abogado si alguna de las actividades de la sociedad incluye el ejercicio de la abogacía; ejercer en una corporación o asociación profesional en la que un no abogado tiene un interés de propiedad; ejercer en una corporación o asociación profesional en la que un no abogado es director, funcionario o en un puesto de responsabilidad similar; o ejercer en una corporación o asociación profesional en la que un no abogado dirige o controla el juicio profesional de un abogado (…)”¹⁰⁸.

4.4 Los fines de la profesión

Creo que el quid de la cuestión reside en lo que antes me refería relativo a cuáles son los fines de la profesión. Si esto es así, se advertirá que jamás podrá resultar una organización que mezcle referentes que tienen distintos objetivos, los abogados, alcanzar la justicia y los no abogados, el fin de lucro¹⁰⁹.

No puede haber affectio societatis en este tipo de organización, y, lo que se verá (como pronosticaba aquél directivo de la ABA) es que prevalecerá el fin de lucro y no, los valores de la abogacía.

Pensemos en un estudio de abogados que pretende cotizar en bolsa (en Australia ya había tres). ¿Cómo va a tener un mínimo éxito una „empresa“ cuyo propósito principal no es el del lucro? Y de alguna forma el que así lo proponga y no lo plantee a los inversionistas los estará defraudando. Así, la decisión misma de salir a la bolsa de „comercio“ comienza a desnaturalizar a la firma que lo resuelve.

La regla de no compartir honorarios con no abogados, por supuesto, debe ser olímpicamente ignorada, pues no tendría sentido en una organización del tipo de las que estamos hablando.

¿Y qué pasa con una organización destinada a prestar servicios legales cuyos dueños no son abogados? Esto ya ha ocurrido en los estudios que fueron comprados por las grandes auditoras, donde hasta no había abogados en los directorios. ¿En qué medida el dueño no va a pasar a intervenir en las decisiones profesionales que toman sus empleados?

Una de las obligaciones del abogado es aconsejar al cliente las soluciones mejores en resultados y en costos. Muchas veces eso conspira contra sus propios intereses. Pero en una organización comercial eso sería inaceptable.

¹⁰⁶ V. Catherine Ho April 8, 2012 Washington Post, “Can someone who is not a lawyer own part of a law firm? In D.C., yes”, https://www.washingtonpost.com/business/capitalbusiness/can-someone-who-is-not-a-lawyer-own-part-of-a-law-firm-in-dc-yes/2012/04/06/gIQAnrvd4S_story.html

¹⁰⁷ The Legal Services Act of 2007.

¹⁰⁸ <https://vtbarcounsel.wordpress.com/2016/05/20/what-is-abs-and-who-allows-it/#:~:text=As%201%20mentioned%20yesterday%2C%20the.The%20rule%20is%20the%20rule>

¹⁰⁹ V. Valls Carlos IBA Co chair Professional Ethics Committee en su “Business ethics, professional ethics, or specific ethics according to activity of lawyer in law firm: distinctions & priorities” < <https://www.ibanet.org/Article/NewDetail.aspx?ArticleUid=B6E79352-4B09-4936-8381-7CE11731178D>>.

Pensemos en un vendedor de autos que le vende al comprador no el vehículo que necesita sino el más caro, el que le deja más ganancias. En la ética de ventas nadie lo cuestionaría, por el contrario, le darían premios a la „productividad“. Pero cuando alguien va a hacer una transacción a una agencia de autos sabe lo que puede esperar de un vendedor. En cambio, cuando alguien va a ver a su abogado tiene derecho a esperar de éste que le recomiende la mejor solución, no la que más réditos le deje. Lo mismo ocurre con la medicina.

Adviértase que ya el debate en el mundo ha superado estas cuestiones. Las Big Law ahora aparecen amenazadas por el New Law, nuevas empresas que no se consideran estudios de abogados, sino que incluyen entre el conglomerado de servicios los legales. Si las primeras tenían algunos pruritos, tales pruritos en las segundas ni existen.

4.5 Firmas legales cotizando en la bolsa de comercio

Vuelvo sobre los estudios que cotizan en bolsa. Cuando la firma australiana Slater & Gordon salió a la bolsa en 2007, muchos consideraron que el mercado legal mundial había cambiado para siempre. Al respecto remito a dos trabajos, uno publicado en *Canadian Lawyer*¹¹⁰ y otro es un comentario de un prestigioso profesor de la Universidad de Illinois, Larry I. Ribstein¹¹¹. El primero, bastante más frontal que el segundo, quien se plantea algo así como “¿y por qué no?”. En este último caso lo ve como una forma de blanquear una situación, reconociendo que definitivamente la profesión como lo que realmente es en la actualidad, un negocio. Termina con una ironía, respecto a los que se quejan por los altos honorarios que se cobran, lo que podrían balancear, comprando acciones de los estudios.

“(…) ¿Deberíamos preocuparnos por algo de esto? ¿Qué hay de malo en que los bufetes de abogados abandonen el modelo de asociación tradicional y se conviertan en empresas públicas como Shoppers Drug Mart o Rothmans Inc.? Larry Ribstein, profesor de Derecho de la Universidad de Illinois, en la revista en línea America.com, plantea la pregunta de esta manera: “¿Puede la sociedad permitirse que los abogados se vendan al mejor postor? ¿No deberían los abogados mantenerse separados como profesión, manteniendo la presunción de que trabajan para la mejora del cliente en lugar de hacerlo directamente o ellos mismos? La respuesta de Ribstein es que vender está bien: “Creo que los bufetes de abogados ya han cruzado esa línea. Un beneficio de las firmas de abogados que cotizan en bolsa es que esto dificultaría que los abogados y las firmas de abogados negaran que realmente son negocios...”

La firma australiana publicó una declaración consignando el orden de prioridades que mantendría aun saliendo a la bolsa, primero con la justicia, luego con sus clientes, y en tercer término con sus accionistas. Pero esto me parece que es pour la galerie, que se acabará cuando una mayoría no abogados tome el control de la empresa. En este sentido y con similares conclusiones ver el interesante estudio de Remo Danoniv referido a las SPT italianas¹¹².

5. Otras conclusiones

5.1 La dilución de los límites territoriales¹¹³

La posibilidad de ejercer la abogacía desde un lugar físico con consecuencias o resultados a producirse en cualquier punto del mundo presenta una situación peculiar en cuanto a la forma de ejercer y en cuando a las normas éticas y controles disciplinarios a los que queda sometido. Es cierto que el teléfono desde décadas permitía algo parecido, pero en verdad, era algo inusual, infrecuente y peculiar, todo lo contrario, a lo que es ahora. En general las normas éticas son bastante uniformes salvo en algunos aspectos (el pacto de cuota litis, aceptado como legal en algunas jurisdicciones y rechazado en otras). Estos son efectivamente nuevos dilemas éticos que plantean los cambios relatados.

5.2 Una profesión amenazada: menos o más oportunidades y el desafío de mantener los valores éticos

Hay versiones alarmistas que hablan de una profesión „amenazada“ hasta la extinción por las nuevas tecnologías, pero, frente a esto, recuerdo que en el mundo siempre atemorizaron las tecnologías y los cambios. Un ejemplo trillado es el referido a los movimientos luditas del siglo XVIII ante la aparición de los telares programables. Y aunque se escribe mucho sobre la probable desaparición de oportunidades y aun de la misma profesión, muchos otros, como Clifford Chance, ven en las tecnologías de la información y las

¹¹⁰ <https://www.canadianlawyermag.com/news/opinion/ethics/267192>

¹¹¹ <https://www.aei.org/articles/want-to-own-a-law-firm/>

¹¹² Danovi, Remo en Norme deontologiche e responsabilità disciplinare nelle società professionali <
https://www.pv.camcom.it/files/TutelaMercato/Conciliazione/ConvegnoIstdaci27_11_13/DANOVI.pdf >

¹¹³ V. cita nota 4.

comunicaciones nuevas y muy brillantes oportunidades para los abogados. Muchos ven oportunidades en las crisis, y aún más: ven a las crisis en forma positiva. La tesis es simple: la proliferación de nuevas empresas en todos los campos de la industria, de la provisión de servicios, de las investigaciones, de la agricultura genera muchísimo trabajo para aquellos abogados que con conocimiento técnicos puedan acompañarlas en su evolución. El caso de Mercado Libre en Argentina y América Latina es un buen ejemplo.

El panorama y los síntomas relatados muestran una profesión impactada por las tecnologías en todos sus aspectos, en su formación, en el lugar de trabajo, en la forma como se prestan los servicios, pero, así como amenaza, también debe verse como oportunidad para renovarse y resurgir pujante ante los cambios.

Hay dos conclusiones claras: todo el trabajo repetitivo en la abogacía será eliminado y, segundo, que quien se aferre a lo antiguo y no quiera cambiar está en riesgo. Pero esto no lo generan las tecnologías sino su resistencia mental a que el mundo cambie. Y la realidad será generosa con quienes vean en esto como una oportunidad. Un ejemplo: las herramientas eléctricas para los trabajos manuales permitieron al hombre común realizar por sí determinados trabajos, pero a la vez posibilitaron a los profesionales multiplicar y expandir sus servicios en forma exponencial.

Empero, y aquí una nueva contradicción, en tanto las nuevas tecnologías prometen acelerar, hacer más eficiente, producir más y mejores resultados, y -advertidos de ellos- las grandes organizaciones están produciendo grandes inversiones, naturalmente ellas crearán una brecha entre los profesionales que acceden a ellas y los que no lo pueden hacer.

5.3 *La masificación y la situación en la Argentina*

Las modalidades que impone la nueva abogacía se entrecruzan con la masificación de la profesión. La carrera de abogacía explota por todos lados. Y si tenemos en cuenta que el trabajo más normal, repetitivo, puede ser sustituido con ventajas por la tecnología, queda claro que se necesitarán menos abogados en el mundo. La situación en la Argentina, en este aspecto, es anormal. En un país en contracción económica, que no crece desde hace diez años es normal que se requiera menos trabajo legal. Y sin embargo vemos que la matrícula crece constantemente. Ya comenté que los datos del informe La abogacía en la Argentina del Ministerio de Justicia de 2018, informaban que en un período de 10 años (2004/2014) habían egresado de nuestras facultades de Derecho, nada menos que 120.000 abogados. En la ciudad de Buenos Aires se estiman unos 130.000 abogados (de los que 80.000 o 90.000 abonan la matrícula profesional), es decir, un abogado cada veintitrés habitantes. Surge que la Argentina tiene tantos abogados como en España (rondan en los 150.000) para una población menor y un país menos desarrollado. La relación entre masificación, pauperización y dramas éticos ha sido bien explicada por Calamandrei hace cien años. Entonces los viejos dilemas éticos se suman a los nuevos.

5.4 *Un nuevo tipo profesional, una nueva profesión entre la abogacía y el comercio o la económica +administración - Una nueva educación legal*

Finalmente, en aquella conferencia de 1992 arriesgué una predicción que no dejó convencidos a muchos, relativo a que podría aparecer una nueva profesión entre el Derecho y los negocios, con profesionales expertos en Derecho, pero a la vez en administración, y economía. Decía entonces:

“(…)Un nuevo tipo profesional que emerge [i] La realidad económica Un rol muy importante que cumplen actualmente los abogados es facilitar el comercio. La realidad económica se ha ido imponiendo en las últimas décadas y la modalidad de abogados asesores que se han ido especializando más y más en el mundo de los negocios y de la economía, conformando un tipo profesional que -si en las primeras décadas del siglo existió- lo era por excepción y recién aparece en las últimas etapas de una carrera profesional. En algunos países, como Francia, a los llamados 'abogados de negocios' se los miraba despectivamente, pero en las últimas décadas esto ha cambiado. Todo esto tiene también relación con la economía. Hoy también se ven muy tempranas decisiones de egresados de las facultades de Derecho que toman una especialización vinculada al Derecho económico, a partir de la cual en la medida que se alejan del oficio típico de abogar que se les ha enseñado irrumpiendo sin mucha preparación en un mundo de leyes económicas. En fin, la cierto es que el fenómeno de la economía está requiriendo este tipo de profesional (...)”

Creo que es lo que está ocurriendo hoy con los ”abogados” que trabajan en las nuevas empresas de provisión de servicios legales.

Y estando en la fase de edición de esta obra nos llega una nota de prensa de la reunión de la IBA - International Bar Association-, de noviembre de 2020 con un Blueprint on global legal education llevado a cabo por la IBA Commission on the Future of Legal Services en conjunto con la Law Schools Global League (LSGL), con la coordinación de la IE Law School de Madrid, con resultados impactantes resultado de un estudio global, con panoramas por regiones, que seguramente conmoverá la educación legal y formación

profesional en el futuro inmediato, en línea coincidente con mis predicciones: la globalización y la tecnología son impulsores clave de la formación jurídica, según una investigación de la IBA y la LSGL.¹¹⁴

Entre los principales desafíos se encuentran: la globalización, señalada como la tendencia principal en la formación jurídica (las facultades de Derecho se limitan a incorporar solo algunos componentes de carácter internacional, sin acometer una remodelación completa para lograr la plena internacionalización), la diversidad en todas sus formas y la pandemia del COVID-19.

6. CIERRE

Efectivamente la nueva abogacía da origen a nuevos dilemas éticos.

Recordé antes que un alto dirigente internacional de la abogacía predecía hace ya tres décadas que la profesión enfrentaba dos desafíos: en los países subdesarrollados deberá enfatizar el correcto balance entre el orden y la libertad; en los industrializados deberá resistir las presiones económicas que amenazan con convertirla en una mera empresa económica olvidando el histórico rol antes señalado¹¹⁵.

Creo que es lo que estamos viendo hoy. Frente a los naturales esfuerzos de las instituciones y organismos que se preocupan por el consumidor para mejorar y abaratar el acceso a la justicia, aparecen reacciones negativas para la profesión, frente al incontenible avance de la tecnología en el campo legal, más otros desafíos que deben evaluarse y recibir mucha atención.

En todos los casos no creo que haya que poner esfuerzos en contener lo nuevo; veo más bien una acción destinada a “surfearlos”, acompañarlos y trabajar para su desarrollo en beneficio de las personas, aun relegando eventuales riesgos para las posiciones consolidadas y los privilegios de la profesión, con un esfuerzo para que la misma siga buscando como ideal el respeto por los altos valores éticos.

No sé dónde está la solución, no sé si en este caso el punto medio sea el ideal. Habrá quizás aparecido aquella nueva profesión que pronostiqué entre el Derecho y la economía, y tendremos en las empresas del new law este nuevo tipo de profesional, llamado abogados, pero que en verdad no lo sean, porque no estarán sujetos a sus normas éticas. Ello no será ni bueno ni malo, siempre que no se los consideren abogados, es decir los que tienen que cumplir, en su ejercicio, con las estrictas normas deontológicas que identifican a nuestra profesión.

OTRAS INVESTIGACIONES Y TRABAJOS DEL AUTOR SOBRE EL TEMA

1. “La situación de la abogacía en la Capital Federal” JA., 1977-1. pág. 825.
2. “Abogacía y colegiación en la Ciudad de Buenos Aires, LL 1984-D, 1215 (con Enrique V. del Carril).
3. “La educación legal y la formación de abogados en la Argentina”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1984.
4. “La abogacía en los 90”, LL, 1989-D, 1161.
5. “Advocacy training in Argentina and the rest of the world and its possible evolution during the next decade”, La Ley Actualidad, 18/10/88 y hay traducción en la Escuela de Abogacía de Buenos Aires de FORES.
6. “El futuro de la abogacía”, conferencia y paper. Conferencia dictada en ocasión de comenzar los Masters de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, CUDES, 1992.
8. “El Derecho en la Era Digital” en LL 1996-B, 1157.
10. “El mundo después de Internet”, en La Nación, Sección Informática, 17 jun. 96.
12. “El futuro de la Abogacía”, conferencia en la Corporación de Abogados Católicos, 2005.

HORACIO M. LYNCH

Abogado UCA, tiene cincuenta años de ejercicio profesional y casi tantos de actuación en instituciones nacionales e internacionales de la abogacía y de la Justicia. En 1976 fundó y presidió por veinte años, la primera ONG de América Latina sobre la Justicia FORES (Foro de Estudios sobre la Administración de Justicia). Organizó y presidió la Primera y la Segunda Conferencias sobre la Reforma Judicial, (Mar del Plata, 1977 y 1978, y la Primera y Segunda Reuniones de Decanos de Derecho (Buenos Aires, UBA, 1978, y

¹¹⁴ <http://click.mailings-int-bar.org/?qs=60969c523916127d75f8247f21988aa5c8454213ebb5aee2769ca0025ee5c55fb1b88991244e1c584ea5eeb3f85f9a88> -

¹¹⁵ V. nota 5.

Mar del Plata, 1979. Dirigió investigaciones y proyectos sobre la Justicia de organismos nacionales e internacionales. Integró como Presidente de FORES, la comisión directiva del proyecto AID para la Justicia en la Argentina, con representantes de la Corte Suprema y del Ministerio de Justicia. Fue el primer director del Proyecto del Juzgado Modelo (PNUD, Naciones Unidas). Es autor o coautor de más de 10 libros sobre la Justicia, y más de 200 arts. e investigaciones empíricas sobre la Justicia, la Corte Suprema, la seguridad jurídica y economía, la abogacía, la ética profesional. Autor del primer Plan de Reforma Judicial (1979). Colaborador y editorialista de varios periódicos nacionales. lynchhoracio@yahoo.com

Lawyer (UCA), with 50 years of practice and almost the same participating in national and international institutions for advocacy and the Justice system. In 1976 he founded, and then presided over for twenty years, the first Latin American NGO for the justice system FORES (Foro de Estudios sobre la Administración de Justicia). He organized and presided over the First and Second Conferences on Judicial Reform (Mar del Plata, 1977 and 1978), and the First and Second Law School Dean Meetings (Buenos Aires, 1978 and Mar del Plata, 1979). Director or may research projects for both national and international entities. As FORES" president, he acted as board member of AID"s Project for the Argentina Justice System together with representatives of the Supreme Court and the Ministry of Justice. First director of the United Nations" UNPD Model Court Project. He authored or co-authored more tan 10 books and 200 articles on the justice system, the Supreme Court, the rule of Law, Ethics, and Law & Economics. He authored the First Judicial Reform Plan (1979). Contributor of several national newspapers. lynchhoracio@yahoo.com

[\(Ir al INDICE\)](#)

NUEVOS (YA NO TANTO) PARADIGMAS EN LA ABOGACÍA

MARCELO GOBBI

RESUMEN: El autor analiza la necesidad de los abogados y sus organizaciones de responder al impacto de la automatización.

ABSTRACT: *The author examines the need of lawyers and their organizations of responding to the impact of automatization.*

PALABRAS CLAVE: abogado; tecnología; automatización.

KEYWORDS: *lawyers, technology; automatization.*

1. LUGARES COMUNES

La palabra “paradigma” es casi un comodín para comenzar cualquier artículo. Si se combina con una mención de “los albores del siglo veintiuno” (del que ya ha transcurrido, como es evidente, una quinta parte), la fórmula se convierte en un deplorable lugar común. Pero no he podido encontrarle reemplazo y pido disculpas por eso.

Al parecer, un paradigma es el modo como nuestra mente organiza la información sobre determinado asunto para procesarla con menos esfuerzo. Es muy útil porque, por ejemplo, a un abogado le costaría mucho más saber de qué se trata un juicio y en qué etapa se encuentra si la información del expediente estuviera agrupada aleatoriamente, o si le dieran una caja llena de hojas sueltas. El paradigma “organización del expediente según un código procesal y cierta costumbre” permite al idóneo conocer, con apenas un vistazo, si ese proceso está abierto a prueba, o si se ha dictado ya la sentencia y el actor la está ejecutando. Cuando, al contrario, un lego intenta ver un expediente lo aborda como un libro, empieza a leerlo desde la primera hoja y mira con la misma atención algo relevante como la demanda y lo que debería interesarle poco o nada, como el comprobante de pago de alguna tasa del colegio de abogados local, desperdiciando así mucha energía.

Joel Barker explica que los paradigmas también producen el efecto contrario: impiden conocer una realidad que no se acomoda fácilmente a las categorías con que la veníamos administrando. Señala que las personas que más problema tienen para reconocer lo nuevo son aquellas a quienes les ha ido bien con lo viejo: el exitoso por lo general es vencido por un *outsider*, alguien que no tiene el mismo problema. Barker refiere decenas ejemplos de personas muy exitosas en sus respectivos campos que fueron incapaces de arreglárselas cuando cambiaron las circunstancias. Por ejemplo, relata que un gran maestro del ajedrez (no cualquiera que jugara al ajedrez, sino un virtuoso de esa disciplina), luego de mirar unos pocos segundos la posición de las piezas de una partida interrumpida fue capaz de reacomodarlas en las mismas posiciones en otro tablero, pero cuando le pidieron que hiciera lo mismo con piezas ubicadas originalmente sin ningún sentido no pudo recordar casi ninguno de sus lugares.

Aunque la cantidad de información (piezas) y el tiempo que tuvo para memorizarla habían sido los mismos, a su cerebro no le sirvió el paradigma “reglas del ajedrez” para recordar dónde estaban las piezas que alguien había ubicado aleatoriamente. También cuenta que Suiza perdió su liderazgo en la industria relojera cuando los japoneses comenzaron a producir el reloj de cuarzo, que había sido inventado... por un suizo. Los compatriotas del inventor no se interesaron por la novedad, porque a ellos les iba muy bien con engranajes y poleas. Pero, atención, luego de haber sido derrotada por Japón, Suiza se acomodó al nuevo paradigma y consiguió liderar otra industria, no ya la del consumo masivo, sino la de los relojes de lujo¹¹⁶.

Dado que el cerebro es nuestro órgano más holgazán y reacio al cambio, me parece que la abogacía organizada debería revisar sus reglas, incluidas las disciplinarias, porque también podría estar padeciendo de cierta “parálisis paradigmática”. Sólo a modo de ejemplo, en la Argentina un colegio de abogados opinó que son ilícitas las asociaciones entre firmas de abogados extranjeras y nacionales¹¹⁸, y un tribunal prohibió

¹¹⁶ Barker, Joel A., *Paradigms: The Business of Discovering the Future*, HarperBusiness, New York, 2019.

¹¹⁸ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, dictamen de su Asesoría Letrada, <http://www.cpacf.org.ar/noticia.php?id=4500&sec=8>

cauteladamente una aplicación móvil creada por un abogado para que sus clientes lo contrataran y accedieran después a la información sobre su caso¹¹⁹.

2. AUNQUE UNO ESTÉ DORMIDO, AMANECE IGUAL

El británico Richard Susskind repasa los fenómenos que han irrumpido en los servicios jurídicos y que, pronostica, veremos generalizarse de manera no lineal sino exponencial y acelerada.¹²⁰ La abogacía ha comenzado ya a operar mediante deslocalización (la irrelevancia del lugar en que el abogado efectivamente viva), mediante fragmentación de los procesos productivos en distintos equipos en busca de eficiencia y reducción de costos, y mediante la tercerización para aprovechar la especialización y la economía de escala. También crece, y mucho, el uso de plataformas digitales de autogestión, algunas bajo sistemas que aprenden de sí mismos. Susskind pronostica también la generalización de plataformas para que los clientes compartan el activo más valioso que tiene un abogado, la información, y en buena medida “se atiendan solos”, como ya ocurre en varios servicios de atención al cliente. Algunas plataformas han debido enfrentar denuncias por ejercicio ilegal de la abogacía. Es el caso de la norteamericana TIKD, que permite gestionar infracciones de tránsito, y de Legalzoom.com, un servicio automatizado para componer contratos y otros documentos legales en pocos minutos y a un costo despreciable en comparación con los honorarios de los abogados.¹²¹

Suele contar Susskind que todos los abogados con quienes habla aceptan que los servicios profesionales son, cada día más, un *commodity*, que ya es difícil distinguir uno de otro, pero que cada uno cree ser la excepción a esa regla, supone que su especialidad es “artesanal” y que por eso no sufrirá los efectos de la automatización, que sí golpeará a sus vecinos.

Pero los cambios ocurren cuando deben ocurrir. La pandemia de COVID-19 hizo realidad también entre nosotros, aunque con apresuramiento e improvisación, las audiencias y la tramitación del expediente por vía remota, y he conocido a varios abogados que se replantean la necesidad de tener oficinas para reunirse con sus clientes, por lo menos de usarlas todos los días y solamente ellos. Hasta pocos días antes de la crisis, los líderes del sistema dedicaban buena parte de su tiempo a dar las razones por las que nada de eso podía hacerse. Como debieron hacerlo, lo hicieron¹²².

El cuadro de las innovaciones no aparece únicamente en la abogacía del primer mundo, ni se limita a los servicios de las grandes firmas como las que hay poquísimas en nuestra región. Al revés, creo que la automatización es mucho más útil para el cliente que quiere redactar una demanda por daños, un poder, un testamento, un acuerdo de alimentos o un contrato para vender un comercio que para la estructuración de complejos negocios internacionales o para hacer la auditoría legal de una empresa que está en venta. En otras palabras, las plataformas de autogestión y demás herramientas impactarán antes a los abogados cuentapropistas que a las grandes organizaciones.

3. ¿POR QUÉ SERÁ QUE OCURRE ESTO?

Justamente para no caer presa de los paradigmas, conviene atender a lo que han estudiado personas ajenas a la abogacía. Según los investigadores del *Massachusetts Institute of Technology (MIT)* Erik Brynjolfsson y Andrew McAfee¹²⁴, mientras la Revolución Industrial causada por la aparición de la máquina de vapor y del motor a explosión afectó la empleabilidad de los trabajadores manuales y dejó a salvo a los trabajadores intelectuales, la Revolución Digital marca una línea divisoria de aguas diferente: la distinción es ahora entre el trabajo creativo y el trabajo rutinario. No importa si la tarea es compleja o voluminosa, porque si puede descomponerse en miles de microprocesos en sí mismos rutinarios y por ende predecibles puede ser suplida, y lo será, por el software. Los autores dan como ejemplo que el supercomputador de IBM *Deep Blue* venció

¹¹⁹ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, Sala 6ta., 22/5/2019, Colegio de Abogados de Córdoba c/ Gordillo, Diego Germán s/ ordinario (expte. 7029231).

¹²⁰ Susskind, Richard, *The end of lawyers* (2009) y *Tomorrow's lawyers. An introduction to your future* (2013); Londres, Oxford University Press.

¹²¹ <https://www.forbes.com/sites/maryjueffen/2018/05/08/unauthorized-practice-of-law-claims-threaten-access-to-justice/#24a84caf67a5>. La Corte Suprema de Carolina del Norte entendió que el servicio de esta última no implicaba un ejercicio ilegal de la abogacía (<https://nclawyersweekly.com/2014/04/30/s-c-supreme-court-approves-legalzoom-future-of-service-remains-uncertain-in-nc/>) pero la compañía enfrenta demandas en varios estados por lo mismo.

¹²² El sistema de justicia, no obstante, sigue siendo visto por jueces, empleados judiciales y organizaciones de abogados principalmente como un conjunto de edificios adonde concurre gente y no como una organización de servicios que recibe y entrega información creada de manera digital. Por eso les resulta difícil superar los reclamos de mejora de edificios, presupuesto y dotación.

¹²⁴ BRYNJOLFSSON, ERIC Y MCAFEE, ANDREW, *THE SECOND MACHINE AGE: WORK, PROGRESS, AND PROSPERITY IN A TIME OF BRILLIANT TECHNOLOGIES*, NUEVA YORK, W. W. NORTON & Co., 2016.

al ajedrez no a cualquiera sino a Kasparov. En cambio, es poco probable que los programas reemplacen a las personas en las tareas que requieren creatividad¹²⁵.

No parece sensato afirmar que jugar ajedrez como Kasparov (en realidad, mejor que Kasparov) sea más sencillo que hacer una planificación tributaria o que diagnosticar ciertas enfermedades a partir de estudios de laboratorio, todos trabajos intelectuales y no físicos. Tampoco, que haber vencido al ajedrecista sea más sencillo que escribir una demanda por un accidente de tránsito, un alegato o un contrato de compraventa de acciones.

Los autores son optimistas respecto del impacto de la tecnología, pero no desconocen su efecto inmediato sobre el empleo. Aunque la invención del procesador de textos no convirtió en mendigos a quienes vendían o reparaban máquinas de escribir, como tampoco la aparición del automóvil produjo una hambruna entre quienes conducían carruajes, que se convirtieron en choferes, mecánicos, vendedores de repuestos o de seguros (nada de lo cual existía antes), Brynjolfsson y McAfee admiten que la capacitación para hacer otra cosa ocurre a una velocidad menor que la innovación tecnológica. En el corto plazo, entonces, sí hay gente que se queda sin trabajo y, peor, el salario promedio de los que permanecen empleados baja.

Dado que no existe ninguna razón para que la abogacía escape al fenómeno, sorprende que nuestras universidades y nuestras asociaciones profesionales no se ocupen de preparar a los estudiantes y de ayudar a los abogados para lo que, más temprano que tarde, ocurrirá. Parece, al contrario, que se empeñaran en un vano intento de impedir el cambio. Hasta he visto pedidos de un colegio de abogados para que la Corte postergue la obligación de usar un modestísimo sistema de digitalización de escritos por falta de capacitación de sus matriculados¹²⁷. No imagino a un colegio de odontólogos indicándole a la población que sus miembros no han tenido tiempo de aprender cómo se maneja un torno.

Lo único que no sirve para esto es dictar leyes sobre incumbencias profesionales u honorarios que despiertan muy escaso nivel de acatamiento.

4. CONSERVAR SIN REVISAR

Entre nosotros la abogacía sigue siendo una profesión caracterizada por determinadas notas: requiere una licencia, porque para brindar ese servicio hay que obtener un permiso de alguien a quien el estado ha facultado para darlo y para controlar después cómo se ejerce, y es territorial, porque la necesidad de saber quién tiene licencia y de designar a alguien que lo controle hace necesario que un abogado “pertenezca” a alguna jurisdicción geográficamente demarcada.

Opino que podría ser conveniente revisar esas dos notas “paradigmáticas”.

4.1. Nuestro sistema de licencias

¿Los requisitos que hay que cumplir para obtener la licencia para practicar la abogacía garantizan, o permiten presumir razonablemente, una calificación mínimamente necesaria para esa actividad? ¿Qué piensan los abogados? ¿Y, lo más importante, qué piensa los ciudadanos en general? Que yo sepa, nadie lo ha medido.

La Argentina se está quedando bastante sola en el grupo de países que todavía continúa identificando la titulación universitaria, el grado académico, con la habilitación profesional. La incorporación en la matrícula es un trámite administrativo, porque los colegios profesionales están obligados por ley a presumir, sin admitir prueba en contrario, la suficiente preparación de alguien que le presente determinado diploma, y a habilitarlo para todo y para siempre (algo que ni siquiera si se trata de conducir un automóvil o abrir un bar).

Las universidades, por su parte, compiten por atraer estudiantes. El peligro es que caigan en la tentación de atraerlos facilitando la obtención del diploma, no elevando su nivel académico. Si el grado universitario es el pasaporte automático a la habilitación profesional es esperable que mucha gente elija ir a buscarlo donde lo ofrezcan a menor y no a mayor costo. En cualquier caso, las universidades se dedican a enseñar, mejor o peor según cual sea, Derecho, pero entregan al graduado un diploma que dice que lo ha capacitado en Abogacía. Como pionero en señalar esta incoherencia y la necesidad de ajustarla, FORES la reiteró al presentar los lineamientos de un plan integral para la reforma de la justicia argentina¹²⁸.

Hay sistemas de habilitación para todos los gustos y todos tienen aspectos criticables, pero la nota común es la diferenciación entre el grado y la habilitación. Existe el examen de admisión a la profesión (Brasil, los Estados Unidos) o a veces un sistema que combina exámenes con práctica profesional supervisada y

¹²⁵ Destaco, no obstante, discutidos experimentos de Inteligencia Artificial que también incurren en el campo creativo, como el proyecto de la empresa china Huawei que decidió finalizar la Sinfonía número 8 de Shubert llamada, precisamente y por lo menos hasta entonces, “Inconclusa”. V. <https://consumer.huawei.com/es/campaign/unfinishedsymphony/>

¹²⁷ <https://www.cpacf.org.ar/mobile/noticia/3972>

¹²⁸ FORES, Agenda anotada para la justicia argentina 2020, directores Héctor M Chayer y Germán C. Garavano, con la colaboración de Martín Casares, pág. 57, Buenos Aires, La Ley, 2015.

habilitaciones progresivas para distintas incumbencias (Italia¹²⁹, Alemania¹³⁰) o la necesidad de una práctica *pro bono* (Chile¹³¹).

Pero los conflictos tienen que ver con la percepción, no necesariamente con la realidad. Por eso suelo hacer una “encuesta” cada vez me reúne en FORES con un grupo de abogados recién graduados. Pido a mis colegas que imaginen que el mismo día deben tomar decisiones frente a dos necesidades del todo diferentes y que valoren con un porcentaje cuánta calidad presumen en cada uno de los “productos” que les ofrecen, con cuánta confianza adquirirían uno y otro “producto” sin necesidad de hacer ulteriores verificaciones. Por un lado, deben decidir si compran un jamón ibérico de Jabugo, de esos que hacen a partir de cerdos alimentados con bellotas y lucen el sello de la denominación de origen controlada, una certificación otorgada por un consorcio de mercaderes a quien voluntariamente quiera tenerla. Por el otro lado, deben decidir si contratan para un delicado asunto personal a alguien que sólo les exhibe la credencial expedida por un colegio profesional, lo que presupone que antes una escuela de Derecho Argentina le otorgó un título de abogado. Invariablemente me contestan que comprarían con bastante seguridad el jamón, pero que deberían averiguar bastante más antes de considerar confiable al abogado (uno como ellos). Les pregunto si se sienten cómodos en una comunidad que confía más en jamones que en abogados y los dejo pensando, o eso creo.

4.2. Los mapas, menos relevantes

Borges vaticinó en *Juan López y John Ward* que las fronteras sólo terminarían interesando a los cartógrafos. El vaticinio puede ser exagerado, pero sólo eso y la abogacía no le es demasiado ajena.

Dado que las leyes están pensadas como si el abogado solamente litigara, la territorialidad estricta del régimen es razonable cuando se trata de definir qué abogado puede firmar en un expediente judicial que tramita ante los tribunales de tal o cual jurisdicción, pero carece de todo efecto cuando un abogado se ocupa de asesorar a clientes de otro lado, viaje o no para eso a otro lado. Pero el carácter local de la habilitación es además algo ficticio, porque en ejercicio las competencias públicas que le fueron delegadas un colegio profesional, digamos el de Mendoza, no puede cuestionar la suficiencia del título expedido por una universidad de Buenos Aires o de Corrientes, de modo que la organización de las profesiones se “nacionaliza” a pesar de que se trata de una competencia que las provincias no han delegado en la Nación y que por ende conservan.

En los Estados Unidos, donde la regulación profesional también es un asunto de cada jurisdicción estadual, muchos estados han adoptado la norma de las Reglas Modelo de Conducta Profesional de la *American Bar Association* y no exigen a un abogado interno de empresa que se matricule en un estado al que se mude con motivo de su trabajo, a condición de que mantenga su habilitación en su estado de origen y trabaje solamente para su empleador¹³². La realidad de los negocios, y específicamente la de la demanda de los clientes de los abogados, obligó a mitigar la territorialidad de las habilitaciones.

De nuevo, los servicios internacionales no son sólo un insumo de las grandes empresas. El pequeño emprendedor que lanza un producto de la era digital y busca inversores (a la fuerza, debe buscarlos adonde los hay) o el progenitor divorciado que debe solucionar algo relacionado con un hijo que vive en otro país o el pequeño industrial que negocia la compra de una máquina o la transferencia de tecnología, todos pueden requerir requieren de servicios jurídicos que trascienden al Derecho local.

No hay ninguna razón para pensar que a fuerza de regulaciones sobre incumbencias y honorarios los abogados argentinos podrán protegerse, si no cambian, de la competencia de colegas que vivan en las antípodas, o de plataformas que no “vivan” en ninguna parte, y que tengan asegurado un trabajo que no sea en el sector público (que intuyo que hoy es el principal “cliente” de los abogados, aunque eso tampoco lo ha medido ningún colegio).

Lo bueno es que la adaptación a los nuevos paradigmas también servirá para que nuestros abogados amplíen su campo de acción. Nada les impide pensar que pueden ofrecer sus servicios más allá de su provincia o de su país. Hay otros mercados, como entendieron los suizos cuando decidieron dedicarse a fabricar bonitas joyas que, además, dan la hora como cualquier otro aparato, como la radio, la televisión o el teléfono móvil.

¹²⁹ <https://www.consiglionazionaleforense.it/how-to-become-a-lawyer-in-italy>

¹³⁰ https://www.ibanet.org/PPID/Constituent/Student_Committee/qualify_lawyer_Germany.aspx#:~:text=It%20normally%20takes%20between%209,obtain%20the%20first%20law%20degree.&text=A%20peculiarity%20of%20a%20German,the%20end%20of%20the%20semester

¹³¹ Art. 523, Código Orgánico de Tribunales, http://www.oas.org/juridico/spanish/chi_res9.pdf.

¹³² <http://www.acca.com/admissionRules/index.php>

MARCELO GOBBI

Abogado, Universidad Católica Argentina, Diploma de Honor, coautor de dos libros y varios arts. sobre abogacía y resolución de conflictos. Se desempeñó como abogado externo y también como director corporativo de asuntos legales. Miembro de FORES.

Lawyer, Universidad Católica Argentina, with honors, co-author of two books and several articles on the profession and dispute resolution. He practiced both privately and as corporate general counsel. Member of Fores.

[\(Ir al INDICE\)](#)

¿DÓNDE DIABLOS SE EJERCE LA ABOGACÍA?

MARCELO GOBBI

RESUMEN: El autor analiza la relativa utilidad de los criterios puramente territoriales aplicados por las regulaciones sobre la abogacía como consecuencia de la deslocalización.

ABSTRACT: *The author examines the hardly useful, territorial criteria applied to the legal profession as a consequence of delocalization.*

PALABRAS CLAVE: abogado; deslocalización, habilitación profesional

KEYWORDS: *lawyers, de-localization; admission to the profession*

Yo sé que dos más dos son cuatro, pero me da una rabia...
(Leopoldo Lugones)

Le anticipo, estimado lector, la respuesta a la pregunta del título por si desea interrumpir aquí mismo la lectura: no sé. No escribo esto para enseñarle nada sino por si usted me puede ayudar a pensar esa respuesta.

Ocurre que el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (“CPA”) ha publicado en su sitio de Internet un dictamen de su asesoría letrada respecto de la actuación local de estudios jurídicos extranjeros (el “Dictamen”)¹³³. En tanto no parece haber sido antecedente de ninguna decisión del CPA que lo hiciera suyo, el Dictamen por ahora solamente sirve para conocer la opinión del profesional que lo firma. De todos modos, la publicidad que le han dado pareciera indicar que la conducción del CPA comparte sus conclusiones.

No es mi propósito discutir la exigencia de titulación y ulterior matriculación locales. Es evidente que si un abogado graduado y matriculado sólo en Alemania ofreciese en Buenos Aires servicios de patrocinio y representación ante el fuero civil porteño violaría la ley. El Dictamen así lo dice con demasiadas vueltas para lo que bastaría una simple cita legal. Aquí, como en casi todas partes predomina, al exigirse titulación, matrícula y control disciplinario, una finalidad de protección de los consumidores para la cual esas exigencias son claras, las compartamos o no¹³⁴. Por eso los estudios jurídicos de origen extranjero que inician actividades en otros países las ponen a cargo de profesionales habilitados en el lugar, con lo que dejan en cierto sentido de ser estudios extranjeros.

Pero el Dictamen va más allá de lo que anuncia su título y considera irregulares las meras asociaciones de abogados locales con firmas extranjeras. En ese punto, a mi juicio, se estructura sobre dos bases erróneas. La primera, la mezcla de normas jurídicas con normas deontológicas, que se invocan éstas a veces como fundamento de aquéllas y en otros casos, al revés. La segunda, una serie de afirmaciones que describen los elementos o requisitos que configurarían la abogacía que, en mi opinión, revelan que el autor del Dictamen conoce solamente cierto tipo de práctica o, acaso, considera a los demás tipos como extraños al ámbito profesional, a despecho de lo que ocurre en una realidad caracterizada por una clara globalización o regionalización que muchas veces requiere de prácticas multijurisdiccionales.

Como entidad que tiene competencias de Derecho público, el CPA debería atender al interés de todos los clientes, algunos de los cuales necesitan de este tipo de servicios. No hace falta siquiera pensar en negocios multinacionales llevados a cabo por poderosas empresas: todos conocemos casos de pequeños emprendedores que lanzan un servicio digital y por ende global, o casos de Derecho de familia en los que, por ejemplo, dos ex cónyuges que viven en distintos países se disputan la custodia de un menor, situación que puede involucrar a más de un Derecho aplicable.

¹³³ <http://www.cpacf.org.ar/noticia.php?id=4500&sec=8> .

¹³⁴ En mi opinión, la exclusión que hacen la Ley de Defensa del Consumidor de la aplicación de sus normas a las relaciones entre profesionales (si actúan bajo un régimen de matrícula y colegio que vigile la disciplina) y sus clientes no significa negarles el carácter de relación de consumo sino afirmarla. De lo contrario carecería de sentido esa exclusión respecto de la contratación en la que se da, probablemente, la mayor asimetría de información entre las partes. Se trata de una situación anómala porque, al recibir una denuncia contra un profesional, los organismos de defensa del consumidor indican al denunciante que no son competentes y lo derivan al respectivo colegio profesional, adonde les dicen que allí solamente se juzga la ética de sus miembros pero que no se puede resolver ningún conflicto, para lo cual el cliente debe iniciar un proceso judicial ordinario para que, por ejemplo, un abogado le devuelva un título de propiedad. Imposible imaginar una desprotección mayor para el consumidor de servicios profesionales.

El Derecho, como se sabe, acompaña a las conductas. Para juzgar o regular hay que ser, en primer lugar, perceptivo y mirar lo que simplemente ocurre. Una cosa es preferir un tipo de práctica y otra cosa, suponer que no hay otras, o que no debe haber otras. En el Dictamen parece atribuirse el carácter de relación abogado-cliente solamente a la que un individuo entabla con otro individuo para que uno de ellos se obligue a prestar a otro un servicio personal, indelegable y solitario¹³⁵. Curiosa idea, que no se aplicaría a muchas formas de abogacía organizada, a la abogacía interna de empresas ni, sorprendentemente, a la relación que supongo tiene el profesional que ha firmado el dictamen con el propio CPA.

En los Estados Unidos, que también mantienen la jurisdicción local para autorizar el ejercicio de la abogacía, se encuentra en curso un proceso de flexibilización de los requisitos de habilitación profesional para los abogados internos que son empleados de empresas, para autorizarlos a trabajar en un estado, si bien solamente para su cliente-empleador, con tal de que se encuentren matriculados en algún otro estado del país.

Sin perjuicio de compartir, solamente y de *lege lata*, que la abogacía exige para su ejercicio en la ciudad tener título universitario reconocido en la Argentina y hacer un trámite burocrático ante el CPA y algún pago, dejo el análisis de sus conclusiones para otro comentario (sobre todo, como anticipé, la que considera irregular que un estudio jurídico se asocie con otro extranjero, que me parece desatinada) y me concentro en el criterio que se escoge en el Dictamen para determinar el punto de partida fáctico de su análisis: qué significa que un abogado ejerza la profesión en determinado sitio.

Es sencillo responder a esa pregunta cuando uno piensa en la representación y en el patrocinio en procesos judiciales o administrativos que ocurren en tribunales u organismos administrativos ubicados en un lugar y obviamente sometidos al Derecho de ese lugar. Para casi todo lo demás, la cuestión se complica.

En el Dictamen, la respuesta está dada inequívocamente por el sitio (entendiendo como un lugar físico, digamos calle y número) en que el abogado tiene instalada su oficina o estudio jurídico. Se trata de un primer problema, porque no hace falta explicar que en la era digital no es necesario tener una oficina hecha de ladrillos adonde se atiende gente y se guarden papeles, aunque deba indicarse una dirección a los fines de la matriculación y del control disciplinario. De hecho, un abogado porteño puede fijar como domicilio su casa o la de una tía, y nadie verifica que allí exista una oficina ni se atiendan clientes de modo presencial. Y al revés, los propios miembros del CPA suelen matricularse para litigar ante los tribunales de la Provincia de Buenos Aires y tienen a veces como única infraestructura en esa jurisdicción un casillero físico o digital, aunque hayan fijado un domicilio en el estudio de un colega.

Un abogado trabaja hoy donde le resulte más cómodo, no siempre en el mismo sitio, y varios abogados pueden asociarse, y de hecho se asocian, formando una suerte de estudio jurídico virtual, aunque rara vez se encuentren trabajando bajo el mismo techo. Un amigo mío decidió mudarse al exterior y mantiene su estudio en Buenos Aires dedicado a temas contenciosos. Su socio firma escritos y va a audiencias; todo lo demás se hace desde otro país.

Dado que la matriculación, y por ende la autorización para ejercer la profesión es una cuestión local y no nacional, este curioso criterio de dar importancia al lugar donde un abogado tiene instalada una oficina (o más precisamente, donde la ley presume que tiene instalada una oficina porque así consta en un formulario), además de presuponer que semejante elemento subsiste como relevante en la era digital, hace agua si en lugar de pensar en lo que pueden hacer los colegas foráneos en Buenos Aires invertimos el análisis y pensamos en lo que pueden hacer los porteños en otra parte, y si en lugar de pensar en Singapur pensamos en, por ejemplo, Tucumán.

¿Un abogado matriculado en el CPA que asesora a un individuo que vive en Tucumán sobre un negocio que vinculará a ese cliente con otro residente tucumano y que será ejecutado íntegramente en la provincia de Tucumán ejerce la profesión en la ciudad de Buenos Aires solamente porque su oficina está instalada aquí?

¿Es preciso ir más allá y exigir para aprobar esa conducta que el cliente tucumano haya sido físicamente atendido en la ciudad de Buenos Aires, fijando así la radicación del servicio profesional con el irrelevante requisito de una visita? Otro problema: cada vez hay más abogados que nunca ven personalmente a sus clientes.

Se nos dirá que la Constitución prohíbe las aduanas interiores, pero no las exteriores. ¿Es que existe algún impedimento de naturaleza aduanera para que alguien contrate servicios de abogados extranjeros, o para que abogados argentinos exporten servicios profesionales?

Si fuera relevante el lugar en que el abogado tiene instalada su oficina (si la tiene), ¿eso le permitiría, por ejemplo, pasar una semana por mes alojado en un hotel en Tucumán para trabajar en las oficinas de su

¹³⁵ El autor del Dictamen llega a afirmar que si un cliente contrata a un estudio jurídico organizado bajo sociedad anónima y no a un individuo renuncia al derecho de que se preserve el secreto profesional, afirmación que de tan novedosa en el mundo debería haber sido objeto de algún fundamento. Si fuera cierta, debería aplicarse también a los abogados cuentapropistas que emplean a un mecanógrafo o a alguien que atiende el teléfono.

cliente, o eso sería considerado un ejercicio profesional no autorizado en la provincia de Tucumán? ¿Es mucho una semana por mes? ¿Tres días?

Alguien podría afirmar que la intervención del abogado porteño en el asunto tucumano se permite en razón de la materia, porque se trata de aplicar un Derecho nacional que rige en todo el territorio nacional y que estudiaron los graduados de cualquier universidad argentina. ¿Realmente? ¿Tiene entonces ese abogado porteño prohibido asesorar a su cliente tucumano sobre, por ejemplo, las normas administrativas tucumanas o las regulaciones específicas de esa provincia que deben ser aplicadas en el asunto? Si como parte del asesoramiento al cliente tucumano, supongamos que PyME, el abogado porteño debe revisar una modesta licencia de software sometida a la ley de California ¿rechazará el trabajo y le indican al cliente que debe contratar a un abogado en San Francisco?¹³⁶

Dos preguntas adicionales, más allá del ejemplo que imaginamos:

De *lege ferenda*, ¿la exigencia de matriculación local para tareas de asesoramiento es igualmente razonable cuando el cliente es un individuo y cuando es una empresa, o se trata simplemente de mantener una reserva de mercado y cerrarla a la competencia?

Dado que el CPA no es un sindicato de abogados sino una entidad de Derecho público que ejerce competencias de control atribuidas por la ley, ¿consultó la opinión de los clientes antes de producir el Dictamen, como suelen hacer los reguladores sectoriales en otros campos?

Otro aspecto llamativo del Dictamen es que parece justificar las restricciones en la necesidad de controlar la disciplina profesional. No propugno quitar efectividad al control ético, que considero demasiado débil y demasiado opaco en la Argentina. Antes bien, me he ocupado de criticar precisamente la falta de atención a la figura del estudio jurídico (por ejemplo, cuando analicé los aspectos éticos de los pactos de no competencia que hacen los integrantes de un estudio para regir después de su desvinculación)¹³⁷ y me he opuesto a la inexplicable opacidad de un CPA de cuyo tribunal de disciplina no se conocen las sentencias excepto las poquísimas que disponen la expulsión o suspensión en la matrícula, criterio que no surge de la ley sino de meras disposiciones internas¹³⁸. Los estudios jurídicos, cuando son tales, deben ser sujetos de la matriculación sin perjuicio de mantener la responsabilidad individual de cada abogado. Lo que no parece sensato es estructurar todo un régimen sobre la base de un modelo que mucha gente sencillamente no sigue y negarnos a pensar una realidad aceleradamente cambiante en la que, en poco tiempo, nos guste o no y parafraseando a Borges, la frontera será un concepto que sólo interesará a los cartógrafos.

Ocurre, en mi opinión, que los abogados y jueces argentinos solemos estar preparados sólo para interpretar y aplicar normas que tengan la naturaleza de relaciones lógicas de imputación que corresponden a la estructura de la norma escrita (si ocurre A corresponde B) y fallamos a menudo en prestar atención a la norma consuetudinaria (cuya estructura es si ocurre A corresponde A y que se actualiza antes que la escrita). Eso nos lleva, a su turno, a ser poco eficientes en la comprensión de la realidad de fuera de la norma escrita, y eso vale tanto para el juez o regulador que la interpretan como para el abogado que la debe explicar. Cueto Rúa indicó que, aunque no resulta común para los jueces modernos aplicar normas consuetudinarias en la resolución de las controversias, en su búsqueda de guía y de información objetiva requerida para determinar el contenido específico de conceptos claves del orden jurídico los jueces no pueden ni deben ignorar el comportamiento consuetudinario de los miembros de la comunidad, sus prácticas, sus tradiciones y sus expectativas. Estos conceptos controlan la aplicación y la interpretación de las normas jurídicas vigentes en un sistema de Derecho. El juez cumple sus funciones como tal en estrecho contacto con la realidad social y busca en ella comprensión del significado de su actuación¹³⁹.

Me dirá usted, caro lector, que estas líneas contienen demasiadas preguntas y ninguna respuesta. No me venga con quejas: se lo advertí en el primer renglón y usted continuó leyendo.

MARCELO GOBBI

Abogado, Universidad Católica Argentina, Diploma de Honor, coautor de dos libros y varios arts. sobre abogacía y resolución de conflictos. Se desempeñó como abogado externo y también como director corporativo de asuntos legales. Miembro de FORES.

¹³⁶ Una vez escuché en una organización de abogados al socio de un prominente estudio jurídico argentino despotricar contra lo que llamaba el peligro de la invasión de estudios extranjeros, que consideraba ilegal porque se ocuparían de temas regidos por el Derecho argentino. Al día siguiente vi comentarios de otro abogado de su firma sobre un contrato sometido a la ley del Estado de Nueva York.

¹³⁷ Gobbi, Marcelo, "El pacto de no competencia entre abogados y el interés de los clientes", EIDial.com, 12/3/2015.

¹³⁸ Gobbi, Marcelo, "¿De qué debería ocuparse el Colegio de Abogados?", Octubre de 2015, <http://www.bloqueconstitucional.org/2016/03/de-que-deberia-ocuparse-el-colegio.html>.

¹³⁹ Cueto Rúa, Julio C., La actitud de los jueces frente a las costumbres y las normas consuetudinarias, 29/4/1998, JA 80° Aniversario 1998-156.

Lawyer, Universidad Católica Argentina, with honors, co-author of two books and several articles on the profession and dispute resolution. He practiced both privately and as corporate general counsel. Member of FORES.

[\(Ir al INDICE\)](#)

LA INNOVACIÓN Y EL DERECHO EN TIEMPOS DE PANDEMIA

DEMETRIO ALEJANDRO CHAMATROPULOS

Resumen: El diseño de “empujones legales” es un saber. La prueba el error y las rectificaciones jugarán un rol fundamental. La pandemia del Coronavirus es un ejemplo planetario que obliga a reinventarnos como sociedad en general y como personas del Derecho en particular. La incorporación de conocimientos de áreas que parecieran de lo más heterodoxas puede ayudar a que el sistema jurídico funcione mejor. Un punto de partida sería incorporar los estudios del comportamiento para crear o diseñar normas y monitorear su cumplimiento. La digitalización y la Inteligencia Artificial o del *blockchain* permiten asegurar la continuidad y además acelerar y potenciar la calidad de respuesta del Poder Judicial y de abogadas y abogados frente a las necesidades de la comunidad. El desafío muy posiblemente sea entonces “desaprender y volver a aprender”.

ABSTRACT: *Designing “legal nudges” is a knowledge. Trial and error, and amendments, will play a key role. The COVID-19 pandemic is a worldwide example which compels to reinvent ourselves as a community in general, and as legal people in particular. Adding knowledge in areas who might appear es heterodox may help for the legal system to perform better. One starting point would be adding behavioral studies to create and design rules and to perform their compliance. Digitation, artificial intelligence and blockchain allow to assure the permanent availability of, furthermore, to accelerate and potentiate the quality of, the response by the courts and advocacy to the community”sneeds. Thus, the challenge is probably “to un-learn and learn again”.*

Hace poco más una década, Richard Susskind publicaba el libro “*The end of the lawyers*” (“El fin de los abogados”), donde analizaba diferentes obstáculos con los que tropezaban quienes ejercen diariamente dicha profesión, impulsando su reinención. Samuel Arbesman en “*The Half-Life of Facts*” (“La vida útil de los datos”) ya advertía también que los conocimientos adquiridos tienen una especie de “fecha de caducidad” cercana a los diez años (hoy quizás sea aún menor ante el avance exponencial de la tecnología).

En los años siguientes, infinidad de cambios desafiaron con fuerza la manera tradicional de actuación de quienes operan en el Derecho.

La “marea de datos digitales” y el espectacular crecimiento de la capacidad computacional que habilita su análisis a gran escala (*big data*), alumbró la “revolución 4.0”. Asimismo, iniciativas relacionadas con el mundo de las leyes tomaron nota de la conveniencia de que las actividades jurídicas se apoyen en la digitalización y en conceptos tales como Inteligencia Artificial, *blockchain*, internet de las cosas, etc.

A la par de lo anterior, las “ciencias del comportamiento” en sus distintas variantes (comprendiendo allí a las “neurociencias”) comenzaron a aportar evidencia científica sobre la “manera real” mediante la cual las personas tomamos decisiones en los más diversos ámbitos de la vida (tanto en los momentos “importantes” como en los “cotidianos”). Básicamente, pulverizaron el dogma de nuestra “racionalidad”, reconfigurando sus contornos y características. Especialistas de estos rubros o de disciplinas relacionadas fueron galardonados incluso con el Premio Nobel de Economía (Daniel Kahneman en 2002 y Richard Thaler en 2017). Sus estudios (y los de una infinidad de prestigiosos especialistas cuya cita sería muy extensa) realzan la existencia de “sesgos cognitivos” o, más sencillamente, “errores de fábrica”, en los que cae sistemáticamente el cerebro humano al tomar decisiones (con el agravante de que no se percata de ello). Por ejemplo, la resistencia al cambio, el movimiento “en manada”, la preponderancia dada a la información recibida que coincide con nuestras ideas, el examen de hechos del pasado con el “diario del lunes”, cierto sobreoptimismo infundado para lograr determinados objetivos, etc. Todo esto nos suele llevar a tomar cursos de acción de los que luego nos arrepentimos.

Este fenómeno comenzó a ser advertido fundamentalmente a partir de la década de 1960. En esa época, autores provenientes de la psicología como Kahneman y Amos Tversky comenzaron a influir en la economía en donde hasta ese momento reinaba como sujeto de estudio el *homo economicus* (agente racional). Las investigaciones de los dos autores citados, por ejemplo, buscaban demostrar que los seres humanos toman decisiones a través de dos sistemas. Mientras que el primero era veloz, intuitivo y emocional, el segundo era lento, reflexivo y lógico. Explicaban que la mayoría de las decisiones diarias de las personas se tomaban en

base al primer sistema, que funcionaba sobre la base de “atajos heurísticos” o procesos mentales de carácter intuitivo. Al encontrarnos ante un sistema de toma de decisiones que predominantemente dejaba a un lado la racionalidad, los errores sistemáticos a cometer se independizaban incluso del grado de instrucción o del nivel de información al cual podía acceder en concreto el sujeto que tomaba la decisión, ya que esto último sólo importaba o ganaba trascendencia cuando se estaba frente a elecciones racionales.

Apalancados en los avances de las ciencias del comportamiento, las normas jurídicas pueden lograr que los sujetos tomen determinadas decisiones o lleven adelante determinados comportamientos deseables por el legislador sin afectar de un modo rotundo su ámbito de libertad.

Fácilmente podrá advertir el lector que este tipo de soluciones sería ampliamente más útil o ventajosa que las prohibiciones rígidas y expresas que, basándose en la noción de orden público, afectan la libertad del sujeto y que muchas veces, justamente por dicha razón, no es bien recibida por él.

Nace así el concepto de “paternalismo libertario”. Tomando nota de la conducta efectiva y real de las personas (objeto de precisos seguimientos mediante trabajos de campo) es posible que el legislador, mediante “*nudges*” o “pequeños empujones” (a decir de Thaler) incida en sus cambios de conducta, corrigiendo y acercando comportamientos hacia determinadas finalidades más beneficiosas para aquellas. Una suerte de *soft law* (algo heterodoxo).

El diseño o la arquitectura de “empujones legales” constituye un saber todavía incipiente en donde aún se encuentra prácticamente todo por descubrir y en donde la prueba, el error y las consecuentes rectificaciones jugarán un rol fundamental. No resulta casual que Cass Sunstein (coautor de *Nudge* junto a Thaler) haya sido elegido en su momento por Barack Obama como Director de la Oficina de Información y Asuntos Regulatorios (OIRA) para poder poner en práctica estas ideas. Y tampoco que el gobierno británico haya confiado en Thaler para prestar asesoramiento en la implementación de ciertas políticas públicas.

Diversos proyectos que vinculan “tecnología 4.0” y enseñanzas de las ciencias del comportamiento con áreas del Derecho son patrocinados intensamente en distintos puntos del planeta y desde hace un tiempo también por instituciones tales como el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) para nuestra región. Existen asimismo incipientes e interesantes desarrollos argentinos y “planes piloto” (incluso a nivel municipal) en diferentes partes del país.

Nassim Taleb en su libro *The black swan* (“El cisne negro”) hace referencia a eventos súbitos y poco probables que de golpe nos enfrentan a nuevos desafíos frente a los cuales los instrumentos de siempre asoman como impotentes.

La pandemia del Coronavirus es un ejemplo de manual (con alcance planetario) que obliga a reinventarnos como sociedad en general y como personas del Derecho en particular. Obstáculos de esta magnitud muestran que la incorporación de conocimientos de áreas que “parecieran” de lo más heterodoxas pueden ayudar a que el sistema jurídico funcione de manera mucho más aceptada de lo que lo hace hoy. Afortunadamente, y como lo ha resaltado Steven Pinker en su libro *Enlightenment Now. The Case for Reason, Science, Humanism and Progress* (“En defensa de la Ilustración: Por la razón, la ciencia, el humanismo y el progreso”) el mundo nunca estuvo tan bien preparado en la historia (a nivel ciencia y conocimiento) para enfrentar una pandemia.

Dentro de la agenda propuesta, un gran punto de partida sería incorporar los estudios del comportamiento para crear o diseñar normas y monitorear su grado de cumplimiento. Ello incluye usar estos saberes para influir sutilmente mediante *nudges*, promoviendo conductas positivas en los ciudadanos que se ajusten a los objetivos que hoy se buscan. Su utilización podría permitir complementar estrategias tradicionales que por sí mismas no necesariamente tienen la eficacia buscada. Dichos *nudges* permiten, por ejemplo, incidir de manera perfectamente legal y legítima en la conducta de las personas abriendo un panorama auspicioso para cumplir “la cuarentena”, asegurar su flexibilización de manera ordenada, favorecer el distanciamiento social, evitar el desabastecimiento o desincentivar las concentraciones significativas de personas y la permanencia en lugares críticos, etc.

Se observa así que este diseño permite complementar, cuanto menos, estrategias de política legislativa tradicionales basadas en prohibiciones u obligaciones que tienen serios problemas en su eficacia o “bajada a la realidad”. Más allá de las ambiciosas pretensiones de estas normas, este tipo de regulaciones no trae necesariamente eficacia o, en otras palabras, la regulación a través de prohibiciones rígidas (como las surgidas de la noción de orden público, verbigracia) no suele evidenciar los resultados esperados por el legislador pues, en definitiva, el ordenamiento jurídico debe lograr que la conducta de los sujetos destinatarios de la ley se ajuste a lo que pretende aquél.

Asimismo, y desde otro plano, tanto las iniciativas con un alto grado de digitalización como el auxilio de la Inteligencia Artificial o de *blockchain* permiten no solo asegurar la continuidad sino además acelerar los tiempos y potenciar la calidad de respuesta del Poder Judicial y de abogadas y abogados que ejercen la

profesión frente a las necesidades de la comunidad. De este modo, “el mundo sigue rodando”, dejando en un segundo plano a los soportes físicos y a la dinámica reinante hasta hoy.

Un aspecto no menor para Estados de “presupuestos apretados” como el nuestro: varios de estos proyectos suelen ser (felizmente) de “bajo costo” y con beneficios evidentes de muy corto plazo. Para su implementación es fundamental la articulación público-privada, involucrando miradas diversas (gobiernos, universidades, empresas, ONG, etc.). También apoyarnos en la experiencia de quienes ya han transitado parte del camino.

Lo antes dicho no implica que los ajustes enumerados deban ser abruptos, irreflexivos e implementados con improvisación. El filósofo coreano Byung-Chul Han, en su libro *Duft der Zeit. Ein philosophischer Essay zur Kunst des Verweilens* (“El aroma del tiempo. Un ensayo filosófico sobre el arte de demorarse”) señala que la hiperactividad contemporánea elimina la “capacidad de demorarse”, arrebatándonos la posibilidad de poner en juego nuestra actuación contemplativa. El “freno social forzoso” originado en la pandemia constituye, de algún modo, la oportunidad de “demorarnos” (solo “un poquito”; no “paralizarnos”) para que la creatividad humana florezca con toda su inventiva, repotenciándonos.

En momentos de tan poco margen de error como el que presenta la COVID-19, las operadoras y los operadores jurídicos no podemos darnos el lujo de prescindir de avances tan importantes que ya han demostrado su manifiesta utilidad en otras latitudes. El desafío muy posiblemente sea entonces “desaprender y volver a aprender”. Cambiarán las herramientas, pero el objetivo seguirá siendo el mismo siempre: la búsqueda y la lucha por la Justicia y el Derecho.

DEMETRIO ALEJANDRO CHAMATROPULOS

Abogado (Universidad Nacional de Tucumán). Magister en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales (UNTREF). Magister en Derecho Empresario (ESEADE). Profesor de posgrado en distintas universidades argentinas y del exterior. Director de la Diplomatura Anual en Derecho del Consumidor y Defensa de la Competencia (UCEMA). Director de la Diplomatura en Derecho & Innovación (UNT). Autor de varios libros y artículos. Exgerente de Contenidos de Thomson Reuters - La Ley. chamatropulosa@gmail.com.

Lawyer (Universidad Nacional de Tucumán). Master in Labour Law and International Labour Relations (UNTREF). Master in Business Law (ESEADE). Graduate profesor and several universities. Director of the Graduate Program in Consumers and Competition Law (UCEMA). Director of the Programa n Law and Innovation (Universidad Nacional de Tucumán). Author of several books and articles. Former content manager of Thomson Reuters – La Ley. chamatropulosa@gmail.com.

[\(Ir al INDICE\)](#)

IIA. SECCIÓN

LA REALIDAD DE LA ÉTICA DE LA ABOGACÍA

LA ÉTICA PROFESIONAL DEL ABOGADO EN FRANCIA

MARÍA BEATRIZ BURGHEITTO, CHRISTOPHE DUBOIS Y SANTIAGO MUZIO DE PLACE)

RESUMEN: los autores describen los requisitos para convertirse en abogado en Francia, en particular, la preparación de candidatos a abogado en las escuelas de abogados francesas para el ejercicio de la abogacía, con énfasis en la enseñanza de la ética profesional. Describen algunas especificidades francesas en esta área, especialmente con relación al manejo por los abogados de fondos de sus clientes. Refieren un estudio empírico y opinan sobre cómo se aplican en Francia las reglas de ética profesional.

ABSTRACT: *The authors describe the requirements to become a lawyer in France, with an emphasis on the teaching of professional ethics. They describe some French specificities in this connection, especially with regard to lawyers' handling of client money. They refer to an empirical study and to the authors' own opinions and experiences on how lawyers' professional ethics rules are enforced in France.*

PALABRAS CLAVE: abogado; escuela de Derecho; fondos de clientes; sanciones disciplinarias.

KEYWORDS: lawyer; law schools; handling of clients' funds; disciplinary sanctions.

En Francia, todo abogado jura ejercer sus funciones con “dignidad, conciencia, independencia, probidad y humanidad”. En estas palabras del juramento solemne, pronunciado al momento de revestir la toga, están sintetizados los principios esenciales de la deontología profesional, que luego se detallan en un corpus jurídico denominado Reglamento Interno Nacional de la profesión de abogado (RIN)¹⁴¹.

En este trabajo tratamos los siguientes aspectos del ejercicio de la abogacía en Francia: los requisitos para ser abogado en Francia (1); un panorama de las normas contenidas en el RIN (2); la institución creada para garantizar la transparencia y el control en el manejo de fondos de los clientes por los abogados (CARPA) (3); la enseñanza de la deontología, que comprende la ética profesional¹⁴² del abogado en Francia (4) y, por último, la aplicación práctica de la ética en la vida profesional, que incluye nuestras observaciones personales al respecto (5).

1. ¿QUÉ SIGNIFICA SER ABOGADO EN FRANCIA?

1.1 Distinción entre “abogado” y “jurista” - clases de abogados

El abogado (*avocat*) es uno de los profesionales del Derecho, junto con el jurista de empresa¹⁴³, el notario, el oficial de justicia (*huissier*), el síndico del concurso de acreedores o de la quiebra y el magistrado.

La profesión de abogado está reglamentada y dividida en dos vertientes: los abogados matriculados en un colegio de abogados (de su ciudad respectiva), que son la mayoría¹⁴⁴ y los abogados ante el Consejo de Estado y la Corte de Casación, quienes poseen el monopolio de la representación de los justiciables ante estas jurisdicciones de máxima jerarquía en Francia¹⁴⁵. Los cargos de estos últimos -como los de los

¹⁴¹ RIN cf. <https://www.cnb.avocat.fr/fr/reglement-interieur-national-de-la-profession-davocat-rin>

¹⁴² En este trabajo utilizamos el término “deontología” en el sentido general de “conjunto de deberes [y reglas] relacionados con el ejercicio de una determinada profesión” (Diccionario de la Real Academia Española (RAE): <https://dle.rae.es/deontolog%C3%ADa?m=form>), mientras que “ética” o “ética profesional” sería el “conjunto de normas morales que rigen la conducta de la persona en cualquier ámbito de la vida. Ética profesional, cívica, deportiva” (Diccionario RAE: <https://dle.rae.es/%C3%A9tico#H3y8Ijj>).

¹⁴³ Francia es uno de los pocos países, sino el único, de Europa Occidental, que distingue entre *avocat* y *juriste*: Mientras ambos han estudiado Derecho por un cierto número de años, el primero además debe obtener el *Certificat d'Aptitude à la Profession d'Avocat* (Certificado de Aptitud para ejercer la Profesión de Abogado - CAPA), para lo cual deberá completar los estudios, aprobar los exámenes requeridos y hacer las pasantías necesarias en el marco de la Escuela de Formación del Colegio de Abogados (del lugar de Francia que elija; por ejemplo, París). Otra diferencia importante es que los abogados pueden litigar, mientras que los juristas de empresa no pueden hacerlo. Estos últimos trabajan generalmente en empresas, pero también pueden hacerlo en estudios jurídicos; en todos los casos, como asalariado. Se considera que los abogados son independientes, mientras que los juristas, por tener como cliente exclusivamente a la empresa o estudio jurídico en el que trabajan, no lo son. Esto implica, además, que los juristas no están sometidos a la obligación (y derecho) de secreto profesional, entre otras cosas.

¹⁴⁴ A principios de septiembre de 2019, había prácticamente 70.000 abogados matriculados en Francia, de los cuales un 42 % estaban matriculados en París (ver sitio del Consejo Nacional de los colegios de abogados: <https://www.cnb.avocat.fr/fr/les-chiffres-cles-de-la-profession-davocat>).

¹⁴⁵ Estos abogados, 125 en total al 1ero de enero de 2020, siguen una formación diferente a la de los demás abogados, en el Instituto de Formación e Investigación de Abogados ante los Consejos (IFRAC), que los prepara obtener el Certificado de Aptitud para la Profesión de Abogado ante los Consejos (CAPAC). Hasta el año

notarios- estaban limitados en su número (*numerus clausus*) hasta la promulgación de la “Ley Macron”¹⁴⁶, en agosto de 2015.

1.2 Requisitos para ser abogado

La abogacía es una profesión regulada, accesible a los titulares del certificado de aptitud para la abogacía (CAPA)¹⁴⁷. La formación inicial la proporcionan los centros regionales de formación profesional de abogados (CRFPA), a los que pueden acceder quienes hayan hecho estudios universitarios¹⁴⁸. Algunos profesionales pueden beneficiarse, sin embargo, de una vía de excepción que prevé la dispensa de la formación y/o de un diploma¹⁴⁹. Existen, además, ciertos requisitos de nacionalidad y moralidad¹⁵⁰.

El acceso a un CRFPA está sujeto a aprobar el examen de ingreso, a menudo llamado “pre-CAPA”, que incluye pruebas de admisión escritas y orales¹⁵¹.

1.3 Organización de la profesión

Los abogados están agrupados en colegios de abogados (*barreaux*), a razón de un colegio por corte de apelaciones existentes en Francia (164 colegios en total), siendo el de París el que tiene el mayor número de matriculados (más de 29.000). A nivel nacional, el Consejo Nacional de Colegios de abogados (Conseil National des Barreaux - CNB), un establecimiento de servicios públicos con personalidad jurídica, representa a todos los abogados matriculados en un Colegio de abogados francés y a la abogacía, a nivel nacional e internacional¹⁵².

1.4 Independencia y Sumisión a la autoridad del Colegio de Abogados

En la concepción francesa del ejercicio de la abogacía, la cual en gran parte está basada en el paradigma del abogado que ejerce su profesión por su cuenta (ejercicio individual)¹⁵³, la independencia del abogado es central, ya que le permite analizar cada caso en conciencia, teniendo como único interés el interés de su cliente. Esto se aplica también a la relación entre abogados: Según el RIN, el abogado colaborador conserva el control sobre los argumentos que desarrolla y los consejos que da en cada expediente. Si el argumento del abogado colaborador es contrario al desarrollado por el abogado con el que colabora, el colaborador debe así indicarlo, antes de actuar y, de persistir el desacuerdo, por respeto a los principios de confianza, lealtad y delicadeza, el abogado colaborador deberá abstenerse de trabajar en el expediente¹⁵⁴.

Comparte el abogado con el médico y algunas otras pocas profesiones el hecho de hallarse sometido a un juramento y al enjuiciamiento por sus pares en caso de no respetar los principios que deben gobernar su acción. En efecto, el consejo de administración de cada colegio de abogados ejerce el poder disciplinario sobre estos últimos, pronunciándose sobre las infracciones y faltas cometidas por los abogados, pudiendo aplicar sanciones disciplinarias que van desde la advertencia hasta la baja de la lista de abogados matriculados¹⁵⁵.

¹⁴⁶ Ley N° 2015-990 del 6 de agosto de 2015 para el crecimiento, la actividad y la igualdad de oportunidades económicas, impulsada por Emmanuel Macron durante su desempeño como ministro de Economía del gobierno de François Hollande (mayo de 2012-mayo de 2017).

¹⁴⁷ El art. 11 de la Ley N° 71-1130, del 31 de diciembre de 1971, regula las condiciones de acceso a la profesión.

¹⁴⁸ Se debe ser titular de un Máster 1 en Derecho o una equivalencia.

¹⁴⁹ Los titulares de un doctorado en Derecho están exentos del examen de ingreso (CAPA). Ciertos profesionales, como los ex-magistrados, los profesores universitarios y los abogados ante el Consejo de Estado y la Corte de Casación, pueden beneficiarse de condiciones especiales de registro y exenciones del requisito de calificación y/o formación en CRFPA y CAPA. Los abogados matriculados en el extranjero que reúnan las condiciones establecidas en los arts. 99 o 100 del decreto N° 91-1197 del 27 de noviembre de 1991 también pueden acceder a la profesión de abogado en Francia mediante un procedimiento simplificado, que incluye la aprobación de ciertos exámenes, según el abogado en cuestión esté matriculado en un país de la Unión Europea o en algún otro país.

¹⁵⁰ Las condiciones son: (i) no haber sido objeto de condena penal por actos contrarios al honor, la probidad o las buenas costumbres; (ii) no haber sido objeto de sanción disciplinaria o administrativa de destitución, sobreesimio, revocación, retiro de aprobación o autorización; (iii) no haber sido objeto de quiebra personal o de la prohibición prevista en el art. L. 653-8 del Código de Comercio (interdicción de dirigir, gestionar, administrar o controlar, directa o indirectamente, una empresa comercial o artesanal, una explotación agrícola o una persona jurídica, ya sea una o más de ellas).

¹⁵¹ El examen es común a todo el país y quienes no lo aprueban la primera vez que se presentan, pueden tomarlo otras 2 veces como máximo (si no aprueban, no podrán convertirse en abogados por esta vía). El decreto N° 91-1197 del 27 de noviembre de 1991 “que organiza la profesión de abogado” es el que rige en esta materia, junto con la Resolución (Ministerio de Educación) del 17 de octubre de 2016 “por la que se fija el programa y modalidades del examen de acceso al centro regional de formación profesional de abogados”.

¹⁵² El CNB es el interlocutor de los poderes públicos; contribuye a la elaboración de textos susceptibles de ser de interés para la profesión y las condiciones de su ejercicio e interviene en todas las cuestiones relativas a los textos referentes al ámbito jurídico y a la institución judicial. También es responsable de unificar las reglas y prácticas de la profesión y tiene prerrogativas en términos de formación profesional para abogados y la organización de acceso a un Colegio de abogados francés para abogados extranjeros.

¹⁵³ En 2019, más de un tercio de los abogados ejercían a título individual (36 %), mientras que un 60 % se repartían, por mitades, entre aquéllos que eran socios de un estudio jurídico y aquéllos que eran colaboradores (asociados) de estos últimos (ver sitio del Ministerio de Justicia: <http://www.justice.gouv.fr/le-ministere-de-la-justice-10017/direction-des-affaires-civiles-et-du-sceau-10023/statistiques-2019-sur-la-profession-davocat-32697.html>).

¹⁵⁴ Art. 14.3, párrafos segundo a cuarto, RIN.

¹⁵⁵ Arts. P.72.1.1 y P.72.7, RIBP.

Por su lado, el presidente de cada colegio de abogados (o su delegado) tiene competencia exclusiva, otorgada por ley, para:

(i) fijar los honorarios de los abogados en los casos en los que exista un diferendo entre un abogado y su cliente¹⁵⁶ y para

(ii) arbitrar en los litigios entre abogados en el marco de su ejercicio profesional, incluyendo aquéllos entre un estudio jurídico y un abogado colaborador (asociado)¹⁵⁷.

2. EL CÓDIGO DE ÉTICA DE LA PROFESIÓN (RIN)

El RIN rige la profesión a nivel nacional y contiene el Código de Ética Profesional de los Abogados, el cual contempla deberes del profesional

(i) con sus clientes,

(ii) con los tribunales y

(iii) con los otros abogados.

Asimismo, cada colegio de abogados posee su reglamento particular con disposiciones, usos y costumbres locales que no restan, si no que suman, al RIN nacional.

Así, el Reglamento Interno del Colegio de abogados de París (RIBP) incluye, en su primera parte, el RIN (resultante de las decisiones normativas del Consejo Nacional de Colegios de abogados) y, en su segunda parte, disposiciones específicas del Colegio de Abogados de París que, en ocasiones, complementan o detallan disposiciones del RIN, aunque en algunos casos desarrollan cuestiones éticas ignoradas por el RIN.

La primera parte del RIBP está integrada por seis títulos, entre los cuales se encuentran los “principios esenciales” (secreto profesional, conflicto de intereses, principio de contradicción, etc.) (Título I) y las normas sobre relaciones entre abogados que pertenecen a Colegios diferentes (Título VI), que incluyen el Código de Ética de los Abogados Europeos, obligatorio para los abogados matriculados en Francia.

Sin duda, la deontología profesional encuentra su máxima expresión en el respeto del secreto profesional, el cual permite al abogado comunicarse en total confianza y seguridad jurídica con su cliente y con los abogados de las otras partes. Se trata de una obligación del abogado consagrada en Derecho de la Unión Europea por la Corte Europea de Derechos Humanos (Estrasburgo). En Francia, el secreto profesional, además de ser una obligación ilimitada en el tiempo y aplicable a todo tipo de revelación, es irrenunciable por el cliente, a diferencia de lo que ocurre en muchos otros países occidentales. Ello implica que, salvo excepciones puntuales y restrictivas -necesidad del abogado de presentar su defensa en un asunto penal, o autorización al abogado para poner al presidente del colegio de abogados correspondiente en conocimiento de un plan para cometer un atentado o un crimen que le fuera comunicado por su cliente- el abogado no puede revelar el contenido de sus comunicaciones con su cliente. Asimismo, toda palabra y/o escrito intercambiados con otro abogado, salvo que porte de manera explícita la mención “oficial”, queda protegido por el secreto profesional.

El secreto profesional es un estandarte de la profesión, defendido por innumerables años por los abogados, ya que les otorga una ventaja superlativa frente a la competencia a la que se halla sometido el mundo jurídico y constituye una seguridad jurídica fundamental para sus clientes, no solamente en el marco de un proceso, sino también durante la negociación contractual.

Otras normas esenciales son aquellas sobre el conflicto de intereses y el principio de contradicción.

3. PARTICULARIDAD FRANCESA: EL MANEJO DE FONDOS DE LOS CLIENTES POR LOS ABOGADOS: UTILIZACIÓN OBLIGATORIA DE LA CAJA DE PAGOS DE LOS ABOGADOS (“CARPA”)

3.1 Principio

La CARPA es una institución cuya misión es recibir y centralizar los depósitos y operaciones sobre los fondos destinados a clientes de abogados, como los que son abonados en virtud de decisiones judiciales, transacciones u otros acuerdos. Esta caja también puede utilizarse como receptora en espera de una decisión judicial o de la realización de diversas formalidades, como una venta judicial (consignación o secuestro de fondos). Por regla general, cada colegio de abogados dispone de una CARPA, cuya creación es el resultado de una deliberación del consejo de los colegios.

¹⁵⁶ El procedimiento es conocido como “tasación de honorarios” (Art. 10, Ley N° 71-1130, del 31 de diciembre de 1971.

¹⁵⁷ Arts. 7, último párrafo, y 21, párrafo tercero, de la Ley N° 71-1130, del 31 de diciembre de 1971 y Arts. 174 y ss. del decreto N° 91-1197 del 27 de noviembre de 1991.

La CARPA constituye, para todo cliente de un abogado, una seguridad inestimable: una garantía de pago como un cheque de banco, una garantía de sinceridad y de eficacia en cuanto al origen de los fondos y su buen empleo.

Gracias a sus recursos, la CARPA financia, en particular, la formación inicial de los estudiantes de Derecho, los servicios de interés colectivo en beneficio de los clientes (biblioteca, banco de datos, etc.) y cubre sus propios gastos de funcionamiento. También financia el régimen del acceso a la ley para las personas sin recursos suficientes (recepción de los litigantes, servicios de consulta, designación de abogados, funcionamiento de la asistencia jurídica, custodia policial o detención en aduana, mediación y composición penal, así como la remisión al fiscal, asistencia a los detenidos).

3.2 Ejemplo de aplicación

En el caso de la venta de un fondo de comercio, no hay obligación de retener el precio de venta (secuestro en manos de la CARPA). No obstante, se recomienda encarecidamente hacerlo, en interés del comprador. Este último es responsable solidario, junto con el vendedor, del pago de los acreedores que hayan presentado una oposición a la venta. En consecuencia, si el precio de venta de la empresa no ha sido retenido, los acreedores que han presentado una oposición y que no fueron pagados por el vendedor pueden dirigirse directamente contra el comprador hasta el importe del precio de venta.

Por consiguiente, la retención es de interés para el comprador, porque permite bloquear el precio de transferencia durante los períodos de oposición legal y pagar a los acreedores que se han opuesto con la suma retenida.

Los abogados designados como síndicos de concursos y quiebras tienen un seguro de responsabilidad profesional que protege a sus clientes en caso de cualquier error en el manejo de los fondos secuestrados.

3.3 Cómo funciona

El depósito en la CARPA es obligatorio desde la promulgación de una ley de 1985 para el manejo de fondos por parte de los abogados en nombre de sus clientes, con relación a un acto legal o judicial (excluyendo las transacciones de fideicomiso, de acuerdo con la Orden N° 2009-112 del 30 de enero de 2009).

La CARPA deposita los fondos en una cuenta abierta a su nombre en un banco. Esta cuenta se divide en subcuentas individuales, una para cada abogado, asociación o estudio de abogados.

3.4 Control

Todo retiro de fondos se realiza bajo el control previo de la CARPA. Para efectuar este control, el cheque no es nunca expedido por el abogado sino por la CARPA, a petición de un abogado, quien debe proporcionar una cierta cantidad de información junto con su petición. Por último, no se puede retirar fondos en concepto de honorarios del abogado sin la autorización escrita del cliente.

La ventaja de la CARPA es, principalmente, que proporciona a los clientes de los abogados una transparencia total en el manejo de fondos y evita cualquier mala práctica como el blanqueo de dinero, por ejemplo. Así, el cliente está perfectamente seguro de la trazabilidad de los fondos depositados en su propio interés.

4. ¿CÓMO SE ENSEÑA LA ÉTICA PROFESIONAL A LOS FUTUROS ABOGADOS?

4.1 Formación impartida por las escuelas de abogados

Como indicamos más arriba, el candidato a abogado (“alumno-abogado” o élève-avocat) debe aprobar el “pre-CAPA”, como primer paso, para ser admitido en uno de los 12 CRFPAs (o “escuelas de abogados”) que existen en Francia. El “pre-CAPA” incluye diversos exámenes escritos y orales y es considerado un “filtro” de candidatos, por su nivel elevado de dificultad.

A partir de su ingreso a uno de los CRFPAs de Francia, comienza para el candidato a abogado la preparación para la vida profesional¹⁵⁹, que dura 18 meses y consiste en:

- Una capacitación de 6 meses (335 horas) que consiste en cursos de Derecho, procedimiento, redacción de actos de abogado y escritos, la deontología y ética profesional (principalmente mediante la asimilación del Código de Ética de los Abogados), en ocasiones también cursos de teatro, iniciación al alegato y al debate orales, además de diversos cursos sobre gestión de estudios jurídicos, etc.;

¹⁵⁹ Los “alumnos-abogados” deben prestar el “pequeño juramento” en ocasión de ingresar a la escuela de abogados, jurando respetar las reglas éticas propias a la profesión de abogado, como la confidencialidad y el secreto profesional. Esta es una condición que se les impone para poder tomar la formación.

- Una primera pasantía llamada “PPI” (Projet Personnel Individuel o Proyecto Personal Individual) de 6 meses, ya sea en Francia, que puede ser en el Poder Judicial, en una empresa, una asociación o en la Administración, etc., pero no en un estudio jurídico; o en el extranjero, en un estudio jurídico;
- Una segunda pasantía llamada “pasantía de abogado” (stage avocat), obligatoriamente en Francia, en un estudio jurídico¹⁶⁰.

4.2 Formación en ética profesional impartida en la EFB

En el CFRPA de París, la Escuela de Formación del Colegio de abogados (Ecole de Formation du Barreau o EFB)¹⁶², los candidatos a abogado adquieren habilidades interpersonales y la deontología y la ética de la abogacía ocupan un lugar importante en su formación, cuyo objetivo es:

*“proporcionarles las habilidades que necesitan para el ejercicio de su profesión, proporcionarles las herramientas esenciales para su carrera, así como los valores de la profesión. Esta es la razón por la que la ética es una asignatura fundamental, enseñada y practicada desde los primeros días en la escuela”*¹⁶³.

Así, el programa de formación de la EFB y de todas las demás escuelas confiere un lugar significativo al desarrollo de la conducta ética, preparando al futuro abogado para una práctica profesional enmarcada permanentemente en estándares legales, pero también deontológicos.

El ejercicio de la abogacía implica un “riesgo de la profesión”, en el asesoramiento y la defensa de clientes en el medio de los negocios y en otros ámbitos, riesgo que está limitado por la ética, cuyos guardianes son los presidentes de los colegios de abogados. Ello obliga a los abogados, como deber de transmisión y ejemplaridad, a enseñar la ética profesional a los candidatos a abogado. Se trata de enunciar y poner en práctica dichos riesgos para que los candidatos a abogado desarrollen el reflejo de la ética.

Así, en la EFB se imparte a los candidatos a abogado un estudio histórico y teórico; se los somete a “pruebas de [simulación de] choque” y se los introduce asimismo a prácticas extranjeras, dado que París es una importante plaza de Derecho en el mundo, lo que requiere una coordinación de reglas entre los principales colegios extranjeros de abogados. El curso de deontología profesional, que comprende 34 horas de clase (de las cuales 10 horas se imparten en línea -“e-learning”)¹⁶⁴, incluye clases magistrales, en pequeños grupos, sobre los principales temas de la ética: secreto, comunicación, conflictos de intereses e inmunidad, trato confraternal con los demás abogados, honor. Asimismo, se los entrena en el uso de la base de datos de deontología del Colegio de Abogados de París¹⁶⁵, la cual es una herramienta digital imprescindible, a través de casos prácticos¹⁶⁶.

Durante la formación, los candidatos a abogado están sometidos a una evaluación continua, exámenes parciales y finales. Asimismo, deben presentar informes sobre las pasantías que realizan, como también deben hacerlo sus supervisores en dichas pasantías. La formación culmina en la obtención del certificado de aptitud para la profesión de abogado (CAPA), que permite el ejercicio de la profesión, y autoriza una solicitud de matrícula en uno de los colegios de abogados de Francia, luego de la prestación de juramento ante la corte de apelaciones de su respectivo colegio.

Las escuelas de abogados también brindan formación continua para abogados. Esta misión se ha vuelto más importante desde que la formación continua es obligatoria para todos los abogados: veinte horas al año o

¹⁶⁰ El contenido de esta formación surge del decreto N° 91-1197 del 27 de noviembre de 1991, según la reforma de 2005.

¹⁶² La EFB, creada por la Ley N° 71-1130, del 31 de diciembre de 1971 (modificada por la Ley N° 2004-130, del 11 de febrero de 2004 y su decreto de aplicación N° 2004-1386 del 21 de diciembre de 2004), es la escuela del Colegio de Abogados de París, pero también de otros 8 colegios de abogados del resorte de la Corte de Apelaciones de París: los de Auxerre, Seine-Saint-Denis, Val-de-Marne, Essonne, Fontainebleau, Meaux, Melun y Sens. Con cerca de 1.950 candidatos a abogado inscriptos, la EFB tiene a su cargo la formación de aproximadamente la mitad de los futuros abogados de Francia (ver la Guía práctica del alumno-abogado 2015-2016 - Guide pratique de l’élève avocat 2015-2016, pág. 8). El Consejo de Administración de la EFB está formado por abogados, magistrados, profesores universitarios y representantes de los candidatos a abogado.

¹⁶³ Ver sitio web de la EFB (http://www.efb.fr/EC_presentation.html). La deontología o ética profesional es también una de las 4 materias sobre las cuales son examinados los abogados matriculados en países no pertenecientes a la Unión Europea ni al Espacio Económico Europeo, deseados de revalidar su título en Francia para poder ejercer como abogado (Art. 100 de la Ley N° 71-1130, del 31 de diciembre de 1971).

¹⁶⁴ Ver la Guía práctica del alumno-abogado 2015-2016, pág. 27.

¹⁶⁵ La base deontológica y profesional del Colegio de abogados de París es accesible a los abogados matriculados y también a los candidatos a abogado, en el sitio web del Colegio de abogados de París (<http://www.avocatparis-bdd.org/>). Dicha base incluye el Código de deontología anotado con referencias doctrinarias y a precedentes de decisiones disciplinarias del Consejo de Administración del Colegio de abogados de París. La EFB ofrece, en colaboración con el Centro de Documentación del Colegio de abogados de París, un taller de formación para aprender a utilizar esta base de datos, que constituye una herramienta necesaria para la vida profesional.

¹⁶⁶ La deontología ocupa un lugar importante en el «tronco común» de la formación e irriga el conjunto de materias incluidas en la formación, que consta de un tronco común, más orientaciones (Derecho comercial, de familia, fusiones y adquisiciones, penal, público, competencia, extranjería, tributario, inmobiliario, propiedad intelectual e industrial, laboral y vías de ejecución), entre las cuales deberán optar los candidatos a abogado (ver EFB-Libro de información del futuro alumno-abogado -Livret d’information du futur élève-avocat, págs. 3 y 4).

cuarenta horas durante dos años. Según la reglamentación en vigor,¹⁶⁷ durante los dos primeros años de ejercicio profesional, la formación continua obligatoria incluye un mínimo de diez horas sobre la deontología profesional¹⁶⁸.

5. LA APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA ÉTICA EN LA PRÁCTICA PROFESIONAL DE LOS ABOGADOS EN FRANCIA

Esta cuestión constituye una de las tres dimensiones del tema más amplio de la ética profesional del abogado en Francia, a saber:

- la normativa vigente en términos de deontología o ética profesional del abogado en Francia, cuestión que hemos esbozado en las secciones anteriores;
- la aplicación de la normativa en la práctica y
- la percepción del público y de los mismos abogados sobre dicha aplicación.

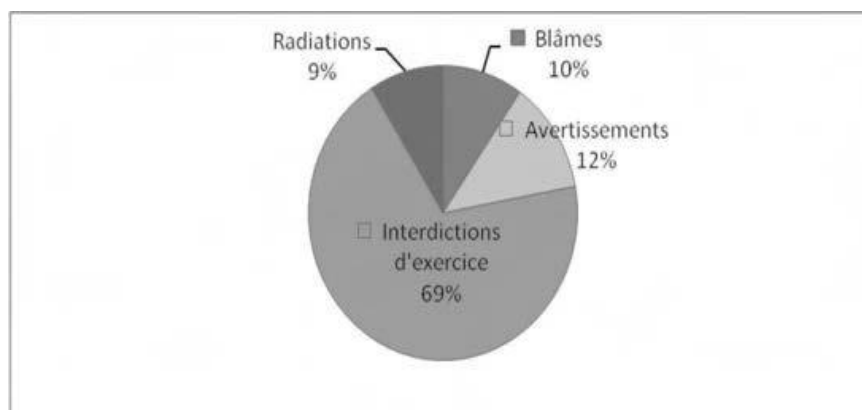
En esta sección incluimos un comentario sobre el punto (b), basado en estudios empíricos que se han efectuado en Francia y también nuestras observaciones, con relación al punto (c), las cuales incluimos por separado, por estar basadas en opiniones y experiencias personales.

5.1 Estudios e Impresiones sobre la aplicación de las normas deontológicas de los abogados en Francia

En 2016, se publicó el primer estudio empírico sobre esta cuestión (en adelante, el “Informe”),¹⁷¹ con el objeto de determinar el nivel de actividad y el número de asuntos tratados por las instancias disciplinarias de los abogados, como también si dichos asuntos son traídos por los clientes o por los colegas abogados, cuáles son sus resultados, cuáles son las faltas más frecuentemente sancionadas, si las sanciones son severas y cuáles son sus efectos para la clientela o para los demás abogados. El estudio se concentró sobre dos consejos de disciplina, sobre los asuntos tratados entre septiembre de 2005 y junio de 2012, para uno de ellos y, para el otro, el de París, entre 2009 y 2011¹⁷². Esta es una síntesis de las observaciones recogidas:

- una amplia mayoría de asuntos concierne abogados (hombres) y, en prácticamente todos los casos (hombres y mujeres), mayores de 48 años y con más de diez años de ejercicio de la profesión, o incluso veinte;¹⁷³
- si bien el porcentaje de abogados sometidos a procesos disciplinarios es relativamente bajo (1 a 3 abogados entre 1000), en casi un 70 % de los casos dichos abogados son sancionados con la interdicción temporaria de ejercicio, sanción que, junto con la expulsión o baja del Colegio de abogados, es una de las más graves, ya que tiene un impacto considerable sobre la actividad del abogado¹⁷⁴.

El siguiente gráfico ilustra la proporción de sanciones aplicadas:



¹⁶⁷ Art. 85 del decreto N° 91-1197 del 27 de noviembre de 1991.

¹⁶⁸ Los candidatos a abogado que están exentos de la obtención del CAPA, como, por ejemplo, los notarios, están obligados a tomar cursos de deontología profesional por todas las horas de formación continua durante los 2 primeros años de ejercicio profesional.

¹⁷¹ Camille CHASERANT & Sophie HARNAY, La déontologie professionnelle en pratique. Enquête sur l'activité disciplinaire de la profession d'avocat (La deontología profesional en la práctica. Investigación sobre la actividad disciplinaria de la profesión de abogado), en *Revue Française de Socio-Économie*, 2016/1 (N° 16), págs. 119 a 139 (accesible en esta página: <https://www.cairn.info/revue-francaise-de-socio-economie-2016-1-Pág.e-119.htm>).

¹⁷² Ver punto 2, pág. 122, del informe citado en la nota al pie anterior (en adelante, el “Informe”).

¹⁷³ Id., pág. 123.

¹⁷⁴ En cuanto a la duración de la interdicción, en promedio sería de menos de 11 meses y, en la gran mayoría de los casos, se trata de condenas en suspenso. En lo que hace a las expulsiones del Colegio de abogados, en París, se constató un promedio anual de 7 expulsiones en los 3 años estudiados (Informe, págs. 128 y 132).

(en orden creciente de gravedad)

Avertissements: Apercibimientos.

Blâmes: Amonestaciones.

Interdictions d'exercice: Interdicciones de ejercicio (temporarias).

Radiations: Exclusiones o bajas del Colegio de abogados (se trata de una sanción permanente).

- la instrucción de los procedimientos disciplinarios es relativamente rápida¹⁷⁶;
- el presidente del Colegio de abogados (*bâtonnier*) desempeña un rol esencial antes del inicio de dichos procedimientos, desactivando conflictos y regulando el comportamiento de los interesados¹⁷⁷;
- lo anterior significa que el procedimiento disciplinario es la última etapa de un proceso de gestión de quejas contra los abogados, lo cual confiere un carácter informal a la actividad disciplinaria, que contribuye a su opacidad (o a que sea percibida como opaca)¹⁷⁸;
- si bien las audiencias son públicas, en la práctica no se ha implementado un procedimiento de información al público de la celebración de dichas audiencias; en cuanto a las sanciones aplicadas, el público solamente se entera si se ordena la expulsión de un abogado del Colegio de abogados respectivo¹⁷⁹;
- la actividad disciplinaria sanciona con mayor frecuencia la violación de obligaciones éticas dirigidas a la propia profesión (infracciones a la delicadeza, el honor, la probidad y la fraternidad) que la violación de las obligaciones dirigidas al servicio al cliente; esto lo hace en apoyo de la imagen y del buen funcionamiento interno de la profesión¹⁸⁰;
- los deberes con los clientes se basan, como señala el RIN, en la competencia, la dedicación, la diligencia y la prudencia, valores deontológicos que constituyen además cuestiones de responsabilidad civil (por mala praxis); las faltas a estos deberes no desembocan, en general, en procesos disciplinarios, sino en acciones ante la justicia, a pesar del hecho de que constituyen infracciones a las normas deontológicas¹⁸¹.

Las autoras del Informe concluyen poniendo de relieve la paradoja de una profesión que, por un lado, pone de resalto las ventajas de su ética para el cliente, mientras que su disciplina, en cambio, sanciona principalmente las faltas de espíritu de grupo (*collégialité*) y no tanto aquellas que constituyen faltas a los deberes del abogado para con el cliente¹⁸².

La existencia de esta paradoja se explica, según las autoras del Informe, por el interés que encuentra la profesión en su posicionamiento en el mercado jurídico, ya que la lógica de mercado se impone cada vez más a la profesión, desde hace algunas décadas; asimismo, la profesión se enfrenta a la competencia creciente de otras profesiones jurídicas y “de los números” (como los contadores), como también a una competencia interna, dada la creciente especialización y globalización de los servicios jurídicos¹⁸³.

En este contexto, la actividad disciplinaria cumple el rol de recordatorio de los valores del grupo, lo cual constituye un poderoso vector de unidad para la profesión, contribuyendo así a mantener el interés colectivo de una profesión marcada por una diferenciación creciente¹⁸⁴.

En lo que hace a la opacidad de la actividad disciplinaria, las autoras del Informe la consideran relativamente contraproducente, tanto frente a la aceleración de la diferenciación interna de la profesión

¹⁷⁶ Informe, pág. 123.

¹⁷⁷ El Presidente del Colegio de Abogados recibe las quejas de clientes, de colegas y del Ministerio Público sobre la conducta de los miembros de su colegio. Su primera función es entonces “desglosar” estas denuncias, separando las relativas a los honorarios (que él mismo trata); a la mala praxis (que resultarán en transacción, ya sea vía el seguro profesional colectivo de los miembros del colegio, o ante la justicia) y aquellas que impliquen infracciones a la ética. Estas últimas son las únicas que pueden dar lugar a la apertura de un procedimiento disciplinario, instruido por el servicio de deontología del colegio respectivo (ver Informe, págs. 129-130).

¹⁷⁸ Informe, págs. 130-131.

¹⁷⁹ Las sanciones disciplinarias se publican en la base deontológica del Colegio de abogados, aunque en forma anónima. Asimismo, no hay un registro centralizado de sanciones, lo que hace posible que un abogado expulsado de un Colegio (y, por consiguiente, de la profesión) pueda inscribirse en otro (ver Informe, págs. 131-132).

¹⁸⁰ Informe, pág. 134.

¹⁸¹ Informe, pág. 135.

¹⁸² Informe, pág. 136.

¹⁸³ Id.

¹⁸⁴ Id.

como frente a las fuertes críticas de inspiración liberal a su independencia a las que están sometidas hoy las profesiones reguladas¹⁸⁵.

5.2 *Observaciones de María Beatriz Burghetto:*

Como parte de mi preparación para los exámenes para obtener la equivalencia de mi diploma argentino de abogada y poder ejercer como abogada en Francia¹⁸⁶, tomé algunos cursos prácticos de deontología en la EFB. Me impresionó el énfasis del profesor en los peligros de ignorar las normas deontológicas y, en general, en las consecuencias nefastas de un comportamiento “relajado” en el ejercicio profesional. Lo hacía a través de ejemplos de abogados que habían sido objeto de sanciones disciplinarias, que podían ir hasta la exclusión del Colegio de abogados (*radiation*), la sanción más grave, que implica la “muerte profesional”, ya que quien es sancionado no puede ejercer más como abogado en Francia, a menos que la sanción sea revocada por la corte de apelaciones competente o por la Corte de Casación, eventualmente.

Una vez en la práctica, quizá porque principalmente me he dedicado al arbitraje internacional, ámbito en el cual los abogados de parte están matriculados en países diferentes en la mayoría de los casos y, por consiguiente, no están sujetos al mismo código de ética (y los árbitros no tienen poder disciplinario sobre ellos), no he tenido hasta ahora mucha oportunidad de constatar cómo se aplican las reglas deontológicas en Francia. Ello más allá de poder comprobar, aunque no por tener conocimiento cercano de ninguno de los casos, que los colegios de abogados no dudan en aplicar sanciones serias en muchos casos, como observa el Informe citado en el punto anterior.

A lo largo de estos años de práctica, sin embargo, he percibido un cierto desaliento o desconfianza de parte de los abogados en la eficacia del ejercicio del poder disciplinario por parte del Colegio de Abogados de París, como también en la función de orientación en temas deontológicos que dicho Colegio presta (o debe prestar).

Destaco, sin embargo, la presencia importante, no sólo en la formación de los aspirantes a abogado y de los abogados, sino también en el ejercicio cotidiano de la profesión, de las consideraciones deontológicas, como, por ejemplo, la consideración con que debe tratarse a los colegas abogados y el respeto al principio de contradicción, y también la distancia sana en el trato con los magistrados.

5.3 *Observaciones de Christophe Dubois*

En complemento a las observaciones de mis coautores a las cuales adhiero, destaco que, como abogado desde hace más de veinte años, el sentimiento que prevalecía entonces era el de entrar en una profesión al servicio de la Justicia y de los justiciables. Creo que el mensaje sigue siendo el mismo con una vocación que se materializa con tradiciones muy fuertes que impactan al joven abogado: el juramento, el uso de la toga y una deontología desarrollada por una larga historia y tradición. Esta profesión es también muy criticada y lucha constantemente para mantener su voz en una sociedad y una justicia que cambian con el tiempo y que desarrollan otros valores. Por lo tanto, la profesión, el Colegio de Abogados, a la hora de resolver problemas se manejan con mucha discreción, que puede ser interpretada como un intento de protección.

5.4 *Observaciones de Santiago Muzio de Place*

La profesión no es ajena a un cierto derrumbe moral que afecta a todos los sectores de la vida moderna. Así, pese a la existencia teórica de una deontología estricta, en la práctica abundan ejemplos de una cierta flexibilidad a la hora de respetar los principios esenciales de la profesión.

Tres factores contribuyen, a mi entender, a socavar la confianza creada desde hace siglos por el respeto férreo de una ética profesional:

(a) la formación deficiente en los CRFPAs;

(b) el aumento del número de abogados practicantes, lo cual trae aparejado un ejercicio profesional mucho más competitivo y

(c) la ausencia de sanciones ejemplares por parte de los colegios de abogados.

Falta de preparación en los centros de formación

En la práctica, -por haberlo conversado con muchos estudiantes que se encontraban en etapa de formación-, la deontología es memorizada leyendo el RIN y, luego, las clases se componen de anécdotas

¹⁸⁵ Id.

¹⁸⁶ La deontología es una de las 4 materias sobre las que se examina (oralmente) a los abogados (franceses o extranjeros) que han obtenido sus diplomas en países no pertenecientes a la Unión Europea ni al Espacio Económico Europeo: las otras 3 son (i) un examen escrito (redacción de una demanda o contestación de demanda en un asunto de Derecho civil); (ii) un examen escrito sobre una de las siguientes materias, a elección del candidato: Derecho comercial (societario y empresas en dificultades, principalmente); Derecho penal; Derecho laboral o Derecho administrativo y (iii) un examen oral sobre Derecho procesal civil, procesal penal y procedimiento administrativo, con nociones de la división de competencia entre el fuero judicial y el administrativo (la Resolución del Ministerio de Justicia del 7 de enero de 1993 -modificada en 2019- establece el programa y modalidades del examen de control de conocimientos previsto en el art. 100 del decreto N° 91-1197 del 27 de noviembre de 1991 que organiza la profesión de abogado).

contadas por abogados que no parecen hacer mella en el espíritu de los estudiantes. He podido notar que éstos se preocupaban mucho más de su especialización que de la puesta en práctica de los principios esenciales de la ética profesional. De hecho, muchos comportamientos inadecuados ante los tribunales provienen de inexpertos abogados, más por ignorancia que por malicia.

Aumento del número de abogados practicantes - ejercicio profesional crecientemente competitivo

Desde hace años el número de abogados se incrementa sin cesar. A partir del año 2000, esto creó una tensión en el mercado que este no ha podido absorber. Es hoy una preocupación constante, para todo tipo de estudios, buscar nuevos clientes y la captación de clientes es cada vez más agresiva.

La diversidad de las estructuras de ejercicio -abarca desde estudios multinacionales, hasta abogados solitarios-, y de las remuneraciones de los abogados crea una profesión muy desperejada¹⁸⁸ que, paradójicamente, se presenta como armonizada.

Hay que agregarle a ello dos otras circunstancias que afectan negativamente a las finanzas del abogado:

- casos en los cuales abogados han abusado de la facturación de honorarios, creando en el imaginario colectivo una idea según la cual un abogado siempre factura precios exorbitantes;
- una política de cost-killing de la mayoría de las empresas que ya no ven en el abogado a un hombre de confianza, si no a un prestador de servicios como cualquier otro.

La profesión, en su afán de presentarse como moderna, ha abandonado su posición para mezclarse en la mediocridad de la cruda competencia mercantil.

En consecuencia, los tiempos son más duros para el ejercicio profesional y la tentación es más fuerte a la hora de dejar de lado ciertos principios para facturar el número de horas necesarias para llegar a fin de mes.

Sin duda, ello afecta de manera negativa la manera de ejercer la profesión y al respeto de la ética.

La ausencia de sanciones ejemplares por parte de los colegios de abogados

Existe una concepción equivocada que tuve, en más de una ocasión, la oportunidad de discutir con distintos presidentes de colegios de abogados y que es la siguiente: es mejor sofocar inter pares un comportamiento equivocado de un abogado particular, antes de que éste se torne público y afecte a toda la profesión. Esto es un error, ya que el rol de la autoridad profesional es justamente el de poner orden entre sus miembros.

En la práctica, sin embargo, para ser sancionado, -y es cierto que hay sanciones que se aplican-, hay que cometer actos de gravedad y, generalmente, que éstos se tornen públicos. La tendencia que pude observar es que en tanto nadie se entere, poco importan las violaciones al Código de Ética.

Hay también mucho amiguismo en los colegios, sobre todo en los de ciudades pequeñas o medianas en las cuales muchos conocen sus respectivos pecados y tienden a ocultarlos mutuamente.

Para darles un ejemplo, tengo en curso un caso contra un abogado de renombre de uno de estos colegios de talla mediana. Tuve tres dictámenes de las comisiones de ética concluyendo en la ausencia de la violación de correspondencia cubierta por el secreto profesional, mientras que dicha violación era flagrante. Cansado de lidiar con la desidia de tales instituciones, terminé iniciando una acción penal contra el abogado en cuestión, que fue recibida y está en curso de instrucción. En lugar de preocuparse por la gravedad de la falta cometida, el Presidente del Colegio de abogados de Lyon me llamó para decirme que mi actitud no era fraternal (o propia del debido trato entre pares) y que corríamos el riesgo de que el asunto fuera publicado por ¡la prensa!

De modo que existe en teoría una férrea defensa de la deontología profesional de los abogados en Francia limitada en la práctica por los intereses difusos y diversos de los miembros de los colegios profesionales a quienes les compete hacer respetar los principios éticos esenciales.

6. CONCLUSIÓN

En conclusión, hemos tratado de describir en este trabajo lo que significa ser abogado en Francia, desde la formación en las escuelas de abogados, en las que se prepara a los aspirantes a abogado para la práctica profesional, con énfasis en el respeto de las normas deontológicas de la profesión, hasta la práctica profesional, en la que la deontología también juega un rol significativo, aunque más no sea para mantener y profundizar el sentimiento de pertenencia a un grupo que ejerce una profesión regulada, pero que también se autorregula, y que debe hacer frente a cambios y una creciente competencia interna y externa.

BIBLIOGRAFÍA

CHASERANT, Camille & HARNAY, Sophie:

¹⁸⁸ En el Colegio de abogados de Lyon, por dar un ejemplo, un tercio de la profesión factura menos de 30.000 Euros al año, según información proporcionada por el Presidente de dicho Colegio, suma que ni siquiera alcanza el monto del salario mínimo francés, una vez deducidas las cotizaciones profesionales, las contribuciones sociales y los impuestos.

2016 *La déontologie professionnelle en pratique. Enquête sur l'activité disciplinaire de la profession d'avocat* (La deontología profesional en la práctica. Investigación sobre la actividad disciplinaria de la profesión de abogado), *Revue Française de Socio-Économie*, 2016/1 (N° 16), págs. 119 a 139.

Ecole de Formation du Barreau (EFB):

2015 *Guide pratique de l'élève-avocat 2015-2016* (Guía práctica del alumno-abogado 2015-2016)

2020 *Livret d'information du futur élève-avocat* (Libreta de información del futuro alumno-abogado)

MARÍA BEATRIZ BURGHECETO

Abogada (Universidad de Buenos Aires). Admitida en el Colegio de Abogados de París y como *solicitor* de Inglaterra y Gales. Exconsejera adjunta en la secretaría de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Miembro de la Comisión de arbitraje y medios alternativos de resolución de conflictos de la Cámara de Comercio Internacional. Co-responsable de la Comisión abierta América Latina del Colegio de abogados de París. maria.beatriz.burghetto@orange.fr.

Lawyer (Universidad de Buenos Aires). Admitted at the Paris Bar Association, and as solicitor in England and Wales. Former adjunct advisor at the Secretariat of the International Chamber of Commerce. Member of the International Chamber of Commerce's Arbitration and ADR Committee. Co-chair of the Paris Bar Association's Open Committee for Latin America. maria.beatriz.burghetto@orange.fr.

CHRISTOPHE DUBOIS

Abogado (Paris, Barcelona and Buenos Aires). Abogado interno en multinacionales y en importantes estudios de abogados británicos, españoles y franceses. Creó su propio despacho en España y está actualmente radicado en Buenos Aires. cdubois@wsclegal.com.

Lawyer (Paris, Barcelona and Buenos Aires). He served as in-house attorney for multinational companies, and as member of British, Spanish and French leading law firms. He formed his own firm in Spain and is currently based in Buenos Aires. cdubois@wsclegal.com.

SANTIAGO MUZIO DE PLACE

Abogado (Universidad de Buenos Aires and EFB, Paris). Admitido en Buenos Aires y Lyon. Luego de trabajar en importantes firmas creó su propia firma. Miembro de Fórum Francófono de los Negocios (FFA) y de la Comisión de Derecho internacional del Barreau de Lyon (CIBLY). cdubois@wsclegal.com.

Lawyer (Universidad de Buenos Aires and EFB, Paris). Admitted in Buenos Aires and Lyon. After serving at leading law firms he formed his own firm. Member of the Business French-Speaking Forum (FFA) and of the Lyon Bar Association's International Law Committee (CIBLY). cdubois@wsclegal.com.

[\(Ir al INDICE\)](#)

LA ÉTICA PROFESIONAL EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

MELISA ORTES GONZÁLEZ

(Con la colaboración de Andrea Marina Galassi)

RESUMEN: La autora explica el origen histórico de la formación de los colegios de abogados de los Estados Unidos de América, la función de la honestidad y el honor como parámetros para el juzgamiento disciplinario de los abogados, y el marco constitucional y regulatorio aplicable.

ABSTRACT: *The author explains the historical origin of the formation of bar associations in the United States of America, the role of integrity and honor as disciplinary standards for lawyers and their constitutional and regulatory framework.*

PALABRAS CLAVE: abogado; ética profesional; Constitución de los Estados Unidos de América; reglas disciplinarias; matriculación de abogados.

KEYWORDS: *lawyer; lawyers' ethics; Constitution of the United States of America; disciplinary rules; lawyers' licensing.*

"We educated, privileged lawyers have a professional and moral duty to represent the underrepresented in our society, to ensure that justice exists for all, both legal and economic justice"

Sonia Sotomayor, Juez Asociada de la Suprema Corte de los Estados Unidos

1. SIGNIFICADO HISTÓRICO DE LA ÉTICA PROFESIONAL DEL ABOGADO

Para comprender el rol que juega la ética profesional en el foro local se hace necesario recordar que el desarrollo de los estándares éticos en las colonias americanas no fue de manera inmediata, sino local y gradual. Así, mientras en un principio el ejercicio de la profesión de abogado no estaba sujeto a reglas éticas preestablecidas, dado que la norma imperante era la auto representación, la sanción de la Constitución de los Estados Unidos (1789) significó un antes y un después a esa regla. En efecto, su artículo III prevé disposiciones sustantivas en cuanto a la ley a las cortes, erigiendo al poder judicial como un poder de gobierno independiente y con la capacidad de revisar la actuación de los otros dos poderes: el Ejecutivo y el Legislativo. En suma, la Constitución representó una fuente clave para la eventual formación de los códigos de ética para abogados y jueces¹⁸⁹.

Con el correr de los años, al culminar la Guerra Civil Norteamericana (1861-1865) y ante la necesidad de reorganización, comienza una nueva etapa: la de las asociaciones profesionales, las cuales no solo fueron ganando influencia en lo social sino también en número de miembros. Entre ellas, en 1870 se fundó la *Association of the Bar of the City of New York* (Asociación del Foro de la Ciudad de Nueva York), asociación pionera en su tipo, y con el objetivo de combatir la corrupción en el gobierno local. En 1878, y según el modelo de la Asociación del Foro de la Ciudad de Nueva York, se creó la *American Bar Association* (ABA) con el:

*"compromiso de avanzar en la rule of law o regla de Derecho o en el territorio de los Estados Unidos y con el objetivo de proveer de recursos para la práctica profesional de los abogados, la acreditación de las escuelas de Derecho, códigos de ética y más", tal cual se describe en sus propósitos.*¹⁹⁰

¹⁸⁹ <https://law.jrank.org/Pág.es/9481/Professional-Responsibility-History.html#:~:text=Professional%20associations%20and%20ethical%20codes,and%20facilitate%20the%20legal%20profession.&text=In%201887%2C%20the%20Alabama%20Bar,first%20comprehensive%20code%20of%20ethics> (Última visita, 21/9/2020).

¹⁹⁰ Cfr. E. Allan Farnsworth, *Introducción al Sistema Legal de los Estados Unidos*, Zavalía Ed. 1993, Buenos Aires.

Cabe destacar que, en los años posteriores, la ABA sometió a revisión y debate varios de los códigos de ética estatales, lo que llevó a que 1908 se adoptaran los 32 Cánones Éticos de la Profesión. Posteriormente, en 1969 y ante la crítica que hicieron los profesionales respecto a los inconvenientes prácticos a la hora de su aplicación, fueron reemplazados por la misma Asociación, con el Código Modelo de Responsabilidad Profesional (1969). Sin embargo, tal cambio tampoco perduró en el tiempo: en 1983, y ante las críticas de las que fue objeto, el Código de 1969 fue también reemplazado por las Reglas Modelo de Conducta Profesional.¹⁹¹

Hoy en día los 50 estados y el Distrito de Columbia han adoptado parcial o totalmente las Reglas Modelo de Conducta Profesional de la ABA¹⁹².

2. RELEVANCIA DE LA ÉTICA PROFESIONAL DURANTE LA FORMACIÓN COMO ABOGADO

Al igual que en la República Argentina, en los Estados Unidos la forma de reglamentar el ejercicio de la profesión es a discreción de cada uno de los estados y sus cortes. Generalmente, se requieren cuatro años de college y el título de abogado o Juris Doctor (J.D), que a su vez conlleva tres años de facultad de Derecho.

Si bien las reglas de responsabilidad profesional regulan la profesión del abogado de la matrícula, la ética y la honestidad cobran relevancia desde el momento en que una persona decide aplicar a una facultad de Derecho. Como parte de la aplicación, el candidato debe declarar desde la existencia de una sanción disciplinaria escolar, hasta un procesamiento o condena penal. Si luego se descubre que las respuestas eran falsas o incompletas, la universidad podrá revocar el título, o incluir ese artificio en el certificado analítico. De igual manera, cada alumno jura cumplir con el código de honor de la universidad, cualquier violación al código de honor, como ser un plagio, será incluida en el certificado analítico. Estas anotaciones podrán tener como resultado que la Bar Association del estado en el que pretende ser inscripto niegue el otorgamiento de la matrícula al graduado que puso su honestidad en juego antes y durante sus estudios.

Durante la carrera, la materia de ética profesional es fundamental. Juega un rol central y es considerada la más importante de la facultad de Derecho por muchos, ya que el objeto de la materia es el único al que todos los estudiantes van a estar expuestos durante su carrera, sin importar la especialidad que elijan¹⁹³. En la misma, los profesores no sólo remarcan las reglas de ética, sino que también exponen a alumnos a las disyuntivas éticas a las que se van a enfrentar a diario en el ejercicio de la profesión.

Para poder ejercer la profesión de abogado, cada graduado deberá matricularse en el colegio de abogados (Bar Association) del estado en el que vaya a ejercer¹⁹⁴.

El proceso de matriculación es arduo y prolongado, y conlleva una serie de exámenes conjuntamente llamados Bar Exam, el cual incluye un riguroso examen de ética que pone a prueba el conocimiento de las extensas reglas de ética profesional. Asimismo, los candidatos a la matrícula deben presentar evidencia de su character and fitness (integridad moral e idoneidad)¹⁹⁵.

Por ejemplo, para poder evidenciar su integridad moral en el estado de New York, el candidato debe presentar una carta de recomendación de cada uno de sus empleadores de los últimos diez años, cartas de recomendación de otros miembros del Bar Association, declaración jurada de su integridad moral e idoneidad, que incluye preguntas sobre la conducta académica en la facultad de Derecho; historia criminal; conducta social en general¹⁹⁶. Todos los aspectos de la conducta pasada del candidato están sujetos a revisión por el Comité de Character and Fitness. Una conducta criminal, y otras conductas de bajeza moral son causa suficiente para que se le deniegue la matrícula. Pruebas sobre su “rehabilitación” pueden ser consideradas. Por otro lado, cualquier mentira u omisión relevante en la aplicación podrá costarle la matrícula, si eso es luego descubierto¹⁹⁷. La revisión de estos documentos y de una posible verificación de

¹⁹¹ <https://law.jrank.org/Pág.es/9481/Professional-Responsibility-History.html#:~:text=Professional%20associations%20and%20ethical%20codes,and%20facilitate%20the%20legal%20profession.&text=In%201887%2C%20the%20Alabama%20Bar.first%20comprehensive%20code%20of%20ethics> (Última visita 20/9/2020)

¹⁹² Para más información acerca de las reglas, la ABA las ha puesto a disposición del público en https://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct/model_rules_of_professional_conduct_table_of_contents/

¹⁹³ Russell G. Pearce, “Teaching Ethics Seriously: Legal Ethics as the Most Important Subject in Law School,” 1998 https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1780&context=faculty_scholarship

¹⁹⁴ El término Bar (barra) refería originalmente a la división que se utilizaba en las salas de audiencias para separar el sector ocupado por el público del que utilizaban los jueces, abogados y otras personas actuantes en el proceso. En la actualidad se utiliza para designar en su conjunto a todos los profesionales del Derecho. Cfr. E. Allan Farnsworth, Introducción al Sistema Legal de los Estados Unidos, Zavalía Ed. 1993, Buenos Aires.

¹⁹⁵ Sección 520.12 de las Rules of the New York State Court of Appeals for the Admission of Attorneys and Counselors at Law (Reglas de la Corte de Apelaciones del Estado de New York para la admisión de abogados).

¹⁹⁶ *Id.*

¹⁹⁷ Regla 8.1 de las ABA Model Rules of Professional Conduct.

antecedentes puede tomar hasta tres meses. Si el candidato es preaprobado, luego tendrá una entrevista con miembros del Comité de Character and Fitness, quienes tendrán la palabra final en la matriculación del candidato.

3. ÉTICA PROFESIONAL EN EL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN DE ABOGADO

Como se mencionó antes, en los Estados Unidos los abogados están sujetos a los más altos estándares morales, y gran parte de las decisiones que se toman a diario tanto legales como de negocios no son llevadas a cabo sin antes analizar las consecuencias éticas. Por ello, estudios de abogados medianos y grandes han creado un departamento específico de responsabilidad profesional y manejo de riesgos. Este departamento analiza cada nueva oportunidad de negocios, redacta lineamientos internos para eliminar la responsabilidad del estudio y de los abogados individualmente, y es el encargado de velar por el cumplimiento de las normas tanto internas como estatales. Así, es el sector que tiene por función el tratamiento de potenciales conflictos de intereses, crear pantallas para que ciertos abogados no tengan acceso a cierta información, redactar modelo de tarifas que no violen ninguna regulación, protección del secreto profesional, etc. También, sirven como organismo de consulta, que al mismo tiempo tiene la autoridad para prevenir que se tomen determinadas decisiones.

Por ejemplo, los abogados no pueden hacer negocios con sus clientes, o adquirir participación en sus empresas, y todos los fondos recibidos por el cliente se tienen que mantener en un escrow y no mezclarse con los propios del abogado¹⁹⁸. Los abogados no pueden compartir honorarios con quienes no son abogados, y es por eso que grandes consultoras como EY o PWC no pueden ofrecer servicios legales, cuando sí lo hacen en otras partes del mundo.

La honestidad y el honor son también parte de las reglas procesales. La regla 11 de las Reglas Federales de Procesal Civil requiere que el abogado acompañe cada escrito con una declaración de que el escrito no se presenta por una razón indebida (como puede ser acosar o extorsionar a la otra parte), que la demanda, o defensa se sustentan en ley vigente y no son frívolas, y que las contenciones o negatorias se basan en evidencia o en la falta de evidencia. El abogado que mienta u omite en esta declaración será pasible de sanciones. No hay prueba más clara de un sistema que valora el honor y la honestidad en cada etapa procesal. Es por ello que las partes de los juicios, e incluso un imputado en un proceso penal, no pueden mentir, y el abogado tiene que velar por que eso no suceda.

Asimismo, las reglas específicamente prohíben a los que en Argentina se conocen como “abogados carancho,” y otro tipo de sollicitación de servicios en persona¹⁹⁹.

Otro aspecto interesante es el deber de reportar la mala conducta profesional de otro abogado al momento de tomar conocimiento de ello²⁰⁰. El abogado que omite reportar esa conducta también será pasible de sanciones.

Una típica situación delicada que se puede presentar es el conflicto entre velar por mantener la confidencialidad de la información recibida por el cliente²⁰¹, y el deber de reportar lo conocido a través del cliente para prevenir que el cliente cometa un crimen o estafa²⁰². Este ejemplo ilustra las complejidades que presenta la profesión, donde incluso los abogados bienintencionados pueden violar las reglas de ética inadvertidamente. Por esta razón, para mantener la matrícula en buen estado, los abogados deben completar créditos de educación sobre ética profesional de manera anual a través del programa de CLE (Continuing Legal Education).

4. SANCIONES DISCIPLINARIAS Y EL *DISBARMENT*

Como se puede observar, las reglas de ética profesional son específicas y firmes, y marcan el estándar de conducta que no debe ser violado y que garantiza que las reglas de juego se cumplan y que cada parte juegue limpio, sin margen para trampas o atajos. Así se protege el interés del cliente, de las cortes, y de la justicia en general. Aún más importante es el efectivo cumplimiento y aplicación de sanciones.

El proceso disciplinario comienza con una queja presentada en el estado que tiene autoridad sobre el abogado, si la queja no es desestimada por el comité de agravio, la investigación continúa hasta que el abogado pueda tener una audiencia que respete su derecho al debido proceso. La sanción puede ser una suspensión temporaria a una revocación permanente de la matrícula. En este último caso, esto va a tener

¹⁹⁸ Regla 1.8 (b)(2) de las ABA Model Rules of Professional Conduct.

¹⁹⁹ Regla 7.3 de las ABA Model Rules of Professional Conduct.

²⁰⁰ Regla 8.3 (b)(2) de las ABA Model Rules of Professional Conduct.

²⁰¹ Regla 1.6 (a) de las ABA Model Rules of Professional Conduct.

²⁰² Regla 1.6 (b)(2) de las ABA Model Rules of Professional Conduct.

como consecuencia que el abogado no pueda matricularse en otro estado, o que pierda la matrícula que tiene en otro estado, ya que la sanción es prueba suficiente de la falta de honradez del abogado para ejercer la profesión. Cada año, los comités de agravio de los diferentes estados circulan un reporte que nombra a los abogados sancionados.²⁰³

Es así como las Reglas Modelo de Conducta Profesional y otras reglas de ética no son reglas estáticas que se quedan en la teoría, son reglas dinámicas que cambian y se actualizan con la realidad del país, y que son consultadas y custodiadas cada día.

MELISA ORTES GONZÁLEZ

Abogada (Universidad Católica Argentina). Magister (LLM, Northwestern Pritzker School of Law, con honores). Admitida en Buenos Aires y en Nueva York. Asociada en Kobre & Kim, Nueva York. Especializada en Derecho Penal Económico Transnacional. melisa.ortesgonzalez@kobrekim.com.

Lawyer (Universidad Católica Argentina), LLM Masters Degree (Northwestern Pritzker School of Law, with honors). Admitted in Buenos Aires and New York. Associate at Kobre & Kim, New York. Specialized in Cross-border Economic Criminal Law. melisa.ortesgonzalez@kobrekim.com.

ANDREA MARINA GALASSI

Abogada (Universidad de la Cuenca del Plata). Master en Derecho Ambiental (Universidad Pace, New York). Master en Relaciones Internacionales (Universidad del Salvador). Asesoró al Ministerio de Relaciones Exteriores de la República Argentina y al Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo en materia ambiental y del Derecho del Mar. Asesora entidades sin fines de lucro. andreamgalassi@gmail.com.

Lawyer (Universidad de la Cuenca del Plata). Master in Environmental Law (Pace University New York). Master in International Relations (Universidad del Salvador). Former advisor of Argentina's Ministry of Foreign Affairs and of the United Nations' Program for Development (PNUD). She advises NGOs. andreamgalassi@gmail.com.

[\(Ir al INDICE\)](#)

²⁰³ Vea por ejemplo <https://www.nycourts.gov/courts/AD1/Committees&Programs/DDC/Annual%20Report%202017.pdf>

LA ÉTICA DE LA ABOGACÍA EN LA ARGENTINA Y LOS RESULTADOS DE UNA ENCUESTA

HORACIO M. LYNCH (*)

RESUMEN: El autor analiza la vinculación de la crisis de la abogacía con la ausencia de la enseñanza de la ética. Sobre la base de estos datos y otros de diferentes fuentes, se concluye que en diez años se recibieron 120.000 abogados, de los que más de 90.000 no recibieron la formación ético-profesional adecuada. Sólo un grupo de facultades de derecho la enseñan. Esto contrasta con lo que ocurre en países como Francia y los Estados Unidos de América. Es también grave el desinterés: no hay reacción en los colegios de abogados y ninguna autoridad nacional convoca a reaccionar. Los datos de la práctica profesional y los medios reflejan esta situación. Y la encuesta que hemos realizado entre jóvenes profesionales la confirma.:

ABSTRACT: *The author analyses the link between in the Argentine legal profession and the absence of teaching ethics, considered as essential. Based on these data and others from different sources, it is concluded that out of 120,000 lawyers graduated in ten years, more than 90,000 did not receive adequate professional-ethical training. Currently, only a handful of law schools teach it. This contrasts sharply with what is happening in countries like France and the US. The lack of interest is also serious: there is no reaction at the bar associations and no national authority calls for a reaction. Data from professional practice and the media reflect this situation. And the survey we have carried out among young professionals confirms it.*

PALABRAS CLAVE: abogado; ética de la abogacía; enseñanza de la ética.

KEYWORDS: lawyer; ethics of the legal profession; teaching of Ethics.

1. LA REALIDAD Y UNA ENCUESTA

Es común hablar de la ética de la abogacía en términos pomposos, pero poco o nada se dice de la realidad, del efectivo cumplimiento de esas normas en la práctica diaria de la abogacía. Véase, por ejemplo, el estudio realizado por el Ministerio de Justicia de la Nación en 2019, que es un interesante compendio de principios, normas y jurisprudencia, pero que no nos informa sobre la situación real de la profesión en la Argentina; es más, al final de este trabajo incluyo un cuadro que he confeccionado con información de la misma fuente, que acredita que el 75 % de los casi 120.000 abogados egresados en un período de diez años no ha recibido educación ética²⁰⁴.

Es cierto que faltan en el mundo estudios empíricos del efectivo cumplimiento de la ética entre los abogados, (con la honrosa excepción de un muy buen trabajo realizado en 2016 en Francia²⁰⁵).

En la Argentina no estamos nada bien: los controles no funcionan, o funcionan mal, o hay renuencia para llamar la atención o sancionar a los abogados por un fuerte espíritu corporativo. Los colegios de abogados ignoran los problemas éticos y, cuando se plantean entre sus socios, hacen lo imposible para arreglarlo. No se publican las sanciones. En el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (la ciudad de Buenos Aires) hay muchos expedientes, pero el enorme porcentaje son denuncias por falta de pago del bono obligatorio, que alimenta sus arcas.

De ahí que, puestos a encarar un proyecto de reactivación del tema de la ética nos pareció natural indagar sobre el cumplimiento efectivo de las reglas del buen ejercicio profesional. Tenemos la experiencia diaria de

* La base de este art. ha sido la encuesta realizada en agosto 2020 entre un grupo de 330 abogados jóvenes, con 81 respuestas.

²⁰⁴ V. Ética en el ejercicio profesional del abogado, 1ra. edición: noviembre de 2019 Editado por Ediciones SAIJ de la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica, bajo la dirección de Adriana Donato, < <http://www.germangaravano.com/2020/publicaciones/etica-ejercicio-profesional-abogado.pdf>>

²⁰⁵ Como excepción, destacamos la investigación efectuada en Francia, comentada en el trabajo de Burghetto, Dubois y Muzio sobre “La ética profesional del abogado en Francia”, incluido en esta obra, y que se titula “La déontologie professionnelle en pratique. Enquête sur l’activité disciplinaire de la profession d’“avocat” realizada por Camille Chaserant, Sophie Harnay La Découverte y publicada en la «Revue Française de Socio-Économie» 2016/1 N° 16 | Pág.es 119 à 139, disponible en <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01297137>.

nuestra práctica profesional, hay información en los medios, generalmente malas noticias, pero no hay mucho más.

Para corroborar lo que comento y para saber qué posición tienen los jóvenes abogados resolvimos hacer una encuesta entre ellos. Una encuesta no nos puede dar una fotografía exacta de la realidad pues es muy difícil de realizar y requeriría un trabajo que nos excede, pero al menos es algo más, bastante más, que opinar con poca información.

Esperamos que otros ensayos que se incluyen en esta obra respecto al cumplimiento de las normas de la profesión en otros foros del mundo sean útiles para concluir a qué distancia nos encontramos y, en este esfuerzo, los resultados de la encuesta podrán servirnos de punto de comparación.

2. LA ÉTICA Y LA CRISIS DE LA ABOGACÍA EN LA ARGENTINA

La falta de ética que se advierte en el ejercicio profesional de la abogacía en la Argentina es una manifestación de la crisis que envuelve a la profesión desde hace décadas. O, mejor dicho, ésta es consecuencia de aquella. En 1977 y en 1978 escribía:

“(...) II. . La crisis de la abogacía. Hace algunos años hemos denunciado lo que consideramos una verdadera “crisis de la abogacía”²⁰⁶, pese a lo cual no han habido reacciones ni preocupación positiva en los organismos profesionales. Señalamos entonces que la situación que padece nuestra profesión es pareja tanto en las jurisdicciones donde hay colegiación obligatoria como en las que no las hay. Los síntomas que advertimos son: a) la defectuosa formación profesional de los abogados, b) la grave situación por la que atraviesan las oleadas de nuevos abogados y sus consecuencias sobre la profesión y el sistema judicial y c) el incorrecto ejercicio profesional. La gravedad del primer tema no necesita ser destacada y sobre el particular nos remitimos a las conclusiones que arroja un reciente estudio²⁰⁷. El segundo es también muy serio y vale la pena transcribir una gráfica opinión de G. Claretie (“La miseria de los abogados jóvenes”), citada por Bielsa en su célebre obra sobre la abogacía: “...Y muy a menudo ocurre que en los comienzos de la carrera pasan los años para el joven abogado en esa lúgubre espera, y muy a menudo, también esto significa la miseria... Creo -dice luego- que la miseria del abogado sin pleitos es más siniestra aún que la del médico sin clientes. El médico puede ir al hospital, ver enfermos, estudiar, trabajar. ¿Qué puede hacer el abogado? Nada...”²⁰⁸.

Tampoco la importancia de la tercera cuestión necesita mayor explicación. Ya el mismo Bielsa advertía en su obra citada que el régimen de oficialización de los Colegios de abogados en el país, generalizado a partir de 1945, “no ha determinado una modificación apreciable en la misión y funcionamiento de los colegios de abogados” y en otro pasaje comentaba que “... ¡ojalá que la actividad disciplinaria fuese norma en los colegios de abogados de la República! ...”²⁰⁹.

Esta crisis de la profesión afecta profundamente a la sociedad, al sistema judicial, a la abogacía en general y aún a los abogados en su trabajo individual, aun cuando se lo quiera desconocer o se prefiera no averiguarlo, y necesita una solución. Analizaremos aquí si el camino propuesto por esta ley nos conduce a ella. Pero es muy importante retener que todos (la sociedad, la abogacía, el sistema de administración de justicia, los abogados individualmente considerados) estamos afectados por esta crisis, aun cuando egoístamente pensemos que a algunos no nos afecta ni nos puede perjudicar²¹⁰.

²⁰⁶ V. Ver Lynch, Horacio M., “La situación de la abogacía en la Capital Federal” JA., 1977-1, pág. 825 y Lynch, Horacio M. et al., “La abogacía en crisis”, Ed. FORES, Buenos Aires, 1979.

²⁰⁷ Ver “Encuesta sobre la educación legal y formación de abogados en la República Argentina”, Ed. FORES, Buenos Aires, 1984; ver también del CARRIL, Enrique V., “Educación legal: Tiempos de reflexión en común”, en LA LEY, t. 1983-B, pág. 1033.

²⁰⁸ Ver Bielsa, Rafael, “La Abogacía”, 31 ed. Ed. Abeledo Perrot, 1960.

²⁰⁹ Lo cierto es que, si consideramos lo que ocurre en las provincias, con régimen de colegiación obligatoria, lamentablemente pensamos que no puede tomarse como ejemplo a favor ni tampoco en contra para justificar la sanción de algo similar en la Capital Federal, (conf. Luqui, Juan Carlos, “Abogados, democracia y libertad”, JA 1980-I, p. 741).

²¹⁰ Quizá convenga explicar estas manifestaciones de la crisis profesional: “(...) La declinación de la profesión puede remontarse por lo menos 50 años atrás, pero el proceso de deterioro real comienza a producirse a partir de la década de los ‘60, y particularmente luego de los ‘70. En los trabajos citados en la nota 2, efectuados en los años 1977 y 1979, se mostró lo que se estaba produciendo en la abogacía, y se proporcionaron algunas precarias cifras que entonces se pudieron obtener (...) Es vital entonces que un organismo preocupado por la suerte de la profesión, obtenga los datos precisos sobre la situación profesional para tener por lo menos un gesto de elemental caridad hacia todos estos jóvenes y cuál será la situación que enfrentarán luego de recibirse, y que, además, prevea las consecuencias del impacto que producirá en la profesión y sobre el sistema judicial, la incorporación masiva de estos nuevos profesionales. La incidencia de las nuevas camadas de abogados sobre la administración de justicia, fue estudiado por el genial Calamandrei, Piero, “Demasiados abogados”, donde demuestra perfectamente lo que ocurría en la Italia de los años ‘30, con una proporción de abogados 10 veces inferior a la actual nuestra. Pensemos entonces lo que puede ocurrir para dentro de 15 años, con una cantidad que seguramente duplicará la actual. Estas consideraciones deberían demostrar, a nuestro juicio, por qué, desde hace años, estamos denunciando esta “crisis de la abogacía”, y por qué se impone que se estudie su solución (...)”.

Desde aquella época prácticamente no hubo cambios positivos; antes bien, han empeorado prácticamente todas las variables que entonces consignaba²¹¹. Tampoco hubo reacción alguna ni en las facultades de Derecho ni en los colegios de abogados. Algunas casas de altos estudios privadas que se fundaron luego, se han preocupado más del problema, pero inciden poco en el gran número de profesionales.

Entonces la situación es grave y con síntomas declinantes (pese a lo que insinúa un informe del Ministerio de Justicia “La abogacía en argentina” al que luego haré referencia).

2.1 La mala situación de la Justicia también acredita la crisis de la abogacía que es una crisis profundamente ética

Un síntoma más, sin duda, es la mala situación de nuestra Justicia, pues según la ley de vasos comunicantes no puede haber una buena justicia sin una buena abogacía (Calamandrei). Los valores éticos y morales en la abogacía no son simples ideales teóricos e inasibles, sino que tienen repercusión directa en la realidad actual, en la Justicia de la Argentina. Los gravísimos problemas coyunturales siempre han llevado a postergar el ideal que es tener buenos jueces y buenos abogados para la vigencia del Estado de Derecho en el país. Mucho de lo que hoy nos pasa tiene que ver con la caída de los valores morales en los profesionales del Derecho²¹².

Áreas de Vacancia Cuadro No. 2	Universidades Públicas	Universidades Privadas	Totales
Práctica Profesional	6.684	10.113	16.797
Investigación Jurídica	1.000	1.421	2.421
Gestión de conflictos, negociación y mediación	842	1.316	2.158
Ética Profesional	648	1.339	1.987
Habilidades Básicas de la vida universitaria	626	1.476	2.102
Destrezas para el litigio	490	334	824
Razonamiento y decisión judicial	240	691	931
Prueba	126	0	126
Contenidos Transversales	0	64	64
Gestión Judicial	0	0	0
Totales	10.720	16.690	27.410

FUENTE: Ministerio de Justicia, La abogacía en Argentina, 2018 – Cuadro No. 2

Aunque no es el propósito de este breve ensayo analizar la situación de la profesión en el país, en verdad, no hay comentarios elogiosos y un tema recurrente son los incumplimientos a los deberes éticos. Por ejemplo, un editorial del diario La Nación de tiempo atrás²¹³, se titulaba “Abogados sin ética”, con el siguiente subtítulo “Ante la indiferencia de los colegios profesionales, hay letrados mediáticos que prosperan con los escándalos y transmiten una deplorable imagen”. También, una conocida profesional de frecuente aparición en los medios se vanagloriaba de su actuación, sin intentar explicación alguna sobre el eventual incumplimiento de las normas que rigen a la profesión²¹⁴ (posteriormente resultó sancionada pero por otros motivos: una violación más grave de las normas profesionales). Son constantes las noticias en los diarios de abogados involucrados en bandas de delincuentes²¹⁵. Pero éstos pueden ser casos límite y en verdad lo que aquí interesa es una situación general promedio.

Los abogados recibimos educación legal en las facultades de Derecho en muchas de las cuales no se imparte (ni se habla) de la ética profesional, y en otras lo hacen mal.

El Cuadro 2 adjunto corresponde a un informe sobre la abogacía en la Argentina, preparado por el Ministerio de Justicia en 2018 que concluye que no se enseña ética en la mayoría de nuestras facultades de

²¹¹ Ver trabajos citados en nota 3.

²¹² Conf. Armando S. Andruet, cit. por Osvaldo Gozaini en su trabajo sobre La Enseñanza del Derecho en la Argentina y en América Latina en < <http://gozaini.com/wp-content/uploads/2015/12/La-ensen%C3%A1nza-del-Derecho-en-Argentina.pdf> >, con referencia al trabajo de aquél La enseñanza universitaria de la ética de la abogacía en ED, to. 189, del 2Nov00.

²¹³ <https://www.lanacion.com.ar/opinion/abogados-sin-etica-parte-i-nid2186216>

²¹⁴ La abogada Ana Rosenfeld dijo “No somos una fauna, somos seres humanos, tenemos un megáfono para contar los casos, además yo tengo la voz autorizada para decir lo que digo. Ser mediática, muchas veces me ayudó, y en otras me perjudicó. Los abogados somos los carteros”, dijo la letrada. < <https://www.telebajocero.com/ana-rosenfeld/la-nacion-llamo-abogados-etica-los-mediaticos-la-ley-la-respuesta-ana-rosenfeld-n5658> >.

²¹⁵ V. por ej. la noticia de LA NACION del 12 sept. 20, “Loquillo, el nombre para salir de prisión”, firmada por Gustavo Carabajal, sobre bandas de jueces y abogados, en < <https://www.lanacion.com.ar/seguridad/adn-del-crimen-loquillo-nombre-clave-lograr-nid2447686> >.

Derecho, como consecuencia de lo cual un altísimo porcentaje de los practicantes desconocen las más elementales normas del buen ejercicio de la abogacía (a alguno de estos abogados acusados de "mediáticos" no se les ocurría que podrían infringir alguna norma) comentando sus casos en los medios, presionando a jueces, testigos y aun a la parte contraria.

En los colegios de abogados toda la actividad relativa al tema se limita a la entrega de un folleto con las normas acompañado, en ocasiones de un breve discurso de práctica. Muchos años atrás un prestigioso letrado que integró el Tribunal de Disciplina del Colegio oficial de Buenos Aires, nos decía que en la mayoría de las sanciones que imponían, los sancionados ignoraban la existencia de las reglas. En los últimos años se deterioró mucho el trato entre colegas, muchos abogados de las nuevas camadas interpretan al ejercicio profesional como un juego de guerra, donde las reglas son bien diferentes. La lealtad entre colegas y hacia el tribunal prácticamente no existe. La palabra del abogado se ha devaluado.

Respecto al tema uno de los jóvenes encuestados nos dijo,

"(...) Hay una ignorancia generalizada de las reglas éticas que aplican a los abogados. He visto colegas (algunos incluso socios de estudios reconocidos) ignorando encontrarse en un manifiesto conflicto de interés. Otros jactándose de haber "hecho todo lo necesario" (incluyendo delitos, desde robarse un expediente hasta sobornar a peritos) por sus clientes, como si de eso se tratara ser un buen abogado. Veo también una reticencia por parte de los abogados de denunciar a los colegas o estudios jurídicos que incurren en estas prácticas, como si el dicho "entre gauchos no nos pisamos los ponchos" fuera la norma de conducta a seguir. Recuerdo la charla en el Colegio de Abogados al momento de matricularme, dada por una titular del tribunal de disciplina, donde el mensaje fue "sean vivos, no lo hagan tan evidente" [refiriéndose a un caso donde unos abogados de un mismo estudio iban unos por la empresa y otros por los trabajadores]. "Ética del Abogado", así como "excelencia judicial", son los dos grandes oxímoros de nuestra profesión. Celebro que estén trabajando por cambiar esto (...) ²¹⁶".

Y quizás, haya un descontrol total en la cantidad y calidad de abogados. El informe preparado por el Ministerio de Justicia en 2018 sobre La abogacía en la Argentina²¹⁷ al que me referí poco antes nos dice que en diez años (2004-2014) se habilitaron ¡a 120.000 abogados! (la proporción de estudiantes es un 70 % en universidades públicas y un 30 % privadas). Luego veremos que casi 100.000 de estos abogados no fueron instruidos en las normas que regulan a la profesión, pero esto ha sido en base a una investigación propia que consigno al término de este informe.

Otra noticia nos ilustra²¹⁸:

"(...) 2. La Federación de colegios de abogados de Mendoza decidió sugerir a sus matriculados que honorarios deben cobrar a causa de la sobreabundancia de abogados; o sea, de la competencia.

Dice esta organización en los fundamentos de su resolución del 16 de diciembre de 2016:

"Vistos: [...] El elevado número de profesionales que por mes se asocia a los colegios de abogados y Procuradores de la provincia, incrementando en forma significativa la cantidad de Abogados y Procuradores que intentan ejercer esta profesión en igualdad de condiciones, en un ámbito que se torna cada día más competitivo. La intensificación de la oferta de asociados está afectando el libre ejercicio de la profesión y su valorización como tal".

Un comentario de una colega dice:

"Una profesión tan noble como la abogacía, muchas veces, es mancillada por el mal labor profesional. Diversos abogados se muestran en los medios de comunicación por casos resonantes, en los que el espectador se pregunta sobre la ética del letrado; es ahí donde debemos atender al llamado de nuestros valores, de la responsabilidad moral y ética y en ningún momento dejarnos titubear por intereses mezquinos". También, declara que hoy la ética de los abogados está atravesando por una crisis que merece cambios y además instituciones fuertes como los colegios de abogados y hasta los propios Jueces que hagan cumplir los reglamentos de los profesionales. "Existen otras cuestiones, como son los abogados mediáticos o reconocidos por los casos resonantes y en los que los clientes los contratan justamente por las causas que llevan adelante, en la mayoría de los casos lo que termina sucediendo es que el profesional descuida las causas que no tienen una repercusión mediática, resultando un abandono del expediente y denuncias realizadas por particulares porque el profesional no cumplió su debido desempeño profesional", atestigua Sampedro. Además, no olvida sus

²¹⁶ Se trata del Dr. Luis Tamborini.

²¹⁷ < https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/la_abogacia_en_la_argentina_-_datos_consolidados_por_la_dnrecaso_minjus.pdf >.

²¹⁸ Tomada de un trabajo del Dr. Marcelo Gobbi.

*juramentos e invita a los demás profesionales a recurrir a su ser ético. “Todo acto debe ser realizado con decoro, con rectitud, honestidad, respetando el secreto profesional”*²¹⁹.

El referido Informe del Ministerio de Justicia destaca, además, las falencias en la preparación universitaria de los profesionales. Pero, equivocadamente a mi juicio, en el Informe se cifran esperanzas en que algunos cambios sugeridos en la forma e intensidad contribuyan al mejoramiento, lo que a mi juicio demuestra que aun desde las más altas esferas no se acierta con la naturaleza del problema:

*“(…) A modo de conclusión: (dice el Informe) Los últimos años han evidenciado una suerte de revolución silenciosa en la formación de abogados y abogadas en nuestro país. Durante este período, las universidades, tanto de gestión pública como privada, han liderado un proceso de profunda revisión de sus prácticas educativas, de sus perfiles de egresados, de la práctica de la profesión, de lo que la sociedad les demanda y de la manera en que se refleja en los planes de estudio. Durante este proceso, han contado con el apoyo de distintos organismos como el Consejo Permanente de Decanos de Facultades de Abogacía de Universidades Públicas, el Consejo de Rectores de Universidades Privadas, la Secretaría de Políticas Universitarias, la CONEAU y la DNRECASO, que han propiciado cuanto ha estado a su alcance para que estos ejercicios fructifiquen. En este sentido, se han producido enormes avances que, a medida que los planes de estudio se implementen, generarán nuevos desafíos y oportunidades. No debe perderse de vista que pasarán por lo menos cinco años más para que estos planes de estudios generen nuevos egresados, proceso que debe considerarse en la implementación de las políticas para el sector. El aumento de horas de práctica, de investigación, de tutorías varias, implicará un giro sustantivo en la manera en que las carreras de abogacía se organizan y se piensan a sí mismas. Esto redundará en necesarias adecuaciones presupuestarias, de espacios físicos y de recursos humanos, que deberán tenerse en cuenta a la hora de planificar las próximas iniciativas. Se han tomado las primeras decisiones y se han dado los primeros pasos en un camino arduo y no exento de dificultades. El diálogo iniciado a principios de 2016 comienza a cosechar sus primeros frutos. Ha sido un diálogo productivo y respetuoso, pero que aún está lejos de estar terminado. La DNRECASO220 ha logrado constituirse en un interlocutor válido en esta temática y en un sostén desde el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de los esfuerzos realizados por las universidades. Ha llegado la hora de profundizar el diálogo y avanzar en la construcción de una agenda colectiva que ayude a la capacitación de los abogados que una verdadera democracia constitucional requiere”*²²¹.

Ahora bien, este mismo informe que denuncia, entre otras, a la ética profesional entre las áreas de vacancia en la enseñanza, luego no insiste en ello con la importancia que reviste.

Comparemos las conclusiones del Informe a las que acabo de referir, con el capítulo de esta misma obra sobre [La ética de la abogacía en Francia](#):

“(…) Así, el programa de formación de la EFB y de todas las demás escuelas confiere un lugar significativo al desarrollo de la conducta ética, preparando al futuro abogado para una práctica profesional enmarcada permanentemente en estándares legales, pero también deontológicos. El ejercicio de la abogacía implica un “riesgo de la profesión”, en el asesoramiento y la defensa de clientes en el medio de los negocios y en otros ámbitos, riesgo que está limitado por la ética, cuyos guardianes son los presidentes de los Colegios de abogados. Ello obliga a los abogados, como deber de transmisión y ejemplaridad, a enseñar la ética profesional a los candidatos a abogado. Se trata de enunciar y poner en práctica dichos riesgos para que los candidatos a abogado desarrollen el reflejo de la ética (...)”. (El subrayado me pertenece).

Y lo mismo ocurre en los Estados Unidos según el capítulo que se publica en esta misma obra.

Por mi parte, lo único que considero que merece rescatarse y destacarse es el infatigable trabajo que muchos abogados -desde siempre- desarrollan para asistir a las personas de menores recursos (en consultorios gratuitos, y en los colegios profesionales)²²³, y el auge que ha cobrado -en este caso desde hace más de dos décadas- el trabajo pro bono que se realiza en la Argentina²²⁴.

En síntesis, la crisis de la abogacía continúa agravándose. Tal crisis, en mi concepto podría identificarse,

²¹⁹ Me refiero a la Dra. Mariela Sanmpetro en PERFIL < <https://www.perfil.com/noticias/guia-de-abogados-pnt/h.phtml> >.

²²⁰ Dirección Nacional de Relaciones con la Comunidad.

²²¹ V. informe mencionado *LA ABOGACÍA EN LA ARGENTINA*, Mo. de Justicia, 2018.

²²³ V. FORES, Justicia para todos / Justice for All (La asistencia legal y judicial de las personas de menores recursos) proyecto llevado a cabo con fondos de la AID - Agency for International Development, que dirigió el autor, a mediados de la década del '80 del siglo XX < <https://foresjusticia.org/2016/02/25/justicia-para-todos-la-asistencial-legal-y-judicial-de-las-personas-de-menores-recursos/> >

²²⁴ V. Neumann, Ariel en “El mapa pro bono” en EL CRONISTA del 3 jun 15, < <https://www.cronista.com/legales/El-mapa-pro-bono-20150603-0004.html> >.

- es una crisis profundamente ética, los valores se han olvidado, en la mayoría de los abogados no se han inculcado en la etapa universitaria, ni hay control alguno en la habilitación;
- hay masificación y pauperización, producto del insensato exceso de abogados,
- las preocupaciones de las autoridades de educación nacionales son sesgadas, sólo miran algunos aspectos de la formación, pero no el conjunto;
- no hay una autoridad nacional que sacuda los cimientos de la profesión; (en 1978 el Presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos sacudió a la profesión hablando de la creciente incompetencia de los abogados en aquél y provocó una ola de reformas en la preparación de los abogados),²²⁵
- las facultades de Derecho oficiales están superadas, (escuché decir que "abandonaron el grado y se concentraron en los postgrados", que cobran);
- las facultades de Derecho privadas compiten por la cantidad, creyendo que su prestigio reside en el mayor número de alumnos;
- los colegios de abogados medran con la matrícula, y así no se preocupan por la situación;
- y en lo que hace a la formación de abogados, me parece que las iniciativas que el informe del Ministerio de Justicia hace mención están atrasadas.

El mundo y la abogacía van en otra dirección.²²⁶

Encuesta

ÉTICA DE LA ABOGACÍA

Autor: Horacio M. Lynch
lynchhoracio@yahoo.com

Buenos Aires, junio-agosto 2020

Fecha: Junio/ agosto 2020

Encuestados: abogados jóvenes en su mayoría
Buenos Aires

Cantidad de encuestados: 330

Cantidad de respuestas: 85

Software: SURVEY MONKEY

<https://es.surveymonkey.com/results/SM-3KB9XWWB7/>

3. LOS RESULTADOS DE LA ENCUESTA

Frente a este panorama que podría ampliarse al infinito con referencias diarias, me interesó intentar buscar datos más precisos, especialmente entre los abogados jóvenes.

Para ello, entre junio y agosto de 2020 estuve trabajando en la formulación de una encuesta que buscaba determinar un estado de situación vía el conocimiento o desconocimiento por parte de quienes inician la profesión, de las normas que rigen la abogacía. Razonaba que si quienes se inician tienen un relativo acercamiento al tema -en una situación que no ha sufrido cambios sustanciales en los últimos años-, los abogados que ya tienen hoy unos diez a veinte años de ejercicio fueron formados bajo los mismos parámetros.

Como se esperaba, los resultados no fueron nada positivos y ello aun advirtiendo que el primer grupo de encuestados no provino de una muestra nacional -ni mucho menos- sino de un grupo de unos trescientos treinta jóvenes que en su mayoría se ha preocupado por formarse bien. Así podría decirse que nuestra muestra es algo superior a la media, con lo que los resultados, más que mejorar si hubiéramos dispuesto de

²²⁵ En los EE. UU. fue el Chief Justice Warren Burger quien, en una famosa alocución, sacudió a la educación legal de ese país reclamándoles mejorar la incompetencia de los abogados. Tuve el privilegio de estar presente, fue en el transcurso de una reunión semianual de la ABA en Nueva Orleans en febrero de 1978, v. en "Burger Welcomes Debate on Lawyers' Competence" < <https://www.nytimes.com/1978/02/13/archives/burger-welcomes-debate-on-lawyers-competence.html> >.

²²⁶ V. en esta misma obra, el ensayo del Dr. Ricardo Rojas, las sugerencias del Dr. Andruet, las reflexiones de la Dra. Fornari, el estudio sobre la ética en Francia, etc.

una gran muestra, es probable que hubieran sido peores. Además, quienes contestan una encuesta es porque tienen algún interés por la cuestión.

Las preguntas podrían dividirse en dos, algunas de datos y otras de percepciones, impresiones, sensaciones.

3.1 Los encuestados

El grupo de encuestados que respondieron -más de 80- fueron un 53 % de mujeres y un 47 % de hombres. Una mayoría (60 %) provienen de universidades privadas y el 40 % de universidades públicas. Más de un 76 % vive en la Ciudad de Buenos Aires o en su zona suburbana, el resto en el interior y unos pocos están en el exterior. Los que trabajan, la mayoría, lo hacen solos o en estudios chicos. Hay pocos en estudios grandes, y otros pocos en la administración pública o tribunales. Un 12 % no trabaja. En cuanto al área de trabajo, hay bajo porcentaje de penal, algo más alto en temas de familia, el mayor porcentaje en laboral (25 %) y muchos generalistas.

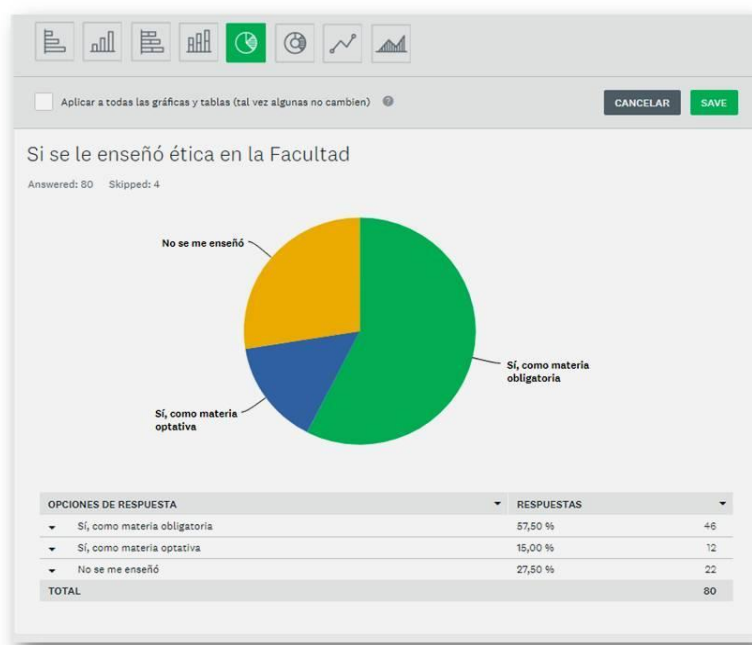
En cuanto a la edad, un 17 % es menor a 27 años, un 4 % está entre los 27 a 36 años, y un 40 % es mayor de 36.

Como anticipé, no ha sido una muestra ideal (en tanto no es una representación exacta de la realidad de los abogados en el país). Sabemos por la respuesta inicial, que un alto porcentaje que ha concurrido a universidades privadas, y que el grupo -en lo que respecta al acercamiento a la ética de la abogacía- tiene un poco más de información (y preocupación) que la media. Ello porque en las facultades públicas en general no se enseña ética.

3.2 Sus nociones sobre la ética profesional

Una serie de preguntas ahondaba este tema. Por ejemplo, un 75 % relata que, de alguna forma, se le enseñaron nociones de ética de la abogacía; de éstos un 53 % dice que la tuvo como materia obligatoria en tanto un 23 % como optativa (por lo que se deduce que eligieron o se interesaron por el tema). Un 21 % dice que no recibió educación ética en la facultad. En síntesis, vemos que, en un grupo de abogados de universidades públicas o privadas, sólo la mitad dice que tuvo enseñanza obligatoria en sus estudios de Derecho (pregunta 5).

Otro tema relevante se refiere a la forma como se le enseña, y aquí más de la mitad dice que se le enseñó sólo en teoría, y los grandes principios, en tanto sólo el 25 % dice que se le enseñó ética en forma práctica. (pregunta 6).



3.3 El interés de los encuestados por la ética profesional

Dije que, en cierta forma, el grupo encuestado es un poco mejor que la media, en lo que respecta a su interés por el tema. Varias preguntas apuntan a detectarlo. Ya me referí a aquellas que, teniendo la materia como optativa, se decidieron a estudiarla.

En promedio los encuestados consideran que las normas éticas representan un condimento muy importante de la profesión, un 90 % (pregunta 8).

Otra pregunta intentaba determinar o consolidar esta respuesta, invitándolos a comparar a la abogacía con otras profesiones cuyo correcto ejercicio implicaba un gran contenido ético, y la gran mayoría (casi un 75 %) acertadamente a mi juicio, la comparó con la medicina (pregunta 9).

La preg. 11, para explorar la idea general que el encuestado tenía sobre el tema, mezclaba entre muchas respuestas correctas con algunas incorrectas (como la obediencia irrestricta a lo que el cliente le ordena (un 23 %) y la „obligación“ de compartir honorarios (un 55 %), la obligación de apelar sus propios honorarios por altos cuando los debe abonar el cliente (15 %). A mi criterio estas respuestas acreditan conocimientos algo endebles.

Pero, por ejemplo, un 81 % considera importante los deberes del abogado hacia la administración de justicia, sus obligaciones hacia los abogados jóvenes (31 %), el rechazo de asuntos para los que no se encuentra capacitado (82 %) y, algo menos, la obligación ética de mantenerse actualizado (55 %).

Dos preguntas se referían al rol del abogado como pacificador, componedor, y a la obligación muy importante de ser el primer juez del pleito. Frente a esta conocida recomendación del gran presidente y gran abogado Abraham Lincoln:

Pregunta 13. El famoso presidente Abraham LINCOLN, también un gran abogado, aconsejaba “Desalienta los litigios. Persuade a tus vecinos para que arreglen siempre que puedas. Explícales cómo el ganador nominal suele ser un verdadero perdedor, en honorarios, gastos y pérdida de tiempo. Como pacificador, el abogado tiene una sublime oportunidad de ser un buen hombre”. ¿Qué opinas tú? - Respuestas: R1: Es una frase meramente retórica; - R2. Tiene que ver con una obligación profesional; - R3: *Es un consejo práctico, una obligación ética, y una de las más trascendentes funciones del abogado.*

Un alto porcentaje, casi un 36 % la consideraba sólo un buen consejo práctico, un 16 % advertía que tenía alguna relación con las obligaciones éticas, y el 48 % restantes, correctamente, eligió „ambas respuestas“.

En tanto en la pregunta 14 siguiente específicamente referida al abogado como „el primer juez del pleito“, un 13 % la consideró una frase simplemente retórica, en tanto un 22 % la consideró una obligación profesional, y el resto, un 65 %, correctamente, la consideró una obligación profesional y ética, y una de las más trascendentes obligaciones del abogado.

Siempre en derredor de la importancia que los encuestados asignan a la ética profesional la pregunta 8 invitaba a consolidar su opinión sobre “En qué porcentaje considera que contribuye a la profesión de abogado el condimento ético”, el promedio de los encuestados llegó al 93% lo cual es un buen reflejo de que conciben a la abogacía como una profesión que debe ser ética o no lo es.

Finalmente, en la última pregunta N° 33 consignaron:

“(…) Considero que se trata de una profesión en la que la ética resulta fundamental, creo que es algo que se encuentra presente en el respeto debido entre colegas y para con los clientes. Me parece fundamental que esto se mantenga de esta forma, ya que se trata de algo que caracteriza al abogado.... (..) Tema sumamente importante la ética en todos sus aspectos, especial con su cliente y con sus colegas, el trato entre colegas es algo sumamente importante, hay cosas que no sólo son de ética sino de educación, y la falta de respeto entre colegas en especial con los que recién empieza es algo que me preocupa. ... Muy buena encuesta. Es esencial tener presente estas directrices en la vida. ... ¡Me parece muy importante resaltar los valores que puede dejar un estudio de la ética! ... Muchas gracias por ocuparse de trabajar en este tema tan importante ... La ética de la abogacía debe ser una política de estado articulada entre los colegios de abogados y los gobiernos de turno para luchar contra todas las mafias que atentan contra la dignidad y credibilidad de nuestra profesión. ... Creo que la ética en nuestra profesión merece un lugar más valorado que incluso el que ya tiene. Y con ello me refiero a mayor comunicación de la misma entre los colegas, pero principalmente entre los estudiantes. Que no se trate de una materia optativa ni que sea algo sutilmente tratado desde el temor a no recibir sanciones. Sino más bien como basamento del día a día del profesional. Es clave avanzar en ello. ... La Ética es una concepción personal de la forma de conducirse en sociedad, son valores que nos distinguen e identifican, marcando una huella en nuestro camino y en la abogacía se ilumina con la búsqueda de la verdad ... El tema es de suma importancia para el ejercicio de nuestra profesión. Mis compañeras y compañeros más cercanos, con los cuales conformo un grupo de apoyo para dudas de encuadre y otras cuestiones de los casos que cada uno patrocina, están en una situación similar a la que he expuesto respecto de la ética. ... Gracias por invitarme a realizar esta encuesta. ... La mayoría de los amigos colegas con los que comparto se encuentran con el mismo dilema consecuencialista, respecto de la ética y la práctica judicial.

3.4 Los temas puntuales

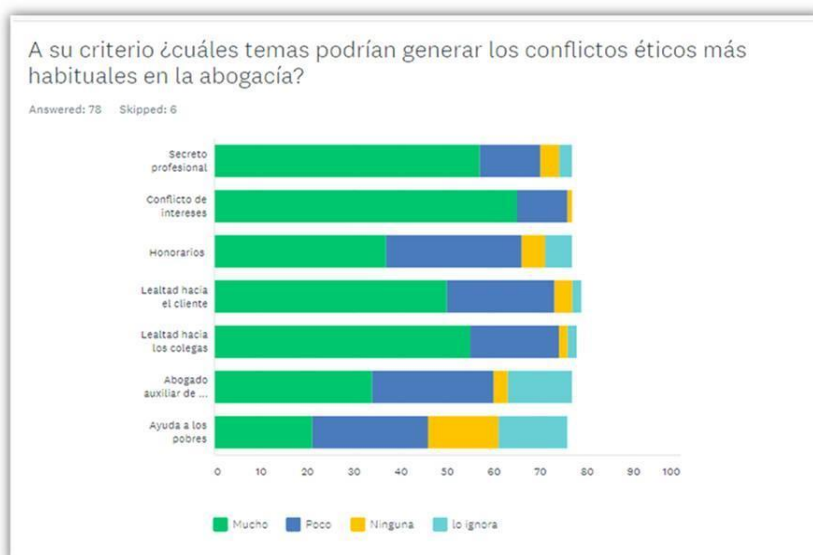
Luego de los grandes temas a los que me referí, una serie de preguntas buscan revisar las opiniones de los encuestados respecto de algunos temas puntuales, como el cliente, el secreto profesional, los conflictos de intereses y los honorarios.

En la pregunta 15 se indaga sobre los honorarios. Allí un alto porcentaje, más de un 10 % (sorprendente para quienes manifiestan interés por la ética), que intentaría cobrar lo máximo que se pueda (i) en tanto, algo menos grave, un 25 % dice que cobraría lo que dice el arancel. Las restantes respuestas, un 60 %, parecen más coherentes con lo que manifiestan los resultados generales.

Las preguntas 16 y 17 se refieren al cliente. Correctamente a mi juicio, entre cuatro opciones de las que se podían elegir dos, se responde que (a) no se está obligado aceptar un cliente, si tiene otras opciones de defensa, 54 %, y que se puede elegir al cliente, 55 %. En la siguiente (17) se pregunta en forma capciosa si tratándose por ejemplo de una empresa, el cliente es quien la dirige 20 %, en tanto el 40 % responde que son sus dueños o sus accionistas.

La pregunta 22 se refiere a otro tema crucial, los conflictos de intereses y la libertad del abogado. Aquí las respuestas parecen bastante coherentes, un 80 % rechaza la posibilidad de no asesorar a grupos de personas con intereses contrapuestos, y un 83 % asiente con que los conflictos de intereses afectan la libertad del abogado.

En cuanto al trato con los colegas, la pregunta 23, buscaba determinar qué idea tienen los encuestados. Ello porque en mi experiencia personal he visto en los abogados jóvenes una concepción muy distinta de las que teníamos nosotros, quienes no veíamos al conflicto con una concepción bélica y al colega de la parte contraria como un enemigo, sino que siempre esperábamos tener en él una ayuda para solucionar el conflicto. En este sentido las respuestas en la pregunta 23 en una gran mayoría, de 88 %, coinciden en el buen trato hacia todos los colegas y también guardarle el debido respeto.



3.5 Las percepciones de los encuestados sobre el actuar ético de los abogados en nuestro país

Como decía, algunas preguntas apuntaban a indagar qué percepción tiene el encuestado respecto del real cumplimiento de la ética en general por los abogados en la Argentina. Esto no implica por cierto coincidir con esas percepciones, ni menos, asignarle valor conclusivo, pero sí, que en un contexto donde se piensa que todos cumplen, tal sensación impulsa a la imitación, en tanto en el contexto opuesto conspira contra el cumplimiento personal.

En la pregunta 10 se pide a los encuestados marcar los temas que podrían suscitar más conflictos éticos: el secreto profesional (67 %) y los conflictos de intereses (83 %) así como también las lealtades hacia el cliente (60 %) y la lealtad hacia los colegas (73 %). Otros temas no fueron considerados demasiado conflictivos, como el de los honorarios (40 %), la función del abogado como auxiliar de la justicia (38 %), y la ayuda a los pobres (35 %).

Y considero crucial la pregunta -que requería la opinión del encuestado sobre el real cumplimiento de las normas éticas por parte de los abogados en general-, sólo un 5,7% consideró que las cumplían, en tanto un 92 % afirma que, en su percepción, se cumplen poco las normas éticas, y el resto nada.

Y la pregunta 21 relativa al régimen disciplinario de la abogacía, denota un conocimiento correcto de la existencia de las normas de ética y de su régimen disciplinario, pero un alto porcentaje afirma no tener noticia de la aplicación de tales normas y de las sanciones en la vida profesional.

Las preguntas 18 a 20 se refieren al secreto profesional, un tema realmente difícil y muy importante, porque hace a la esencia de la abogacía. Al respecto los encuestados respondieron tener la sensación de que no se cumple estrictamente (11 %), en tanto el 78 % entiende que se respeta en general, mientras que otro 11 % considera que no se cumple. En la pregunta 19 se indagaba sobre los alcances del secreto profesional y algunas excepciones que parecen bastante lógicas, respecto de los familiares cercanos, y de los empleados. En la práctica es casi imposible no dar ninguna pauta en su casa sobre el trabajo, los clientes y los casos, hasta para justificar actitudes, y mucho más entre los empleados de la oficina, y así fueron las respuestas: un 66 % afirma que no hay ninguna excepción, en tanto un 35 % considera que los empleados pueden recibir algo de información, y sólo un 5 % considera que algo puede compartir con su pareja, pero en todos los casos el abogado es responsable de que aquellos que reciben un mínima información la guarden compartiendo el secreto profesional.

La pregunta 20 pedía marcar las afirmaciones que consideraban correctas. Las tres primeras se referían a lo que el abogado puede hablar respecto de (a), los casos en los que interviene, (b) los resultados obtenidos en sus gestiones y (c) quienes son sus clientes, ni tampoco comentar los casos en los medios. En este caso las respuestas han sido bastante correctas. Agregan que, con autorización del cliente, puedes mencionarlo (lo cual parece obvio) y, en relación con la confidencialidad, en 40 % afirma que ni la autorización u orden judicial puedes quebrar el secreto profesional²²⁷.

3.6 Conclusiones de esta encuesta

Las referidas son las conclusiones generales del referido trabajo de investigación. La riqueza de la información recabada y el software elegido (*Survey Monkey*) permite hacer estudios mucho más finos vía la segmentación de las respuestas (por sexo, tipo de universidad, orientación profesional), pero, en verdad, a los efectos de este trabajo, considero suficientes estas conclusiones generales y me suscita a las siguientes reflexiones:

Un grupo preocupado por la dimensión ética de la abogacía ha tenido poca educación formal sobre la materia.

- En algunas preguntas „tramposas“, han respondido sólo relativamente bien, es decir, que confirma sus conocimientos algo endeble sobre las normas profesionales, coherente con mi afirmación anterior (no hay un acabado conocimiento de las normas y de su justificación, v.gr el compartir los honorarios, el apelar sus propios honorarios ... y otras por el estilo).
- En la revisión de algunas de las preguntas puntuales (por ejemplo, sobre los honorarios o el secreto profesional) me queda la sensación de conocimientos no muy claros de las normas que rigen la profesión.
- Los encuestados tienen una sensación de que son pocos los abogados apegados al cumplimiento de las normas éticas.
- Tampoco tienen sensación de la existencia de un real sistema de control y de eventual sanción de las normas éticas.

4. CONCLUSIONES GENERALES

4.1 Dificultades que se advierten

Lo primero que queda claro es que en muchas facultades de Derecho no se enseña la ética profesional, ni como obligatoria, ni como optativa²²⁸. Tampoco se enseña en forma práctica, como para que los futuros abogados entiendan la real aplicación en su ejercicio profesional. Tampoco hay preocupación en los Colegios Profesionales para suplir las referidas carencias.

Más graves aun serían las siguientes conclusiones:

En muchas facultades de Derecho (la UBA a la cabeza) consideran que *no deben* enseñar ética profesional.

Otras sólo lo hacen como materia optativa.

Y en muchas facultades, cuando enseñan, lo hacen en forma teórica, y no en la versión de la práctica de su aplicación diaria en el ejercicio profesional.

Tampoco los colegios profesionales lo consideran como una razón de ser de su existencia. Repito aquél comentario de un prestigioso abogado que integró el Tribunal del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal en su primera época que decía que en la mayoría de las veces algunos de los sancionados no tenía la

²²⁷ V. en esta misma obra, el trabajo del Dr. Munilla Lacasa.

²²⁸ V. informe Abogacía Argentina del Ministerio de Justicia, cit.

menor idea de que su actuar podía configurar una infracción, ignoraba la sola existencia de normas que regulaban el ejercicio profesional²²⁹.

4.2 *Faltan profesores*

Otro tema importante es la poca cantidad de profesores de esta materia tan importante. Aquí habría que entrar a considerar que hay pocos profesores *full time* en las facultades de Derecho, y no siendo la ética un tema que profesionalmente pueda serle útil al profesor *ad honorem* como normalmente son aquellos para los cuales la enseñanza en buena medida, una forma de perfeccionamiento (y de promoción personal) y, de donde es difícil estudiar un tema que no redundará generalmente en sus ingresos profesionales.

4.3 *Falta material de enseñanza. Una excepción*

En verdad, hay poco material de enseñanza y muy poco con enfoque prácticos. En este sentido rescato el trabajo hecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Torcuato di Tella que -dentro de un programa promovido por el Ministerio de Justicia durante la gestión del Dr. Germán C. Garavano para completar lo que llamaron "áreas de vacancias" de temas profesionales que no se dictan en las facultades de Derecho- preparó un excelente cuadernillo para la enseñanza, bien esquematizado, con abundante bibliografía para cada tema, y, en especial, con casos para desarrollarlos por el profesor²³⁰. También debe destacarse la publicación "[Ética en el ejercicio profesional del abogado](#)", dirigido por la Dra. Adriana Olga Donato, disponible en Internet²³¹.

4.4 *Aspectos pedagógicos*

Finalmente, de acuerdo con las respuestas a la encuesta y a nuestra propia observación de la realidad, concluyó que la ética profesional -cuando se aborda- se discurre entre los grandes problemas filosóficos de la ética, pero resuelven poco los problemas prácticos del diario accionar del abogado. Esto está confirmado por el trabajo del Dr. Juan Marcos Pueyrredón et al, sobre [La Enseñanza universitaria de la Ética de la Abogacía en la Argentina](#), incluido en esta obra.

4.5 *Quién puede cambiar este estado de situación: no hay una autoridad última sobre la abogacía*

No tengo dudas de que la abogacía en la Argentina continúa en crisis. Los síntomas son cada vez peores. Y lo que es más grave no hay nadie responsable que esté preocupado por la situación. Nadie hay verificando la calidad de los abogados que se habilitan en la Argentina. De este tema me ocupé en la Introducción. Enseñar ética profesional en los estudios de grado y reiterar durante la habilitación profesional en los colegios no va a cambiar radicalmente la situación, pero será un gran paso para superar la crisis. La encuesta realizada da fundamento a estas afirmaciones, y puede servir de base de futuros estudios.

Esto no es nuevo. Creo que en la Argentina sigue vigente, y quizás peor, la realidad que angustiaba a un enorme hombre público y gran abogado hace más de 100 años:

"...Debemos acudir a medios inmediatos y eficaces. Ellos dependen exclusivamente del Colegio de Abogados, del sano criterio que debe inspirar la elección de sus comisiones directivas y de la energía -repetámoslo- de la implacable energía de ésta, para expulsar de su seno a sus socios indignos; y para recibir y sustanciar denuncias sobre los profesionales... Todo lo demás es teórico y remoto; y si la institución no se resuelve a moralizar el foro y la justicia ¿para qué la hemos fundado? Sería mejor disolverla pues pagamos cuotas sin ninguna finalidad de trascendencia pública..." (Estanislao Zeballos, febrero de 1918)²³².

Llegados a este punto cabe preguntarse por a quién le cabe la responsabilidad de esta situación. Sin duda las facultades de Derecho que no enseñan a sus egresados las normas que regulan nuestra profesión tienen una buena parte de la responsabilidad. Pero la principal es sin duda, de los colegios profesionales que habilitan a los egresados a ejercer la profesión sin tener los mínimos conocimientos. Aquí podrá decirse que no están autorizados para ejercer ese control, pero ¿qué sentido tiene imponerles la obligación de supervisar el ejercicio y, llegado el caso, ejercer su poder disciplinario y sancionar, si no pueden evitar ex ante que los habilitados lleguen a ese extremo?

²²⁹ Ver RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge en: "Tres años de actuación del Tribunal de Ética Forense", en JA, rev. 2/5/84: "... en muchos casos se ha podido comprobar que algún profesional recién tomaba conciencia de su vigencia y aun de su existencia a raíz de haber sido citado a comparecer ante el Tribunal para dar explicaciones por una denuncia...".

²³⁰ < http://www.sajj.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/etica-profesional_rivera-lopez.pdf>.

²³¹ < <http://www.germangaravano.com/2020/publicaciones/etica-ejercicio-profesional-abogado.pdf> >

²³² Ver "Revista de Derecho, Historia y Letras", pág. 405, t. LIX, año XX, Buenos Aires 1918.

4.6 Responsabilidad de los colegios de abogados

Considero que los colegios de abogados, al momento de expedir la habilitación profesional tienen el derecho y el deber de corroborar el conocimiento de los abogados de las normas que rigen la profesión. Esto no se supe entregando un cuadernillo al aspirante en el momento de otorgarle la habilitación y tomarle el juramento, sino que debe ser previo.

4.7 Acciones de los colegios de abogados

Todavía no hay casos de mala praxis enderezados contra los colegios de abogados que no han supervisado bien la práctica profesional, pero, en verdad, es posible que exista una responsabilidad ejecutable contra los colegios. Si esto fuera así, estas instituciones que deben velar por el buen ejercicio de la abogacía deberían y podrían no sólo supervisar los conocimientos cuando acceden a la habilitación profesional, como se sugiere en el apartado anterior, sino también, en forma permanente, como los registros de conductores que se renuevan en forma periódica (como ocurre en los Estados Unidos con los exámenes periódicos de la CLE - *Continuing Legal Education*).

OTROS TRABAJOS E INVESTIGACIONES DEL AUTOR SOBRE EL TEMA

1. “La situación de la abogacía en la Capital Federal” JA., 1977-1. pág. 825.
2. “La abogacía en crisis”, Ed. FORES, Buenos Aires, 1979.
3. “El Programa de Entrenamiento para Abogados”, LL 1982-B, 911.
4. “Abogacía y colegiación en la Capital Federal”, 1985, Ed. Lynch & Asociados.
5. “Abogacía y colegiación en la Ciudad de Buenos Aires, LL 1984-D, 1215). (Con Enrique V. del Carril)
6. “La educación legal y la formación de abogados en la Argentina”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1984.
7. “La abogacía en los „90”, LL 1989-D, 1161.
8. “Advocacy training in Argentina and in the resto of the world and its possible evolution during the next decades”, La Ley Actualidad, 18/10/88.
9. “La abogacía privada y el Estado”, LL 1990-B, 1248.
10. “La enseñanza de la ética a los abogados”, LL 1992-A, 656 y en <https://docplayer.es/7937278-La-ensenanza-de-la-Ética-a-los-abogados.html>
11. “El futuro de la abogacía”, conferencia (y paper) dictada en ocasión de comenzar los Masters de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, CUDES, 1992.
12. “Los honorarios de los abogados (los fundamentos de un proyecto de reformas)” LL 1994-E, 979 https://bdb007b-1b68-4f7c-9ff3-7c6732ea888f.filesusr.com/ugd/305a97_aa5c7634ec154d52aa5ab96afb32b1e2.pdf
13. “La ética de la abogacía”, presentación para ADEPA, 2004.

HORACIO M. LYNCH

Abogado (Universidad Católica Argentina). Fundador y primer presidente de Fores. Organizador y presidente de la Primera y Segunda Conferencias Nacionales de Jueces. Director de varias investigaciones sobre la Justicia de organismos nacionales e internacionales. Primer Director del Proyecto del Juzgado Modelo (PNUD, Naciones Unidas). Autor o coautor de más de diez libros sobre la Justicia, y más de doscientos artículos e investigaciones. Autor del primer Plan de Reforma Judicial (1979). Colaborador de varios periódicos nacionales. lynchhoracio@yahoo.com.

Lawyer (Universidad Católica Argentina). Founder and first President of FORES. Organizer and President of the First and Second National Conferences of Judges. Director of several research projects on the justice system conducted by national and international institutions. First Director of the Model Court Project (PNUD, United Nations). Author or co-author of more than ten books and two hundred articles. Author of the first Justice Reform Plan (1979). Contributor of many national newspapers. lynchhoracio@yahoo.com

Abogados sin estudiar ética profesional 90,929 de los 119,500

Cantidad de abogados que egresaron en 10 años (2004/2014) sin estudiar ética profesional en la Argentina
(FUENTES: Mo. de Justicia de la Nación, LA ABOGACIA ARGENTINA, 2018, y PUEYRREDON Juan Marcos et al. "LA ENSEÑANZA UNIVERSITARIA DE LA ÉTICA PROFESIONAL EN ARGENTINA")

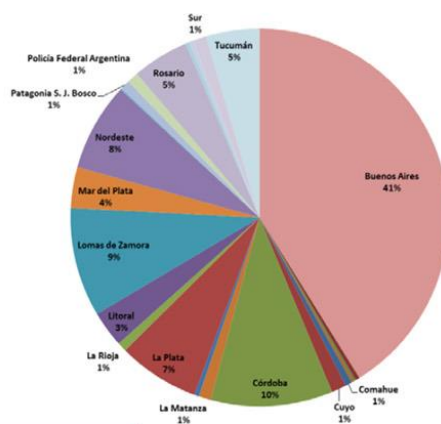
		Con ética	Sin ética
Total abogados egresados	119170	28240,1	90929,9
Facultades Derecho oficiales	84440	8444	75996
Facultades Derecho privadas	34730	19796,1	14933,9



Gestión estatal	%	Total	Sí/no	Con ética
	98	84440		8444
		82751,2		
1 UBA	41	34620,4	0	0
2 Comahue	1	844,4	0	0
3 Cuyo	1	844,4	0	0
4 Córdoba	10	8444	1	8444
5 La Matanza	1	844,4	0	0
6 La Plata	7	5910,8	0	0
7 La Rioja	1	844,4	0	0
8 Litoral	2	1688,8	0	0
9 Lomas de Zamora	9	7599,6	0	0
10 Mar del Plata	4	3377,6	0	0
11 Nordeste	8	6755,2	0	0
12 Patagonia SJ Bosco	1	844,4	0	0
13 Policía Federal Argentina	1	844,4	0	0
14 Rosario	5	4222	0	0
15 Sur	1	844,4	0	0
16 Tucumán	5	4222	0	0

Gráfico N° 3

Distribución de egresados/as de la carrera de abogacía de Universidades de gestión estatal 2004-2014. (Total: 84.440)



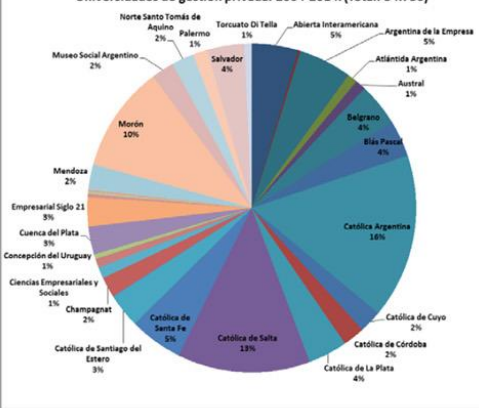
Faltan Facultades de Derecho (27) y faltan fracciones



Privada	%	Total	Con ética
		34730	
		33688,1	19796,1
1 UCA	16	5556,8	1
2 Cat. Cuyo	2	694,6	1
3 Católica Córdoba	2	694,6	1
4 Católica La Plata	4	1389,2	0
5 Católica de Salta	13	4514,9	1
6 Católica Santa Fe	5	1736,5	1
7 Católica Santiago del Estero	3	1041,9	1
8 Champagnat	2	694,6	1
9 UCES	1	347,3	0
10 Concepción Uruguay	1	347,3	0
11 Cuenca del Plata	3	1041,9	0
12 Siglo XXI	3	1041,9	0
13 Mendoza	2	694,6	0
14 Morón	10	3473	0
15 Museo Social	2	694,6	1
16 Norte St. Tomas Aquino	2	694,6	0
17 Salvador	4	1389,2	1
18 Palermo	1	347,3	1
19 UTdT	1	347,3	1
20 Abierta Interamericana	5	1736,5	0
21 Argentina de Empresas	5	1736,5	1
22 Atlántida Argentina	1	347,3	0
23 Austral	1	347,3	1
24 Belgrano	4	1389,2	0
25 Blas Pascal	4	1389,2	0
TOTAL		33688,1	19796,1

Gráfico N° 4

Distribución de egresados/as de la carrera de abogacía de Universidades de gestión privada. 2004-2014. (Total: 34.730)



Nota, las diferencias mínimas entre los resultados totales se debe a (a) no se habrían consignado las fracciones y (b) faltan algunas facultades en ambos cuadros

(Ir al INDICE)

IIIa. Sección

Ética, moral y deontología de la abogacía

DERECHO, ÉTICA PROFESIONAL Y MORAL DEL ABOGADO

ENRIQUE V. DEL CARRIL) (*)

RESUMEN: El autor distingue entre la ciencia jurídica y el ejercicio de la abogacía y recorre el origen y la evolución de ambos campos para concluir en que la abogacía es un arte que debe ejercerse aplicando determinadas técnicas y habilidades y cumpliendo normas de conducta cuya finalidad es el mejor ejercicio de la abogacía en un lugar determinado. Esta característica distingue la Ética Profesional de la Moral General pues, esta última propende al mejoramiento del abogado como hombre por el ejercicio de las virtudes. No obstante, esta distinción no implica desechar la moral del abogado en el ejercicio de su profesión porque, al trabajar sobre conductas humanas, las virtudes y los vicios del abogado inciden en forma directa en la eficacia de su labor.

ABSTRACT: *The author distinguishes from the legal science and the practice of law, and goes over the origins and evolution of both fields, so as to conclude that lawyering is a craft that must be carried out through certain techniques and skills and under disciplinary rules whose purpose is to improve that practice in a particular place. This distinguishes Professional Ethics from General Ethics, as the latter is aimed at improving the lawyer as a person by means of exercising his or her virtues. However, this distinction does not imply to discard the lawyers' moral quality while practicing law, as, while working on human behavior, their virtue and vices directly impact on the effectiveness of their service.*

PALABRAS CLAVE: abogado; ética profesional.

KEYWORDS: lawyers, lawyers' ethics

“Era abogado y por lo tanto conocía las tramas y complicaciones del alma humana, conocía su codicia y su serena necesidad de prudencia.”
Arthur Koestler “Espartaco”

I. ENFOQUE PREVIO

El objeto principal de estas líneas es probar la importancia de la moral de los operadores del Derecho en su aplicación y la necesidad de contar, en el derecho positivo, con sistemas de normas de conducta profesional, coercitivas y obligatorias a los efectos de propender al perfeccionamiento del ejercicio de las profesiones legales. Este objetivo me lleva necesariamente a reflexionar sobre la naturaleza del Derecho lo cual, a mi juicio, deriva en una referencia histórica que nos muestre como aparece en la historia humana el Derecho y, entre sus operadores, los abogados.

II PERPLEJIDAD FRENTE A LA NATURALEZA DEL DERECHO

En las primeras páginas de su obra “El Concepto de Derecho”, H. L. A. Harlt nos pone frente a un dilema a quienes hemos elegido estudiar el Derecho y practicar alguna de las profesiones que lo aplican.

Harlt se cuestiona por qué si le preguntamos a varios matemáticos o físicos cuál es el objeto de la ciencia que practican todos coincidirán en definirlo en forma precisa, mientras que si lo hacemos con varios juristas encontraremos respuestas totalmente diferentes. Desde aquellos que dirán que el objeto de la ciencia jurídica es el estudio de las normas sancionadas por los parlamentos, o de las sentencias dictadas por jueces, u otros que afirmarán sin dudar que el objeto del Derecho es la Justicia, los valores de la comunidad y que las normas positivas son válidas en tanto tengan por fin realizar esa virtud o dichos valores²³³.

(*) El presente trabajo reproduce varios trabajos del autor, entre ellos una ponencia del autor en el Congreso de Ética Profesional organizado por el Colegio de Abogados de Rosario, realizado el 11 y 12 del mes de noviembre de 1993; un publicación en La Ley Actualidad el 26 de noviembre de 1993, el capítulo a su cargo en el libro “La Ética del Abogado” que recibió mención de honor en el “Premio Rodolfo Molledo”, organizado por el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y publicado por Abeledo Perrot con el mismo título y el desarrollo de sus clases como profesor a cargo de la cátedra de Ética Profesional de la carrera de abogacía en la Universidad Austral.

²³³ Harlt, H.L.A., “El concepto de Derecho”, ed. Abeledo-Perrot, Pág. 1.

¿Qué es el Derecho? Pregunta de difícil y múltiple respuesta, ¿es realmente una ciencia?, ¿es una técnica para ordenar la sociedad?, ¿es un arte que tiene por objeto la perfección de la vida comunitaria?²³⁴

Lo cierto es que quienes dedicamos nuestra vida a ejercer profesiones jurídicas y tenemos alguna inquietud sobre el objeto de nuestra tarea, de tiempo en tiempo o con motivo de algún caso complicado, volvemos a la pregunta que se hacen los jusfilósofos sin encontrarle una respuesta adecuada. Quizás, según sea el problema real que tenemos entre manos, nos adheriremos a una de las tantas posturas que, a través de la historia, se han manifestado sobre el problema y volcaremos en nuestros escritos forenses, sentencias, dictámenes o exposición de motivos de leyes -según sea la profesión legal que ejercemos- la idea del filósofo del Derecho que es más adecuada a nuestro problema. En nuestra función de operadores prácticos generalmente no nos detenemos en adoptar posturas rígidas ni hacemos de uno u otro concepto de Derecho una cuestión de fe. Solo en el ámbito académico se producen adhesiones más firmes pero que, a quienes ejercemos activamente profesiones legales, muchas veces nos parecen discusiones teóricas alejadas de la realidad.

Sin embargo, la cuestión no deja de inquietarnos porque, mal que nos pese, es problemático aplicar principios o normas sin tener una respuesta clara respecto a su naturaleza o si la postura adecuada es dar primacía a los valores sobre la ley positiva o a la inversa. Nos desvela el problema de la seguridad jurídica y la certeza de que debe buscarse mediante la ley positiva frente a casos en que nuestros valores o simplemente el sentido común, nos indican que la solución justa del caso implica dejar de lado la letra de la ley y buscar en ella una solución diferente²³⁵.

La historia del pensamiento jurídico nos muestra un esfuerzo constante en intentar atrapar el fenómeno dentro del concepto de ciencia. Parecería que darle al Derecho otra categoría sería bajarlo de su pedestal. En el ámbito académico ese esfuerzo se nota con mayor énfasis en el sistema continental europeo donde el jurista, el teórico del Derecho, es el “héroe del sistema” y los operadores prácticos estarían en un escalón inferior²³⁶. Esto se ve claramente en un pasaje de “La Teoría Pura del Derecho” de Hans Kelsen quien, al fundar su postura en el sentido de que el Derecho es únicamente un sistema de normas, dice que la Teoría Pura:

“...se rehúsa a adoptar con relación al Derecho la actitud subjetivista del abogado encargado de la defensa de ciertos intereses particulares y preocupado únicamente de buscar cuál es la significación del Derecho para el individuo, en qué medida le es provechoso o desventajoso, si sirve a sus intereses o amenaza con ocasionarle perjuicio”²³⁷.

Para quienes somos abogados, este párrafo nos impresiona. Parecería que el jurista, desde su pedestal, mira nuestra profesión como algo secundario ajeno a la verdadera naturaleza del Derecho. Como si impusiera una barrera entre las elucubraciones científicas que construyen el sistema y la diaria práctica de aplicar el Derecho a los conflictos humanos.

Lo curioso es la parte final de este párrafo donde Kelsen culmina el argumento agregando: “Esta actitud (la del abogado) corresponde especialmente a la ciencia del Derecho entre los romanos, que nació esencialmente de las consultas evacuadas por los jurisconsultos y cuya recepción se produjo al mismo tiempo que la del Derecho romano”.

Mal que le pese al ilustre jurista allí reconoce que la “ciencia del Derecho” nació de su práctica. Pone el ejemplo del Derecho Romano el que, sabemos, está en el origen de todos los sistemas jurídicos occidentales, lo cual muestra hasta qué punto el Derecho, más que un sistema “puro” de organización y sistematización normativo como Kelsen lo concibió intentando depurarlo de toda influencia ajena, es algo vital en la experiencia de todos los días donde sus operadores -desde distintas funciones- van dándole vida en la realidad y cuya materia prima no son las leyes o normas sino las conductas humanas.

²³⁴ Estos cuestionamientos están desarrollados con claridad en “Interpretación, Neoconstitucionalismo y Ética Profesional”, de Enrique H. del Carril capítulo que integra la obra “Ética de las Profesiones Jurídicas” que comparte con Sebastián J. Cosola, Luis Montesano y Santiago Finn, ed Ad-Hoc. El autor pasa revista a las diversas respuestas de estas preguntas (el Derecho como Ciencia, como Técnica o como Arte) y si bien se inclina por la última de las calificaciones (el Derecho sería un arte) deja abierto el interrogante para una mayor investigación.

²³⁵ Un ejemplo de la aplicación del sentido común sobre la norma lo tenemos en un famoso caso resuelto por los tribunales del Estado de New York en 1889, Riggs vs. Palmer, que Dworkin cita en su polémica con Harl. El Tribunal por mayoría con disidencias, resolvió que no correspondía beneficiar con las disposiciones testamentarias del abuelo, al nieto que lo había asesinado para cobrar esa herencia. En la legislación que en esa época regía en New York no existía la figura de la indignidad y entre las razones taxativas por las cuales se podía anular un testamento no estaba el supuesto del asesinato del testador por el beneficiario. La mayoría consideró que había una regla de interpretación no escrita que prescribía que nadie podría ser beneficiario de un derecho sobre la base de un delito, mientras que la minoría consideró que el legislador no había considerado el supuesto por lo que desheredar al asesino implicaba imponerle una pena mayor que la prescripta por la ley.

²³⁶ John Merryman, en su obra “El Sistema Romano-Canónico”, Ed Fondo de Cultura Económica, realiza una comparación entre el sistema continental y el anglosajón. Allí dice que en el sistema continental el “héroe del Derecho” es el jurista: Savigny, Ihering, Domat etc, mientras que en el Common Law lo es el Juez Marshall, etc.

²³⁷ Kelsen Hans “Teoría Pura del Derecho”, ed. EUDEBA, pág. 111.

No pretendo estar a la altura de Kelsen o de muchos otros prestigiosos juristas, pero creo que el diario trajinar en los tribunales y oficinas administrativas defendiendo los intereses de nuestros clientes, como también el ejercicio cotidiano de la jurisdicción por parte de los jueces, constituyen la realidad del Derecho. Ciertamente las teorías jurídicas que buscan encontrar explicación racional a su naturaleza son útiles, podríamos decir imprescindibles, porque suministran a los operadores del Derecho argumentos y razonamientos que tienden a perfeccionar su cotidiana obra. Pero sin la realidad concreta y reducido al mundo de las esencias, el Derecho pierde su utilidad.

III. DERECHO Y ABOGACÍA EN LA HISTORIA

Una obra clásica describe con toda claridad el origen del Derecho y nos da pistas firmes para seguir su evolución a través de la historia²³⁸.

El autor explica que, en un principio, el Derecho estaba íntimamente ligado a la religión. Los dioses dictaban las normas de comportamiento a los hombres quienes debían cumplirlas por razones de piedad y respeto. Obviamente mandaban aquello que más convenía para la vida en sociedad.

Esta confusión entre Derecho y religión alcanzaba también a juristas y sacerdotes. En Roma el “pontífice máximo”, hasta bien avanzada la República, era el más importante de los juristas porque su función consistía en desentrañar los mandatos de los dioses estudiando las costumbres de los mayores.

En la ciudad antigua no había órganos legislativos como los concebimos hoy, tampoco los hubo hasta la denominada Edad Contemporánea con posterioridad a la Revolución Francesa. En la antigüedad y en el período medieval los cuerpos similares a parlamentos no tenían como función dictar normas de conducta plasmadas en leyes escritas pues aquellas surgían de la costumbre. Las asambleas solo controlaban al monarca en el uso de sus funciones tributarias o militares.

El Derecho escrito fue la consecuencia de la revolución de las clases inferiores buscando precisión y certeza en las normas de conducta, cuya expresión e interpretación eran monopolizadas por los patricios. Pero en manera alguna estas antiguas recopilaciones escritas, como la ley de las XII Tablas en Roma o las disposiciones de Solón en Atenas, eran creación de los legisladores. Se trataba de recopilar costumbres ya existentes y plasmarlas en cuerpos legales para conocimiento de todo el pueblo. Para Fustel de Coulanges la introducción de la ley escrita implicó un cambio de concepción: “la ley no es ya una tradición santa, es un texto, *lex*, y como la ha hecho la voluntad de los hombres, la misma voluntad puede cambiarla”. 240

En cuanto a la abogacía, se han gastado muchas bromas sobre esta profesión. Algunos dicen que es la más antigua del mundo, dándole primacía sobre los deseos sexuales representados en la prostitución. Dicen que, sin duda, la más antigua es la abogacía pues en el génesis se dice que: en el principio era el caos, lo cual implica que algún abogado habría para ofrecer sus servicios.

Bromas aparte creo que, efectivamente, la abogacía se cuenta entre las muchas profesiones más antiguas porque el conflicto humano es una realidad primitiva y tan pronto los hombres se agruparon para realizar el intercambio de sus productos, velar por sus intereses comunes y evitar enfrentamientos violentos se empeñaron en crear organismos que arbitraran en esos conflictos.

La ciudad antigua estaba fragmentada socialmente. También había pronunciadas diferencias de sexo, edad y posición social. Las familias que habían intervenido en la fundación de la ciudad tenían una notable primacía sobre aquellos que se incorporaban a ella posteriormente, ya sea voluntaria o por la fuerza.

Entre los primeros estaban aquellos que concurrían a las ciudades en busca de oportunidades y para cambiar sus condiciones de vida. Los había de buena posición económica como los comerciantes o aquellos hombres libres de baja condición social que se acercaban a la ciudad porque encontraban en ella protección y trabajo.

Entre los segundos, aquellos que se incorporaban a la ciudad en forma forzada estaban los esclavos, prisioneros de guerra o comprados a los mercaderes. Su condición podía ser, al principio, denigrante y dolorosa; pero con el correr del tiempo muchos de ellos lograban el cariño de sus amos y también la libertad.

Este fenómeno de estratificación social se reflejaba en el concepto de Derecho y en la estructuración de las instituciones. Al principio, solo tenían Derechos los patricios: o sea los iniciadores o descendientes vivos del linaje de aquellas familias antiguas fundadoras de la ciudad. Estos eran quienes podían concurrir a las Asambleas y hacerse oír para defender los Derechos de su estirpe pidiendo la justicia de los árbitros

²³⁸ Fustel de Coulanges “La Ciudad Antigua”, ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, ed. 1998. Respecto del origen del Derecho, cap XI, Pág.s 333 y sgts. Ver también Stein, Peter G. “El Derecho Romano en la historia de Europa, historia de una cultura jurídica”, ed. Siglo XXI, editores”.

²⁴⁰ Op. Cit. Pág. 543. Curiosamente el Derecho escrito que había sido el arma de la igualdad contra el despotismo de una clase, muchos siglos más tarde, fue puesto al servicio de la concentración del poder mediante el dictado del Derecho obligatorio por parte del monarca. Así en el siglo VI DC el emperador Justiniano pretendió encerrar toda expresión de creación jurídica en la gran recopilación luego denominada “Corpus Iuris Civilis”. Su afán racionalista, luego emulado por Napoleón, se manifestó en la prohibición de investigar sobre normas o costumbres anteriores que pudieran haberse elaborado por juristas diferentes a los citados en la recopilación.

designados por estas asambleas. Sólo ellos podían asumir el reclamo de justicia frente a una afrenta realizada a sus hijos o esclavos, o defenderlos ante acusaciones de otras personas o familias.

El pater familias fue el primer abogado pues solo él podía defender ante la Asamblea los derechos de los integrantes de su familia. Pero debemos entender el concepto de familia en la ciudad antigua. Esta no estaba formada únicamente por parientes, padres e hijos, como hoy la concebimos; en la familia antigua, especialmente en Roma, todos los personajes importantes que ostentaban la posición de pater familias protegían a muchos de aquellos de los cuales ya hablamos, que se incorporaron tardíamente a la ciudad (en Roma denominados plebeyos). Unos eran esclavos liberados por ellos mismos o por otros patrones: los libertos; otros eran hombres libres que, muchas veces tenían sus negocios particulares y, a veces, cierta fortuna económica. Todo este conglomerado de personas que por linaje no pertenecían a la familia patricia eran denominados “clientes”. El pater familias los defendía ante la Asamblea y, como contrapartida, ellos le debían favores y, fundamentalmente, eran su apoyo electoral en las elecciones a distintas magistraturas cuando, con el correr de la historia se fue ampliando el Derecho a elegir por parte de los ciudadanos cuyo estatus se fue abriendo poco a poco a más cantidad de gente.

De esta manera, ese “pater familias” en su juventud debía formarse para ser soldado y abogado mediante la preparación militar y la oratoria. Esta última le permitiría actuar como “abogado” en el sentido que hoy le damos al término o sea la representación de derechos de otro ante un tribunal o frente a un negocio.

Con el devenir del tiempo y la especialización del trabajo, algunos de éstos “pater familias” eran más hábiles en las técnicas oratorias. También aparecieron escuelas, generalmente importadas de Grecia, que ya era provincia romana en la mayor parte de su territorio. En estas escuelas se enseñaba la forma de elaborar un discurso convincente, a responder determinadas argumentaciones, etc.

Por otra parte, muchas familias nuevas provenientes de pequeñas noblezas de ciudades itálicas fueron incorporándose a la vida cívica y algunos de sus miembros se destacaban como soldados o como abogados.²⁴¹ Éstos últimos concurrían a las escuelas de retórica para completar su entrenamiento en las lides forenses ya que en sus ciudades de provincia no habían tenido ocasión de presenciar y formarse cerca de los grandes oradores, como ocurría con aquellos jóvenes pertenecientes a las viejas familias patricias.

En el siglo V AC, luego de las Guerras Púnicas, el poder y la influencia de Roma se extendió por casi toda la costa del Mediterráneo. Es en esta época cuando la abogacía comienza a ser una profesión autónoma y reconocida, no sólo por su necesidad en los conflictos individuales sino también por aquellos de trascendencia política como los procesos de corrupción contra gobernadores o procónsules, o la defensa de proscriptos políticos.

Pero la abogacía era una actividad distinta a la del jurista. Este último interpretaba las costumbres ancestrales respetando su origen religioso a diferencia del abogado cuya tarea era defender causas ante los Tribunales. Muchas veces, recurría al asesoramiento de juristas para dilucidar la interpretación de costumbres o normas ancestrales, pero las tareas eran diferentes.

Con la disgregación del imperio romano de occidente, la ciencia jurídica dio un paso atrás en el territorio de la actual Europa. Los pueblos bárbaros que fueron ocupando las distintas regiones del continente, tenían una visión primitiva del Derecho. Sus costumbres no estaban sistematizadas en normas escritas ni en recopilaciones, como ya ocurría en la Roma de la antigüedad tardía. Eran los reyes quienes impartían justicia según su leal saber y entender basados en esas costumbres cuyo origen se perdía en el tiempo pero que, en general, se habían impuesto por razones morales, utilitarias o religiosas. El abogado pasó a ser una figura desconocida en la civilización de los siglos V a XII. Los pleitos se dirimían mediante el arbitraje del rey o señor feudal que, cuando no encontraba una solución clara o sus sentencias no eran aceptadas, se sometían al duelo armado o juicio de Dios, pues se consideraba que la divinidad le daría el triunfo a quien tenía razón. Quizás, la figura más parecida al abogado era el caballero andante. Aquel personaje que ponía sus armas a disposición para defender la Justicia de los débiles²⁴².

Superada la obscuridad de la baja Edad Media, desde el siglo XIII en adelante se mantuvo la diferencia entre estas dos actividades hasta bien entrado el siglo XIX. En América, el título universitario de doctor en ambos Derechos (civil y canónico) no habilitaba para ejercer la abogacía. En Buenos Aires colonial y hasta después de Caseros quien quisiera ejercer la abogacía debía cursar dos años en la Academia de Jurisprudencia donde los cursos estaban orientados a la enseñanza práctica de la profesión²⁴⁵.

²⁴¹ El paradigma de abogado romano fue Marco Tulio Cicerón, proveniente de una familia de la pequeña nobleza terrateniente de “Arpinium” ciudad de Italia incorporada a los dominios romanos.

²⁴² En la novela de caballería, escrita en el siglo XII por Chretien de Troyes “El caballero del león”, se describe un pleito entre dos hermanas en donde cada una de ellas reivindicaban su Derecho exclusivo sobre la herencia de su padre, que fue sometido al duelo de dos caballeros elegidos por cada una de ellas.

²⁴⁵ Ver Levene, Ricardo: “La Academia de Jurisprudencia y la vida de su fundador Manuel Antonio Castro” (1941). Es interesante observar que la mencionada Academia se suprimió cuando se creó la cátedra de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires bajo el argumento que en esa cátedra se impartiría la enseñanza práctica cosa que nunca ocurrió.

Pero posteriormente, durante los siglos XIX y XX, en Europa continental y en América ambos quehaceres, en alguna medida se confundieron, como también la función judicial. El jurista es abogado o Juez y, en general, el prestigio se gana más en la cátedra o en la investigación teórica que en el ejercicio de la magistratura o la abogacía. No ocurre lo mismo en la tradición del Common Law donde estas actividades se encuentran claramente diferenciadas. Los juristas son profesores a tiempo completo en las universidades y los abogados, en general, no enseñan la ciencia del Derecho.

Aunque esta diferencia hoy tiende a marcarse más en la enseñanza del Derecho y la habilitación profesional en las universidades europeas, donde se considera que el título académico no es suficiente para habilitar el ejercicio de la abogacía o la judicatura, creándose institutos para formar estos profesionales luego de su paso por la universidad.

IV LA ABOGACÍA COMO ARTE

Soy un convencido de que en el mundo del Derecho los conceptos de ciencia y arte no fueron debidamente diferenciados, probablemente porque en sí el concepto de ciencia es en alguna medida cuestionable en las denominadas “Ciencias Sociales”. Estas estudian, en general, la conducta humana fruto de la libertad por lo cual es problemático utilizar en ellas métodos de las ciencias exactas donde rigen leyes que no dependen del accionar humano si no de la propia naturaleza, por ello, principios como el de la relación de causalidad son aplicables sin mayor discusión. La física o la química se encargan de explicar con precisión las leyes que nos permiten predecir con precisión acontecimientos futuros mediante el análisis de la relación causa y efecto.

En el siglo XIX muchos filósofos y científicos, intentaron -a mi juicio vanamente- aplicar estos mismos principios exactos a las ciencias sociales intentando encajonar el comportamiento humano en estas relaciones. Hoy se sabe que estos esfuerzos, si bien contribuyeron al conocimiento de la realidad, fracasaron pues la materia prima en las ciencias sociales es la conducta humana regida por la libertad. El hombre elige qué conducta realizar y ello no puede preverse, por el contrario, la materia está determinada por leyes naturales.

Este es un tema apasionante que excede el propósito de estas líneas, pero lo traigo a colación para aplicarlo al Derecho y a la abogacía.

Podría considerarse que el conocimiento del Derecho forma parte de la ciencia jurídica, aunque también es problemático este encuadramiento como surge de la cita de Harlt realizada precedentemente. Pero podríamos reconocer que, con sus limitaciones, este conocimiento puede calificarse como “Ciencia Jurídica”.

No obstante, aun partiendo de esa premisa, a mi juicio la abogacía es otra cosa. Claramente no se trata de una ciencia pues estamos en el dominio de una actividad práctica sometida a técnicas y habilidades, aun cuando para su ejercicio es necesario el conocimiento del Derecho. Se trata de una comparación similar a la Ingeniería respecto de las Ciencias Exactas, o a la medicina respecto de la anatomía y fisiología.

La clave del problema se encuentra en su análisis desde el punto de vista filosófico. Jacques Maritain divide las facultades de la inteligencia en aquellas de orden especulativo cuyo único fin es conocer y aquellas de orden práctico en donde el hombre conoce “no ya para descansar en la verdad y gozar de ella sino para servirse de sus conocimientos con miras a alguna obra o alguna acción”. Dentro de este orden práctico hay dos dominios: el del obrar, en donde la conducta humana se juzga por la perfección de quien la realiza, es el campo de la moral, y el del hacer, en donde la conducta humana se juzga con relación al bien o la perfección propios de la obra producida. Este último es el dominio del arte²⁴⁶.

La abogacía, entendida como actividad intelectual consistente en la defensa de los intereses y derechos de las personas, ya sea en un negocio o en un conflicto, es un arte de las llamadas liberales²⁴⁷, pues la actividad del abogado tiende a la realización de una obra intelectual que requiere la utilización de determinadas habilidades (la expresión clara oral o escrita, la persuasión mediante la utilización de sus conocimientos legales, etc.) y la aplicación de determinadas técnicas.

²⁴⁶ Maritain, Jacques. *Arte y Escolástica*. Ed. Club de Lectores, pág. 10 y ss.

²⁴⁷ En la temprana Edad Media las llamadas artes liberales se dividían en el “trivium” que comprende la gramática, la retórica y la dialéctica y el “cuatrivium” que comprende la aritmética, la geometría, la astronomía y la música (Gilson, Etienne “La filosofía en la Edad Media” Ed. Sol y Luna Pág. 16.). En el “trivium” se estudiaban las voces, las palabras; mientras que en el “cuatrivium” se estudiaba las cosas. La abogacía se asimilaba a la retórica entendida como arte dirigido a la perfección del discurso y la argumentación. El abogado se distinguía del jurista que estudiaba el Derecho como ciencia pues aquel ejercía un arte. Un autor define claramente esta distinción: “El intelectual urbano del siglo XII se considera y se siente como un artesano, como un hombre de oficio comparable a los habitantes de la ciudad. Su función es el estudio y la enseñanza de las artes liberales. Pero ¿qué es un arte? No es una ciencia, es una técnica... Un arte es toda actividad racional y justa del espíritu aplicada a la fabricación de instrumentos, tanto materiales como intelectuales; es una técnica inteligente del hacer” (Le Goff, Jacques. “Los intelectuales en la Edad Media, ed. Gedisa, Pág. 68).

El artista, para que su obra sea buena, debe utilizar sus habilidades y cumplir ciertos principios. Como bien dice un autor “el arte es así, como decíamos, un saber hacer o un hacer de acuerdo con reglas o normas”²⁴⁹.

Pero además la abogacía, como actividad artística en el sentido amplio de esta palabra, debe ajustarse no sólo a técnicas o habilidades sino también a ciertas reglas que tienen en mira ordenar el ejercicio profesional en su finalidad propia, o sea, prestar su auxilio para el mejor ejercicio de la Justicia en un determinado tipo de organización social. Estos principios forman parte de la llamada “ética profesional”.

V NATURALEZA DE LA ÉTICA PROFESIONAL

Usualmente los abogados analizamos los problemas atinentes a la ética profesional considerando ésta como parte de la moral general.

Esta forma de ver las cosas es, a mi juicio, errónea y se presta a confusiones. La ética o moral general tiende a la perfección del hombre mismo, mientras la llamada “ética profesional” busca primordialmente el mejor ejercicio de la abogacía contribuyendo así al buen funcionamiento del sistema de justicia como institución fundamental del estado.

Esta confusión en el análisis torna dificultoso encontrar una debida justificación moral a prescripciones de ética profesional, como la defensa del culpable de un delito o callar la verdad cuando se defiende una causa. Desde el punto de vista de la moral general callar la verdad o defender al culpable sabiendo que lo es, parecerían actos reprochables. Sin embargo, hacen al normal ejercicio de la abogacía y tienden al reconocimiento del Derecho de defensa.

En otros casos conductas que podrían juzgarse como virtuosas se encuentran vedadas por la llamada “ética profesional”: ¿Quién puede condenar la actitud de aquel que para retribuir un favor recibido done a alguien parte de sus honorarios? Sin embargo, sabemos que los códigos de ética profesional prohíben compartir los honorarios con terceros que acercan asuntos o clientes; porque es conveniente para el buen servicio de justicia que los criterios de selección del abogado estén guiados por las cualidades profesionales y no por la posibilidad de recibir una participación en el honorario²⁵⁰.

También, en el orden general, es virtuoso denunciar actos delictivos o proceder que conocemos y que pueden perjudicar a otros, mientras que los abogados en circunstancias similares deben guardar secreto profesional.

Otro ejemplo interesante para entender la diferencia entre la moral general y la ética profesional es el tratamiento del pacto de *cuota litis*. Esta modalidad de pactar honorarios en general está prohibida en los códigos de disciplina de los países europeos²⁵¹, aunque esta prohibición está cuestionada en España desde el punto de vista de la libre competencia²⁵³.

El criterio europeo tiene su fundamento en el principio de la independencia del abogado. Se considera que el abogado no puede estar involucrado en los intereses de su cliente para poder brindar un consejo objetivo e imparcial²⁵⁵. Sin duda, desde el punto de vista del ejercicio profesional, la independencia y evitar conflicto de intereses son valores que garantizan el derecho de defensa, pero privilegiarlos sobre la libertad de contratar puede tener como consecuencia perjudicar otro valor igual o más importante como es el del acceso a la justicia.

²⁴⁹ de Estrada, José María. “Breve Estética Filosófica”, Ed. Club de Lectores, Pág. 16.

²⁵⁰ Hace algunos años un conocido dirigente gremial se jactó públicamente de recibir participación de honorarios profesionales por otorgar la atención de los asuntos de su sindicato. La forma pública en que se expresó muestra claramente que dicho dirigente no consideraba deshonesto su proceder; desde su punto de vista era sólo la retribución de un favor que él hacía. Lo que llama poderosamente la atención es la falta de una firme reacción de las entidades públicas y privadas que representan a los abogados ante un reconocimiento expreso de una flagrante violación a precisas normas del Código de Ética Profesional y la posibilidad de detectar a los infractores simplemente averiguando quienes son los abogados que atienden al sindicato en cuestión. Cabe preguntarse si realmente existe conciencia generalizada sobre lo reprochable de la conducta en cuestión.

²⁵¹ El Código Deontológico de la C.C.B.E. (Consejo de los Colegios de Abogados de la Comunidad Europea) en su art. 3.3.1. establece “El Abogado no podrá fijar sus honorarios con arreglo a un pacto de cuota litis.”, definiéndolo en estos términos: “3.3.2. El pacto de cuota litis es un acuerdo celebrado entre el Abogado y su cliente antes de la terminación definitiva de un asunto en el que el cliente es parte, en virtud del cual el cliente se compromete a Págar al Abogado una parte del resultado del asunto, pudiendo ésta consistir en una suma de dinero o en cualquier otro tipo de beneficio, bien o valor.”

²⁵³ Un fallo del Tribunal Supremo (sala Tercera) de ese país dictado el 4 de noviembre de 2008 confirmó una decisión del Tribunal de Defensa de la Competencia que declaró inválido el art. 16 del Código Deontológico donde se prohíbe el Pacto de Cuota Litis al considerar que viola el art 1º de la Ley de Defensa de la Competencia que prescribe: “1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en: a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio. (...)”. Ver: “Honorarios de abogados, competencia y pacto de cuota Litis. Comentario a la STS, 3ª, 4.11.2008 (JUR 2008/2800; MP: Eduardo Espín Templado, Carlos Gómez Ligüerre y Carlos Alb. Ruiz García; Facultad de Derecho de la Universitat Pompeu Fabra.

²⁵⁵ Este criterio lo explica claramente Ángel Ossorio y Gallardo en su famosa obra “El Alma de la Toga” (Editorial Reus, España, colección Clásicos de El Derecho).

Este último principio es el que se prioriza en América, especialmente en Estados Unidos. Se considera que el pacto de cuota *litis* permite el acceso a la Justicia a personas carentes de recursos cuando tienen un caso que involucra un importante resultado económico (responsabilidad civil, acciones de clase por daños colectivos etc.). En estos supuestos las personas humildes tienen la posibilidad de recurrir a buenos abogados y tener una defensa de primera calidad. Es evidente que el acceso a la justicia universal es un valor importante desde el punto de vista de la garantía del Derecho de defensa a todos los ciudadanos. Por ello, parecería que permitirlos en los códigos de ética profesional tiene una loable finalidad.

Como puede verse en este ejemplo ambos criterios, el europeo y el americano, responden a dos puntos de vista válidos desde la finalidad del mejor ejercicio de la abogacía, pero no está involucrado ningún principio de moral general. Considero que no puede calificarse como inmoral a un abogado europeo que concrete un pacto de *cuota litis*, aunque indudablemente viola una norma positiva incluida en el Código de Ética y merece, por lo tanto, una sanción. Creo que este ejemplo muestra claramente la diferencia entre la ética profesional y la moral general. La primera tiene como finalidad el mejor ejercicio profesional en un foro determinado, la segunda tiene por finalidad el mejoramiento de la persona mediante la práctica de las virtudes.

Esta aparente dicotomía entre la ética o moral general y la ética profesional no es tal sino simplemente diversidad de objetivos, pero tal confusión es lo que dificulta su enseñanza y la formación de profesores capaces de impartirla. En las pocas universidades o institutos donde se enseña puede observarse que la tendencia es confundir ambos órdenes y optan por impartir moral general.

El cumplimiento de las normas de ética profesional, por sí solo, no hace más virtuoso al abogado salvo, lógicamente, en cuanto que acatar las leyes justas implica un acto moralmente bueno. Ello es así por cuanto el arte no tiende en modo alguno a que el artista sea bueno en su propio obrar de hombre²⁵⁷.

La moral individual del abogado trasciende por lo tanto el cumplimiento de las reglas de un Código de ética y se mide por el ejercicio de las virtudes. Así, puede ocurrir que una conducta permitida desde el ángulo de la ética profesional, como la defensa del culpable, sea reprochable analizada desde el punto de vista de la moral individual del abogado que la asume teniendo en cuenta sus antecedentes, posturas asumidas públicamente, intenciones, móviles, etc. Por eso no se impone al abogado la obligación de prestar su asistencia al culpable (aunque el sistema debe prever su defensa) pudiendo rechazar los casos que desde el punto de vista de su conciencia sean incompatibles con sus convicciones o creencias. Normalmente, las decisiones de los tribunales de ética juzgan hechos extremos que importan violaciones a normas de moral general, cuando no verdaderos delitos. En muy pocas oportunidades se ven condenas referidas a las conductas desleales entre profesionales, participaciones de honorarios ilegítimas o violaciones al secreto profesional. Ello contribuye a confundir la ética profesional con la moral general.

Obviamente si la mayor cantidad de abogados fueran virtuosos, el sistema funcionaría mejor: se garantizaría el derecho de defensa de todos mediante la actuación de profesionales veraces y los culpables serían condenados con la debida asistencia de abogados que los defenderían conforme a sus conciencias o si ello no fuera posible, por los defensores oficiales. Pero también la sociedad sería mejor si todos los ciudadanos fueran virtuosos, lo cual es un ideal quizás inalcanzable en esta vida.

VI LA MORAL DEL ABOGADO

Puede creerse que la distinción que realizo en el capítulo precedente entre la Ética Profesional y la Moral General del abogado denotaría una postura relativista que desprecia la conducta ética en el ejercicio profesional. Este cuestionamiento sostendría que, desde mi punto de vista, para ser un buen abogado, además de los conocimientos jurídicos y la habilidad profesional, solo bastaría cumplir con las normas de un código de ética profesional y en manera alguna influiría sobre la calificación del abogado si en su trabajo está influido por vicios como la soberbia, la temeridad, la avaricia, etc.

No es esa mi posición, pero antes de explayarme sobre este punto creo importante resaltar que el común de la gente, cuando busca un abogado no tiene en cuenta sus cualidades morales. Es normal escuchar que lo importante es su habilidad y cuanto más agresivo y temerario, mejor. Las pasiones humanas que, generalmente, están presentes en los conflictos llevan a que los litigantes piensen que lo mejor para ello es contar con abogados agresivos y sin escrúpulos. Esta forma de elegir a los abogados, en la mayoría de los casos, tiene un mal final porque el abogado inescrupuloso, al no tener límites morales en su actuación, aplica el mismo principio en la relación con su cliente y las consecuencias son que el conflicto no se soluciona, sino que se agrava.

Es que la abogacía es un arte cuya materia prima con la que trabaja, no son las normas jurídicas exclusivamente si no las conductas humanas²⁵⁹. En el ejercicio de cualquiera de las profesiones que trabajan

²⁵⁷ Maritain, Jacques. Op. cit. pág. 21.

con conductas humanas, la moral del profesional reviste una importancia fundamental para el resultado de su obra. Ocurre lo mismo con la medicina, la psicología y muchos otros quehaceres donde nos enfrentamos con situaciones humanas que debemos comprender, develar los reales intereses de nuestros clientes que van más allá de los que solo son objetivos inmediatos y nos impone dejar de lado nuestro afán de gloria o triunfalismos personales para enfocarnos en el interés del cliente. Muchas veces esta postura no es comprendida por el cliente quien nos propone caminos que conspiran con nuestra conciencia lo cual nos impone dejar el caso porque no podremos brindarle un servicio eficiente al cliente.

Mi postura es que las virtudes o los vicios de los abogados inciden directamente en el resultado de su quehacer profesional. Si bien las reglas deontológicas son necesarias para un correcto ejercicio de la abogacía que permita un adecuado ejercicio del derecho de defensa por el ciudadano, la moral del abogado incide también en el resultado de su trabajo.

En este sentido, me permito citar un párrafo de una conferencia dictada por un famoso abogado argentino que, considero, resume claramente mi pensamiento:

*“... se puede tener un alma ruin y ser un hombre de ciencia genial, como Bacon- un gran poeta puede ser un perdulario, como Francois Vilión o como Marlowe, o tener alma depravada en cuerpo impuro, como Verlaine, o caer en abyectas tentaciones, como Baudelaire; un monstruo físico y moral como Pope fue la más alta expresión de las letras clásicas inglesas - ninguna aberración moral impide ser un gran ingeniero. Todas estas cimas y muchas más puede escalar el talento llevando a cuevas un alma condenada- pero hay dos, por lo menos dos, que no serán nunca logradas con tales lastres, no por estar más altas sino porque sus escajaduras exigen otros medios de ascensión para ser dominadas. Ellas son la abogacía y el sacerdocio”*²⁶¹.

Quizás es un texto que por su estilo barroco podría calificarse como pasado de moda, pero vale la pena detenerse en algunos de sus conceptos para tener la justa medida de la forma que influye la moral del abogado en su obra. Merbilháa no pretende enaltecer la abogacía sobre las otras profesiones, solo quiere remarcar que, como el abogado trabaja con conductas humanas, sus vicios o virtudes inciden en el resultado de su trabajo. Lo dice cuando utiliza la metáfora del alpinista al referirse a las “cimas” a alcanzar; afirma allí que esas cimas (interpreto que se refiere al éxito profesional) no son más altas que las de otras profesiones como la ingeniería, la literatura o las bellas artes; sino que “sus escajaduras exigen otros medios de ascensión para ser dominadas”. Estos medios son, a mi juicio, el ejercicio de virtudes como la prudencia, la templanza, la fortaleza, la humildad, etc. y, a la vez, evitar vicios como la temeridad, la soberbia, etc., pues esas conductas, insisto, tienen una influencia directa en el resultado de su trabajo.

VII LA ENSEÑANZA DE LA ÉTICA PROFESIONAL

La concepción de la ética profesional como parte del arte de la abogacía influye también en la forma de impartir su enseñanza. Como dice Maritain:

*“Precisamente porque el arte es una virtud del entendimiento práctico, el modo de enseñanza que le conviene por naturaleza es la educación aprendizaje, el noviciado operativo bajo un maestro y frente a la realidad, no las lecciones distribuidas por profesores”*²⁶³.

En definitiva, a la enseñanza de un arte le corresponde un método activo que se puede resumir en el título “aprender haciendo” para el desarrollo de las habilidades del futuro abogado y la transmisión de técnica apropiadas.

No se trata de impartir lecciones de filosofía moral sino de permitir que el estudiante, a través de casos concretos pueda desentrañar la razón de ser del principio en juego analizado desde el punto de vista del mejor ejercicio de la abogacía y, por ende, del servicio de justicia.

Problemas tales como el conflicto de intereses, la participación de honorarios, el deber de lealtad hacia el colega contrario frente al que se le debe al cliente, son comprendidos mucho más claramente ante un caso concreto con todos sus matices que en su enunciación o explicación abstracta²⁶⁴.

²⁵⁹ En el capítulo 3 de la obra “The Lost Lawyer”, titulado “Servir al Cliente”, Anthoni Kronman distingue una visión estrecha de una visión amplia en el ejercicio de la abogacía. De acuerdo a la primera, el abogado sería una suerte de ingeniero jurídico, su cometido se limitaría a buscar las herramientas legales para satisfacer los objetivos de sus clientes. Por el contrario, una visión amplia requiere que el abogado intente desentrañar los verdaderos intereses de su cliente. Dice este autor que: “el objetivo del cliente muchas veces es ambiguo, o es contrario a otros objetivos, o es claro, pero fue concebido de un modo irreflexivo. ¿Cuál es la tarea del abogado en tales casos? Creo que la mayoría de los abogados diría que, como mínimo, parte de su trabajo en tales casos es ayudar a clarificar las metas del cliente señalando las ambigüedades de su concepción e identificando conflictos latentes entre ellas y otros fines del cliente.

²⁶¹ Ceferino Merbilháa “El Alma del Abogado”, Conferencia pronunciada en el Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, en 1951.

²⁶³ Op. cit. Pág. 56.

²⁶⁴ Lynch Horacio “La enseñanza de la ética a los abogados”, La Ley 1992 A, Pág. 656/657.

Tener conciencia que la finalidad de las normas de conducta profesional es el mejoramiento de la abogacía ayudaría a esclarecer su sentido y encontrar explicación a muchos casos límites que, analizados desde la óptica del hombre común, no parecen reprochables. Ello reviste suma importancia en el proceso de formación de nóveles abogados pues razonablemente les cuesta comprender por qué determinadas conductas aparentemente inocuas se consideran contrarias a la ética profesional.

Muchas veces se dice que no es posible enseñar la ética profesional en las facultades de Derecho porque el hombre aprende moral en su hogar. A mi juicio esta opinión parte del equívoco de considerar a las normas de conducta profesional como parte de la moral y no en su carácter de reglas de un arte, la abogacía, cuya finalidad inmediata no es procurar la perfección personal de quien actúa sino de la obra a realizar, o sea, el servicio de Justicia.

Esta forma de enseñanza incide en el perfil de los profesores, en los métodos, en el modo de evaluar a los estudiantes y en la educación continua. Los profesores de Ética Profesional deben ser abogados activos en el ejercicio profesional. No se trata de enseñar una ciencia sino en plantear problemas o dilemas deontológicos que enfrentamos todos los días en nuestros despachos.

Debemos reconocer que aun siendo abogados de mucha experiencia los problemas de ética profesional aparecen en nuestro diario quehacer y pocas veces tenemos una respuesta directa a los mismos. No es anormal que, sin darnos cuenta violemos normas de ética profesional o, por lo menos, adoptemos temperamentos o conductas discutibles. También puede ocurrir que, si somos demasiado escrupulosos, desechemos asuntos o clientes porque consideramos que atenderlos nos expone a un juicio ético que no es tal; o que juzguemos duramente a un colega considerando que ha violado la ética profesional cuando, en realidad, no ha sido así.

Es lógico que existan temperamentos más escrupulosos o exigentes en el juicio a sus propios actos, al lado de otros más flexibles. Pero, justamente, como no estamos frente a normas de moral general, en el análisis de la Ética Profesional deben admitirse diferentes posturas siempre en el marco del cumplimiento de las normas, aunque cabe resaltar que, si bien los códigos de Ética Profesional tienen una finalidad sancionatoria, sus normas son abiertas y no responden al principio de la tipicidad penal.

Por eso, atento las características expuestas, la enseñanza de la ética profesional implica fomentar en el estudiante el análisis de conductas frente a casos concretos. Debe enfrentárselo con un supuesto real o ficticio que lo obligue a elegir uno entre varios caminos, pero siempre teniendo en miras el mejor ejercicio de la abogacía como una necesidad de la sociedad y de su cliente. Es interesante también, fomentar el debate entre los integrantes del curso sobre los diferentes caminos que cada uno elige; allí podrá verse los problemas de conciencia, los temperamentos más escrupulosos, aquellos más flexibles y así fomentar el diálogo e intercambio de ideas. El profesor debe adoptar una posición humilde a lo cual ayuda la materia que se enseña. Debe aceptar la disidencia de sus discípulos con sus propios criterios pues, seguramente también son discutibles. Su ventaja es la experiencia profesional que le permite enfocar los casos compartiendo sus propias conductas.

Cuando el contenido de las clases impartidas responde a los criterios expuestos, la evaluación en los exámenes o pruebas finales deben responder a los mismos criterios. Ciertamente en un curso de Ética Profesional en el grado universitario, también hay que exigir un mínimo de conocimiento de normas y doctrina como en cualquier materia, pero superado el examen sobre estos temas, las pruebas deben ser más un diálogo que un interrogatorio. Debe plantearse al estudiante dilemas éticos y exigirle que los analice desde su propia perspectiva, que se sienta libre en expresar su idea y discutirla con el profesor. La calificación debe estar en directa relación con la habilidad en el enfoque, la originalidad en el planteo y la creatividad en la solución. Por su parte es importante que el profesor tenga siempre como objetivo hacerle ver al alumno si la solución que propone al caso propende al mejoramiento del ejercicio profesional y le permitirá vivir honestamente de su trabajo cuando obtenga el título de abogado.

Un tema importante en materia de Ética Profesional es la educación continua. Los abogados siempre tenemos dilemas éticos, quien no reconozca esta realidad o no ejerce la profesión o falta a la verdad. Nuestra profesión, por sus características, nos pone en situaciones límites desde el punto de vista moral y también en cuanto al cumplimiento de las leyes. Los clientes recurren a nosotros cuando pretenden realizar un negocio o se enfrentan a un conflicto, donde juegan las ambiciones y pasiones humanas lo cual nos involucra en situaciones complicadas. Esa es una de las razones por las cuales la abogacía tiene tan mala prensa y eso es algo inevitable.

Frente a ello, a mi juicio, la educación continua no implica solamente la organización de cursos de Ética Profesional para abogados experimentados, aunque pueden ser muy necesarios. Creo que el medio más eficaz es la instrumentación en los colegios de abogados de comités consultivos cuya misión es recibir consultas concretas de abogados y elaborar dictámenes que, según su complejidad, pueden ser discutidos en ámbitos más amplios para publicarlos a fin de que estén al alcance de todos los abogados. De esta manera la

Ética Profesional dejaría de ser un conjunto de regla estáticas y generales contenidas en un Código de Disciplina para convertirse en normas de conducta enriquecidas por la experiencia y adaptadas a las nuevas necesidades que la profesión enfrenta en un mundo que cambia vertiginosamente.

VIII CONCLUSIONES

En estas líneas he intentado recorrer un camino cuyo inicio es exponer mi opinión sobre el concepto y origen del Derecho a fin de distinguir claramente la ciencia jurídica del arte de la abogacía. Para ello revisé los antecedentes históricos de estos dos campos para poder distinguirlos y darles su real dimensión e importancia. A mi juicio cada uno de ellos tiene su nobleza y no es bueno subordinar uno a otro o pensar que la abogacía es una actividad secundaria frente a la elucubración del jurista.

Una vez delimitado el campo de actuación y conocimiento del abogado que, como todo artista, debe aprender técnicas y habilidades y utilizar los imprescindibles conocimientos jurídicos para aplicar aquella, me referí a la Ética Profesional.

Expuse la distinción entre la Ética Profesional y la Moral General como campos que se distinguen por su finalidad, la primera tiende al mejor ejercicio de la abogacía en beneficio de los ciudadanos; la segunda, al perfeccionamiento del abogado. Pero una vez establecida esta distinción intenté resaltar que la moral del abogado, a diferencia de otras profesiones, incide directamente en la perfección de su obra y, por lo tanto, es importante tenerla en cuenta al momento de elegir un abogado para un caso concreto.

Finalmente me ocupé de las particularidades que tiene la enseñanza de esta materia en las facultades de Derecho donde no puede estar ausente si se pretende otorgar un título habilitante para el ejercicio de la abogacía.

ENRIQUE V. DEL CARRIL

Abogado (Universidad Católica Argentina). Cofundador y expresidente de FORES. Exdirector y Presidente del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, y miembro de su Comisión de Justicia. Exprofesor de Derecho Civil en la Universidad Católica Argentina y en la Universidad de Buenos Aires. Profesor de Ética Profesional en la Universidad Austral. Ha publicado libros y numerosos artículos sobre la reforma de la Justicia y la educación legal. Miembro del Comité Académico del Programa de Posgrado en Derecho y Magistratura Judicial de la Universidad Austral. Codirector de la investigación “Justicia y Desarrollo Económico” (FORES). Socio de Del Carril, Colombres, Vayo & Zavalía Lagos. Árbitro *ad hoc* en conflictos de construcción. Profesor FORES. edc@ccvz.com.ar.

Lawyer (Universidad Católica Argentina). Co-founder and former President of FORES. Former Director and President of Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, and member of its Justice Committee. Former professor of Civil Law (Universidad Católica Argentina and Universidad de Buenos Aires). Professor of Ethics (Universidad Austral). Professor at FORES' training programs. Co-author of books and several articles on the justice system and legal education. Member of the Academic Committee of the Universidad Austral's Graduate Program in Law and Judiciary. Co-director of the research program "Justice and Economic Development (FORES). Partner at Del Carril, Colombres, Vayo & Zavalía Lagos. Arbitrator in construction conflicts. edc@ccvz.com.ar.

[\(Ir al INDICE\)](#)

PERSPECTIVA DIACRÓNICA DEL DEBER DE VERDAD

FELIPE ORDÓÑEZ

Resumen: El autor describe la evolución histórica del vínculo entre el deber de verdad y el proceso judicial, su influencia en nuestro Derecho y la visión actual del tema.

ABSTRACT: The author describes the evolution of the link between *the duty of truth at the judicial procedure, its influence on our Law and the current vision of the matter.*

PALABRAS CLAVE: abogado; ética profesional; deber de decir verdad.

KEYWORDS: *lawyers, lawyers' ethics; duty of truth.*

SOBRE LA VERDAD

El ejercicio de la profesión de abogado desde siempre ha sido objeto de innumerables teorías acerca de la existencia del deber de verdad, de la obligatoriedad de su búsqueda y de las limitaciones de la misma en la defensa de los intereses del defendido.

Si bien está claro que una norma general es de difícil aplicación al accionar personal de cada uno de los profesionales, sería deseable que se viera regido por principios morales básicos por todos reconocidos. No todos valoran del mismo modo la ética profesional ni todos tienen idénticos principios morales, pero sería deseable la coincidencia en el establecimiento de límites o parámetros que deban respetarse en la defensa de los intereses confiados.

Creemos que el análisis de la consideración que ha tenido el deber de verdad a través del tiempo, podría ayudar a conocer cómo se ha llegado a la concepción actual y eventualmente qué fundamentos ha tenido.

El concepto de verdad ha atraído la dedicación de filósofos, religiosos y juristas de la más alta consideración en la historia de la humanidad. Repasar algunos de los principios por ellos sostenidos, tal vez nos sirva para comprender mejor el camino recorrido hasta nuestros días por el deber de verdad en el proceso judicial.

Sócrates insistió hasta su muerte en que la verdad se encuentra a través del diálogo sincero, sin reticencias. Cuatrocientos años antes de Cristo explicó que todos los humanos guardan la verdad última dentro de su alma, simplemente hay que ayudarlos a reconocerla mediante estímulos provenientes de preguntas, de cuestionamientos, de disensiones, de intercambios de opiniones que llevarán a planteos que hagan al interlocutor reconocer su ignorancia (ironía) para que desde allí la verdad surja más fácilmente. (mayéutica). Cristo se identifica con la verdad (“Yo soy el camino, la verdad y la vida”, Juan 14:6) mientras que Sócrates, por fin, se identifica con la búsqueda de la verdad,

Su alumno Platón nos permite conocer las enseñanzas de Sócrates, pero, además, agrega que la verdad es lo que es y lo explica a través de la famosa parábola de la caverna a la que remitimos.

San Agustín centraba la idea de verdad en lo que él consideró una ratio superior, dándole siempre un sentido religioso y católico. Su teoría de la iluminación expresa que la sabiduría y por lo tanto la verdad alumbra la razón humana a través de las ideas que “son las formas principales, las razones estables e invariables de las cosas que en sí mismas son no “formatas”, y por eso son eternas, siempre permaneciendo de un mismo modo...” ([De diversis quaestionibus octoginta tribus](#); q. 46)

Para Santo Tomás, la realidad es única. Existe y es percibida por los hombres a través de la inteligencia. Según su principio, todos buscan la verdad pues es un deseo natural. El hombre tiende al conocimiento de la verdad a través de la ciencia. (*De veritate*, q. 1, a. 2, ad. 4). En esto consiste la verdad: “la conformidad o adecuación de la cosa y del entendimiento”. Por eso, “el conocimiento es un cierto efecto de la verdad” (ibid, q. 1, a. 1 c).

Tomando como punto de partida las enseñanzas de estos pensadores la búsqueda de la verdad ontológicamente concebida como correspondiente en forma directa con la realidad, nos refiere a la certeza o verdad absoluta. Aquella verdad incuestionable que no tiene inconsistencia alguna que permitiera siquiera una crítica por pequeña que fuera.

Ahora bien, esta verdad absoluta muchas veces se contrapone en forma casi dramática con otras formas de verdad o del concepto de verdad, existiendo diferencias entre ella y, por ejemplo, la verdad formal y la material, la verdad sustancial y la verdad procesal, la verdad necesaria y la verdad probable o la verdad argumentativa y la demostrativa, diferencias estas que justifican o castigan dependiendo del caso, las

actitudes asumidas en la defensa de los intereses confiados a los abogados. Es aquí donde tal vez la referencia al tratamiento del deber de verdad a través del tiempo ayude a entender la aproximación actual al tema en los países como el nuestro.

Los antiguos romanos comenzaron basándose en los sistemas utilizados en Grecia en la defensa de las causas y probablemente sin temor a equivocarnos podemos decir que sobre esa experiencia griega y luego romana se han desarrollado hasta nuestros días los principios de la deontología jurídica.

La antigua Roma toma la experiencia y enseñanzas de uno de sus juristas más importantes: Cicerón. Para él, la defensa (*defensio*) consistía en la oratoria y retórica que desarrollaba el patrocinante (*patronus*) durante el juicio en la representación de su asistido. Era pues quien frente al órgano judicial presentaba los argumentos del caso a favor de quien lo contrataba, intentando convencer de la razón y derecho del mismo. Esta tarea se diferenciaba de la del abogado (*advocatus*) cuyas funciones se circunscribían a efectuar actos meramente procesales sobre todo en las causas civiles. En el cumplimiento de sus funciones, el *patronus* romano debía observar valores éticos profesionales como la lealtad, la diligencia, la independencia y la competencia. (Conf. Francesco Arcaria, *Teoria e Storia del Diritto Privato*).

Algún antecedente nos acerca indicios acerca de la existencia del deber de verdad en la antigua Roma. Así, Terencio, en dos partes de su obra *Andria* (año 166 a. C) afirma que la condescendencia atrae amistad y la verdad, enemigos. (*E. Lefevre Terenz und Menanders Eunnuchus*. Munich 2003). Esta afirmación de Terencio lleva a Cicerón, alrededor de ciento cincuenta años después, a afirmar que más allá de la existencia del principio de decir la verdad, esta sea dicha siempre a los amigos, pero ni siquiera a estos cuando de ella pueda surgir el odio que envenena la amistad. (Laelios Amicitia, cit. R. B. Waddington, *Aretino's Satyr*).

Partiendo de esta afirmación, Cicerón concluye que debe observarse escrupulosamente el deber de no acusar jamás de un delito capital a un inocente ya que la virtud de la elocuencia no nos es dada para llevar a la ruina a inocentes sino para salvar y defender a los hombres. Sigue diciendo que, así como lo antedicho hay que evitarlo, también es cierto que cada tanto, se puede defender a un culpable siempre que no se trate de un pérfido o un infame, ya que el derecho de defensa, se rige por el principio que sostiene que nadie debe quedar sin su patrocinio en la defensa, encontrando solamente un límite en los conspiradores o traidores a la patria y procesalmente, en la presentación o creación de pruebas falsas.

Si bien para Cicerón el objetivo último de la investigación jurídica es el esclarecimiento de la verdad, esta no es una verdad absoluta o metafísica, sino que la verdad jurídica tiene un criterio de probabilidad o verosimilitud. (*Storia del diritto romano*, Bretonne, Roma-Bari 2010, pág. 330).

Diferencia por fin, el deber del juez de aquel del defensor. Mientras que el primero debe buscar hasta encontrar la verdad, el segundo debe sostener y defender aquello que es verosímil, aunque a veces no sea un exacto reflejo de la verdad, utilizando y valorizando cada elemento favorable a su defendido por pequeño que fuera y minimizando los elementos contrarios, teniendo como límite claro y expreso la falsificación de pruebas. (*Cicerón pro Cluent* 18.51).

Parece entonces que Cicerón no ha sido un fanático defensor de la verdad absoluta, sino que probablemente entendiera el deber de verdad como la verosimilitud persuasiva del abogado que no necesariamente coincide con la verdad absoluta, sino que mira principalmente a obtener el convencimiento que le dará sostén a su defensa. En otras palabras, al abogado romano no le era impuesto un deber de verdad. La búsqueda de la verdad tampoco era el fin último de un abogado en una contienda judicial, sino más bien, el ejercicio de una persuasión que llevase su causa a la victoria.

Es decir que el abogado no tiende al esclarecimiento de la verdad absoluta ontológicamente concebida, sino que, con la guía de la verdad concebida y correspondiente a una realidad, sostiene lo verosímil, lo probable, aquello que sea reconocido como la certeza judicial que finalmente sea acogida en una sentencia apoyándose en el principio de que la verdad, finalmente es la misma cosa juzgada.

Estas conclusiones se encuentran necesariamente ligadas al deber de verdad procesal, llevándonos a la consideración del valor que los romanos dieron en el procedimiento al secreto profesional y al silencio como elementos del deber de verdad.

En cuanto al secreto profesional en los romanos, si bien la ausencia de fuentes jurídicas o literarias hace más difícil la comprensión de su alcance, puede deducirse que el secreto en general tenía alguna connotación negativa distinguiéndose entre aquellos que debían saber, aquellos que detentaban el secreto, de aquellos que no debían saber o eran destinatarios del secreto. De esta forma, era obligatorio el deber de secreto profesional del abogado en relación al acto en el cual el testador manifestaba su última voluntad, pero en general, la relación de confianza en el secreto profesional era fundada en la probidad del abogado dejando librado a él y a su deber de conciencia el cumplimiento del deber de secreto profesional o la revelación del mismo cuando hubiera conflictos o intereses superiores que lo justificasen.

En cuanto al silencio, considerado como una técnica defensiva del abogado que calla o hace callar a su defendido, el jurista Paulo afirma que quien calla no confiesa. (Paulo, *Digesto Título 17 del Libro 50*, 142)

“El que calla ciertamente no confiesa, pero es verdad que no niega”. De allí podemos deducir que en el Derecho romano el silencio no podía ser tomado por el magistrado como una confesión. Es más, el así llamado *ius tacendi* era no sólo una facultad, sino un Derecho de abstenerse a contestar, a callar o a plantear tanto para la parte como en el caso del abogado, argumentos por él conocidos pero que a su criterio podrían perjudicar la defensa. El silencio en el ejercicio del mandato era considerado entonces lícito y no contrario a ningún deber de verdad.

Algo más de un siglo pasó hasta la llegada de Ulpiano con la prédica de sus tres preceptos: Vivir honestamente, no dañar a nadie y dar a cada uno lo suyo. Ulpiano, si bien fue un defensor de la verdad tal como se deduce de sus “máximas”, quiere dar certeza al resultado final de los conflictos judiciales y para ello establece el principio por el cual la cosa juzgada constituye la verdad. *Res iudicata pro veritate accipitur*. “La cosa juzgada se tiene por verdad” (Ulpiano: Digesto 1, 5, 25 = 50, 17, 207).

Considerar que la verdad jurídica está constituida por la cosa juzgada dio lugar a interpretaciones distintas ya que se trata de una ficción para algunos indispensable ante la necesidad de dar certeza a los pronunciamientos judiciales.

A efectos de este trabajo, interesa sólo decir que, si bien para Ulpiano la cosa juzgada se tenía por verdad, para Savigny una ficción de verdad que daba la necesaria certeza a las sentencias. De esta forma Savigny sostuvo que en la contienda judicial sólo se logra una verdad subjetiva, no objetiva, pues el elemento de verdad absoluta es imposible por la incerteza que se tiene sobre los hechos objeto de la causa. Manifiesta entonces que la cosa juzgada es una *fictio iuris*, que pretenderá dar certeza sobre el objeto de la contienda. Cabe aquí señalar, que los sistemas jurídicos francés y español, siguiendo a Poithier, consideran la existencia de una presunción de verdad en las sentencias que solamente puede ser anulada mediante otro fallo semejante. Para la doctrina alemana se trata de una declaración de certeza y para la italiana una declaración de imperatividad y eficacia.

Lo cierto es que Ulpiano, como queda dicho, ha influido con su concepto de verdad jurídica hasta nuestros días, aunque actualmente, el concepto verdad en la cosa juzgada está en plena evolución con las teorías sobre la cosa juzgada írrita.

Asimismo, la inexistencia del deber de verdad en los procesos judiciales romanos se expresa también en un decreto de Diocleciano y Máximo que contrapone la verdad con la falsa demostración de la misma, concluyendo que, en la defensa de su cliente, el abogado no incurre en falta cuando la verdad por él sostenida parte de un error involuntario. Es decir que el deber de verdad choca siempre contra la eventualidad de un error involuntario y, por lo tanto, no existiendo para el abogado la posibilidad de conocer la verdad absoluta tampoco existe la posibilidad de decirla. Su deber de verdad se encuentra entonces menoscabado haciendo por consiguiente válidas sus declaraciones porque aun cuando no sean verdaderas, tampoco se trata de errores voluntarios o fundados en una búsqueda tergiversación de la verdad.

Una posterior declaración contenida en un decreto de los emperadores León y Antemio que data del 469 d.C. precisaba al Prefecto del Pretorio cuáles eran las funciones de los abogados, expresando que los abogados no eran menos provechosos para Roma que las milicias que luchaban con la espada, la coraza y los escudos, ya que, a su manera, también combatían utilizando su elocuencia en la defensa de la cosa pública y privada. (A.H.M. Jones *The later Roman Empire*, 284).

Con estas disposiciones que equiparan el ejercicio de la abogacía con la actividad militar y sus luchas, la autoridad imperial considera que a la par de un ejército eficiente, debía crearse una clase forense con conocimientos jurídicos suficientes para ayudar a ejercer un adecuado gobierno del imperio. Expresión sin dudas precursora de aquella de Justiniano, que sesenta años más tarde visualizará en la expresión *arma e legis* el eje de su proyecto de monarquía universal.

En definitiva y a los fines de la dilucidación del deber de verdad en Roma, se ha sostenido a partir del decreto de León y Antemio que, al equiparar la milicia con los abogados, teniendo en cuenta que con el fin de ganar la batalla el soldado puede valerse de cualquier medio, a los abogados, con idéntico fin se les permite no decir toda la verdad, no existiendo en consecuencia ninguna obligación o deber de verdad para ellos.

Con la caída del Imperio Romano de Occidente ocurrida en el año 476 d. C., se inicia la Edad Media. Vemos a la Edad Media, sobre todo la llamada Alta Edad Media como siglos de vida rural, sin ciudades, con el feudalismo en auge y grandes peligros latentes. La Iglesia Católica, dominando la intelectualidad y convirtiéndose en indiscutida dueña de la verdad, la cual, su verdad, era sostenida hasta con la fuerza. Recién con la llegada del Siglo XI, las ciudades crecen y aparecen en ellas las universidades, cambiando un poco el paradigma de la época.

Se produjo entonces un movimiento social que confundió la moral con la justicia otorgando a los jueces un poder discrecional sobre el litigio. Este poder terminó por estrangular los Derechos de las partes en el proceso pasando éstas a ser casi espectadores de las directivas que daba el juez en su rol de director del

proceso. La decisión judicial, emitida conforme el proceso inquisitorio, podía abarcar aspectos no traídos por las partes al litigio y su contenido se convirtió en la verdad indiscutible aplicable al caso. De esta forma, los abogados perdieron protagonismo como tales y su eventual deber de verdad, si bien existía, también perdió sustancia ya que poco importaba su accionar ante el poder de los jueces convertidos en los reales dueños de la verdad.

El Renacimiento dio lugar al surgimiento de cambios importantes en el pensamiento. La revolución industrial y el auge de una burguesía potente y cada vez más culta, pusieron en crisis a la hegemonía de la monarquía y el clero, originando movimientos sociales y políticos que desembocaron en la Revolución Francesa y el fin del llamado *Ancien Regime*. El humanismo de este periodo colocó al hombre en el centro del universo. El ser humano solo puede tener sentido como individuo en sociedad y a partir de allí toman fuerza teorías como la de Kant o Rousseau en su Contrato Social.

“Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y permanezca tan libre como antes.” Tal es el problema fundamental cuya solución propone el Contrato social (Rousseau, 2007, pág. 45).

Estas ideas centradas, en el deseo de libertad e igualdad de las personas considerando que el bienestar que debería llegar a todos, formaron el proyecto político de la Revolución Francesa.

Con la llegada del *iuspositivismo*, a partir de las obras e influencias originadas por los ingleses Hobbes y Bentham, la concepción liberal e individualista también influye en la ética del procedimiento judicial. En efecto, al considerarse que el único Derecho surge de las normas creadas por las leyes, la interpretación de las mismas se volvió un mero examen de las formas. La valoración de la ética en el ejercicio de los derechos subjetivos perdió trascendencia. Prueba de ello el lema de la escuela fisiócrata francesa *“laissez faire, laissez passer”* que generó una división evidente entre Moral y Derecho llevando a la intrascendencia a las normas éticas dentro del proceso.

La Revolución Francesa, al eliminar también la sacralidad del juramento le otorgó una forma meramente civil, ajena a cualquier responsabilidad de conciencia ya que aun cuando la parte en juicio debía declarar, lo hacía sólo bajo una simple promesa de decir la verdad y la violación de la misma ya no fue una razón para el procesamiento por perjurio. (Ver Const. de 1791, Título II, § 2 a 5.) Es decir, el deber de verdad tanto de las partes cuanto de los abogados, era intrascendente.

A partir del siglo XX, la hegemonía del *iuspositivismo* de Kelsen comienza a ceder paso a la concepción de un Derecho de principios cuyo ejercicio debe respetar fundamentos éticos y morales no solamente entendiéndolo como un conjunto de normas creadas por el hombre sujeto nada más que a sus formas o formalidades.

La relación entre moral y Derecho fue reconstituyéndose. El procedimiento judicial retomó su función social como ordenador de las relaciones judiciales hasta el punto de la concepción actual en la que la necesidad de lealtad y buena fe ha sido receptada en muchos de los ordenamientos legales de occidente.

LOS CÓDIGOS DE ÉTICA

Muchos colegios de abogados han dictado códigos de ética para el ejercicio de la profesión de abogado. Asimismo, legislaciones de fondo también contienen normas referidas a la buena fe y a la lealtad que finalmente es una forma de manifestación de la verdad.

Los mencionados códigos no han sido ajenos a la influencia de las enseñanzas extraídas de la práctica forense en la antigüedad que han sido aquí someramente analizadas.

De esa forma, Italia dicta su primer *“Codice Deontologico Forense”* que regularía el ejercicio profesional hasta su modificación en el año 2008. Su art. 14 establece la obligación del “deber de verdad” afirmando que el abogado debe introducir al proceso hechos objetivos verdaderos a fin de no inducir a error al magistrado, a la vez que no puede introducir intencionalmente pruebas falsas.

Sin embargo, estas normas, más allá que no contenían sanciones por incumplimiento, no tuvieron correspondencia ni apoyo en el Código Procesal Civil, debido a lo cual se ha sostenido que “...la ley procesal no lo contempla y más aún, parece pacífico y normal que la parte y su defensor no deban en modo alguno secundar la verdad” (R. Danovi, *Codice Deontologico Forense*, 2006, 250 y G Bertolino, *Giusto Processo Civile*, 109 ss). Es decir, que el “deber de verdad” esté completamente ausente del Código Procesal Civil Italiano, consiente la más amplia libertad de defensa sin necesidad de observar este deber, por supuesto con las limitaciones del caso en lo referente a la introducción o creación de pruebas falsas. (F. Corbi. *L'avvocato e la verità* 70.7 2003). Queda claro en el ejercicio profesional italiano que en líneas generales y con pocas limitaciones, los abogados no están obligados a decir la verdad y tienen la libertad de argumentar

de la forma que consideren más ventajosa para los intereses de su cliente. (Conf. M. Tartuffo, *La semplice verità*, 46).

En 2014 el *Codice Deontologico Forense* fue reformulado mediante la promulgación de un nuevo código. Con la intención de reforzar la existencia del deber de verdad, lo incluye en un nuevo y más extenso artículo que trasunta sin dudas la idea de haber mejorado el concepto y su disciplinamiento. De todas formas, esta intención comienza debilitada ya que del lugar de privilegio que tenía el art. 14 del viejo Código, ubicado en el Título I, Principios Generales, reformula la norma en su art. 50, y lo remueve de los principios generales para incluirlo en los deberes de los abogados dando la impresión de no ser el deber de verdad un tema central dentro de la abogacía.

El nuevo artículo expone a través de seis incisos el deber de verdad de los abogados reservando el séptimo para establecer las sanciones por incumplimiento. Sería sobreabundante analizar ahora cada inciso con su contenido, pero cabe señalar la existencia de un paralelismo con la deontología forense romana explicada por Cicerón en cuanto a que el deber del abogado no consistía por fin en la búsqueda de la verdad, tarea reservada para los jueces, sino más bien en sostener la verosimilitud de su Derecho de forma tal que le permitiera la victoria aun cuando sus argumentos no fueran del todo verdaderos, con los límites de la falsificación y creación de pruebas falsas.

La Comunidad Europea también dictó el Código Deontológico de los Abogados Europeos en el año 1988. Con varias actualizaciones posteriores, en su Capítulo 4, Relaciones con los Tribunales, también recoge el deber de verdad, si bien para hacerlo solamente establece los límites ya vistos acerca de las pruebas o informaciones falsas sin explicar en qué consiste o en qué se fundamente dicho deber. “4.4. Informaciones falsas o susceptibles de inducir a error. El Abogado no deberá nunca facilitar a sabiendas al Tribunal una información falsa o que pueda inducirle a error”. En otras palabras, está diciendo que el deber de verdad no existe salvo las limitaciones que el propio art. impone.

Algunos países europeos han adoptado este código o dispuesto medidas similares ya que la Comunidad Europea tuvo que crear algunas normas para el desempeño de los abogados que ejercen en un país europeo pero distinto al de su ciudadanía.

En la Argentina los colegios de abogados han dictado normas de ética en diferentes códigos, tienen tribunales de ética con jurisdicción sobre sus asociados, pero el deber de verdad, más allá de alguna disposición no demasiado específica, no está claramente delineado. La Ley N° 23.187 dictada en 1985, dispuso en su art. artículo 6, inciso “e” que los abogados deben “...Comportarse con lealtad, probidad y buena fe en el desempeño profesional”.

La reforma del Código Civil introducida por la Ley N° 17.711, luego de una creación jurisprudencial formada a partir del fallo “Font” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, incluyó la figura del abuso de Derecho. Mediante el artículo 1071 introdujo el concepto de abuso de Derecho estableciendo los límites de la buena fe, la moral y las buenas costumbres. En nuevo Código Civil y Comercial mantuvo este artículo ampliando algo su contenido, pero fundamentalmente incluyéndolo entre los principios generales en el artículo 10 del Título Preliminar, otorgándole de esa forma una jerarquía general por sobre el resto del articulado.

Si bien la lealtad puede considerarse una manifestación del deber de verdad, lo cierto es que no existe una norma específica que lo determine en forma clara y obligatoria en el ejercicio profesional.

La utilización de todos los argumentos que el abogado considere necesarios para la defensa de los intereses de su cliente es parte de su trabajo y obligación. Es lo que se espera de su accionar profesional. Para ello se ha preparado y constituye el motivo por el cual han confiado en él. Cuál es el límite o hasta dónde rige el deber de verdad son cuestiones a cuya dilucidación colabora la referencia a la Roma antigua que como se ha visto, abrazaba las enseñanzas de Cicerón en cuanto a la búsqueda de la verdad absoluta en el juez y la verosimilitud del Derecho defendido en el abogado.

Otra similitud que nuestro ordenamiento jurídico tiene en relación con el de los antiguos romanos es la referida a las pruebas falsas, fraudes o elementos introducidos en la defensa que intencionalmente lleven al juez a cometer un error en su dictamen. Se trata de una creación jurisprudencial a partir del delito de estafa contemplado en el artículo 172 del Código Penal de la Nación. D’ Alessio afirma que “la estafa procesal se produce cuando una de las partes del juicio engaña al Juez mediante el uso de un fraude y logra, así, una decisión dispositiva de propiedad perjudicial para la contraparte o para un tercero” (Andrés D’Alessio y Mauro Divito, Código Penal Comentado y Anotado). La jurisprudencia ha sostenido al respecto que:

“La sola aseveración falsa o temeraria, las alegaciones mentirosas, inexactas, manifestaciones exageradas o basadas en hechos inexistentes, no constituyen sin más la categoría de un engaño y, por ende, no conforman las exigencias del tipo pues falta el medio comisivo” (...) “Para poder engañar al juez debe existir por lo menos algún documento falso, testigos falsos, es decir, algo más que una mera

demanda temeraria que lo pudiera llevar a error pues, de lo contrario, cualquier demanda rechazada sería una tentativa de estafa procesal” (C. Nac. A. Crim. Correc, Sala VI, causa N° 38.494).

Es decir que, tal como en Roma, la limitación a la defensa de la “verosimilitud” antes expuesta, es la utilización o creación de pruebas falsas, manteniéndose este límite en la utilización de los recursos al alcance del abogado para la defensa de los intereses de su cliente. El Código Penal Español legisla específicamente la estafa procesal al establecer en su artículo 250 inciso 7 que:

“... estafa procesal. Incurren en la misma los que, en un procedimiento judicial de cualquier clase, manipularen las pruebas en que pretendieran fundar sus alegaciones o emplearen otro fraude procesal análogo, provocando error en el juez o tribunal y llevándole a dictar una resolución que perjudique los intereses económicos de la otra parte o de un tercero”.

En este contexto, el “deber de verdad” implica entonces una obligación moral según la cual el abogado no actúa por el cumplimiento de una norma o por evitar una sanción, sino por el propio convencimiento de la necesidad de actuar conforme a una regla de conducta racionalmente impuesta o como decía Kant, a la ley de la razón.

Debemos entonces volver sobre la importancia de la conciencia que cada profesional debe tener en su trabajo. Como antes se ha dicho, se trata de una convicción íntima, de una obligación autoimpuesta, por encima de la obligación que pudiera determinar la ley o una norma.

En consecuencia, considerando la deontología de una forma amplia, queda claro que el desempeño profesional no es sino un aspecto más de la vida de una persona, que lógicamente estará regida por principios morales al menos básicos. Ni la doble verdad ni la doble moral pueden aspirar a convertirse en el modelo a seguir en la defensa de los intereses confiados. Sí la utilización de todos los recursos que se encuentren al alcance del profesional a fin de sostener la causa de su cliente. Será en todo caso una cuestión personalísima si los requerimientos del cliente crean en el profesional un conflicto de tal envergadura que deba decidir si toma la defensa o prefiere no hacerse cargo de la misma.

Como se ha dicho, no tenemos una norma que claramente establezca la vigencia y el límite del deber de verdad. Quedará entonces en la conciencia que cada abogado tenga en el desempeño de su trabajo, la consideración del uso que haga de los elementos de los que disponga para defender su causa, dentro de los siempre difusos límites que existan.

Es normal para cualquier persona consciente de su dignidad que el desempeño de su trabajo plantee problemas de conciencia. El deber de verdad en el proceso judicial seguramente hará aparecer el concepto normativo de la conciencia ante una situación determinada. Aquí habrá que lograr el punto de encuentro entre dicha situación y los principios éticos válidos para el común de la gente.

“El hombre es capaz de descubrir en lo más profundo de su interior la existencia de una ley que no se dicta a sí mismo pero que debe obedecer y cuya voz resuena, cuando es necesario, en los oídos de su corazón y en cuya obediencia consiste la dignidad humana y por la cual será juzgado personalmente.” (Concilio Vaticano II, Constitución pastoral Gaudium et Spes).

FELIPE ORDOÑEZ

Abogado (Universidad del Museo Social Argentino). Titular del Estudio Zabaleta-Ordoñez. Becado por el Instituto Italiano de Cultura de la República de Italia. Estudió en la Università Italiana per Stranieri di Perugia y en la Universidad di Roma. Fue profesor del Instituto de enseñanza práctica de la Facultad de Derecho de la UBA. fordonez@zabaleta-ordonez.com.ar

Lawyer (Universidad del Museo Social Argentino). Partner at Zabaleta-Ordoñez. He received a scholarship from Instituto Italiano de Cultura de la República de Italia. He studied at Università Italiana per Stranieri di Perugia and at Università di Roma. He taught at the Practical Teaching Institute at Universidad de Buenos Aires's Law School. fordonez@zabaleta-ordonez.com.ar

[\(Ir al INDICE\)](#)

LAS NUEVAS REGLAS DE ÉTICA PROFESIONAL

DAMIÁN F. BECCAR VARELA (*)

RESUMEN: El autor explica el proceso de actualización de las tradicionales Reglas de Ética Profesional del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, llevado a cabo en 2006.

ABSTRACT: *The author explains the update process of the traditional ethic rules of Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, carried out in 2006.*

PALABRAS CLAVE: abogado; ética profesional; Reglas de ética; colegios de abogados.

KEYWORDS: *lawyer; lawyers' ethics; ethic rules; bar associations.*

En marzo de 2006 la Asamblea del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires ratificó la aprobación que el Directorio había adelantado a las nuevas Reglas de Ética Profesional de la Abogacía. Concluían así muchas horas de trabajo para adaptar a las nuevas circunstancias las normas que, más de setenta años antes, había adoptado como propias en esa materia la Federación Argentina de Colegios de Abogados. Importa señalar que, en esa federación, desde su origen y hasta el día de hoy, el Colegio de Abogados de la Ciudad revista como miembro fundador y de gran influencia.

Los principios básicos tenidos en mira en el trabajo de adaptación fueron mantener vigente todo aquello que hubiera superado la batalla contra el tiempo y lo pretendidamente cambiante de la mirada sobre qué es lo bueno y qué no. El resultado fue que la grandísima mayoría de las reglas sólo tuvieron modernización del lenguaje, pero no cambios de sustancia. Se agregaron, si, muchas consideraciones que atienden a los fenómenos de la enorme expansión del número de causas judiciales, a la muy creciente y ponderable actitud general de consulta para evitar futuros problemas legales, a la necesidad casi ineludible de la especialización por áreas del Derecho y a la formación de grandes agrupaciones de profesionales constituidos en sociedad, a la contratación de abogados bajo relación de dependencia y a muchos de los otros aspectos que hacen la vida profesional de hoy en día casi desconocida para quienes ejercían la abogacía en el primer tercio del siglo pasado. Pero, repetimos, lo muy sorprendente fue encontrar que las reglas antiguas debían ser mantenidas sin cambio de sustancia. Es más, se encontró que cuando se creía haber hallado una perla de “modernidad”, se confirmó que la regla ya existía de antiguo. Claro que no se cumplía... ¿por desconocimiento de su existencia?

Se menciona en la introducción a las nuevas reglas, repitiendo conceptos anteriores, que todo código de ética tiene por propósito, por sobre todas las cosas, contribuir a la fijación de conceptos y a aclarar dudas. Quien no tenga dentro de sí el fuego sagrado que significa la verdadera abogacía difícilmente pueda comprender qué hesitaciones puede producir la búsqueda de la verdad, cuánto de empeño en el descubrimiento de qué es lo justo se requiere de un abogado excelente, qué vaivenes produce en el ánimo la advertencia de que el cliente del otro no está bien asesorado o bien defendido. Ciertamente debemos agradecer a quienes nos precedieron en poner por escrito sus pensamientos y experiencias.

En respuesta al pedido de que se exponga cuáles son los puntos fundamentales tenidos en mira para la adaptación de las Reglas de Ética, y cómo deberían interpretarse, nos parece que lo mejor será comentarlos siguiendo el orden que tienen las nuevas Reglas aprobadas, según lo haremos seguidamente.

Importa señalar de entrada, como concepto general, que los objetivos básicos de adaptación intentan incorporar dos cuestiones que tenían poca influencia, se cree, en la época de sanción de las normas vigentes hasta hoy. Se trata de los conceptos de abogado-asesor jurídico (como distinto al abogado-litigante), por un lado. Suponiendo en ambos tipos de abogado el máximo de empeño en un ejercicio profesional excelente, unos y otros son, a juicio de los redactores de las nuevas disposiciones, iguales en el respeto y consideración que la sociedad les debe. Pero, dado el menor número existente hasta hace bien poco, o tal vez por desconocimiento, se consideraba que los consejeros jurídicos no eran abogados de verdad.

Por el otro lado, intenta atender a la importancia e indudable influencia de las firmas profesionales, cuyo número ha crecido en nuestro medio desde la segunda mitad del siglo pasado hasta hoy en forma

* Publicado en la Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, Tomo 66, Número 1, Julio 2006. Reproducido elDial DC1D73 copyright © 1997 - 2020 Editorial Albrematica S.A. - Tucumán 1440 (CP 1050) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina.

exponencial, en reemplazo del abogado individual, pivote alrededor del cual giraron las normas anteriores. También a la creciente e intensa globalización de la abogacía de asesoramiento.

1- La primera Regla que puede considerarse novedosa es la contenida en el artículo 5°. Refuerza el concepto relativo a que, con el fin de completar el cuadro de un hombre probo y que dé el ejemplo a sus conciudadanos, el abogado debe cumplir con la legislación impositiva y previsional que grava a la profesión. Una interpretación ajustada de esta regla la extenderá a la obligación de evitar el empleo “en negro” de los profesionales y personal de apoyo dependientes del abogado. El efecto colateral de su cumplimiento será, además, evitar la competencia desleal con otros profesionales cumplidores de sus obligaciones a este respecto.

2- Al mismo tiempo que se mantiene la prohibición de una defensa puramente dilatoria (artículo 10°) se agrega en el artículo 7° una regla que impone al abogado la obligación de evitar los pleitos en la medida de lo posible, y también la obligación de intentar transarlos. Es así como se considera que mejor se cumple con el rol esencial que tiene el abogado en el servicio de justicia. Importa también mencionar en este aspecto, como nuevo elemento que contribuirá a la independencia de los jueces, la adición de la obligación de informar al abogado adversario sobre la existencia de vinculaciones especiales del abogado con el juez interviniente (artículo 13°). Si bien el abogado ya está obligado a inhibirse de intervenir cuando tenga tales vinculaciones, se piensa que la existencia de una regla expresa actuará como disuasorio de conductas en las que el ejercicio profesional pivota más sobre la amistad con quien debe decidir que sobre la razón que tenga el cliente a quien se patrocina o sobre el habilidad y empeño para exponerla en forma más convincente.

3- Es de destacar el agregado que se introduce como segundo párrafo del artículo 14° que amplía el deber de cortesía hacia los colegas indicando al abogado que debe abstenerse de ofrecer empleo a los profesionales que integran firmas competidores, en forma directa o a través de consultorías que se contraten para ello. Esta regla, como es natural, no impedirá que cualquier profesional responda a invitaciones generalizadas que haga quien desea contratar profesionales, ni a este último contratarlos si responde a tal invitación.

4- Los artículos 15 y 16 reafirman la antigua prohibición de usar corredores para conseguir clientela. A tal regla se le agregan disposiciones y aclaraciones que se consideran de gran importancia práctica dada la situación general que, desgraciadamente, aparenta tener impacto creciente tanto en la abogacía como en otras profesiones. En este sentido se destaca la gravedad de la falta que comete tanto quien exige como quien paga comisiones o participaciones de honorarios a otros profesionales por el sólo hecho de haberle referido clientes. O, peor aún, la que comete el abogado que paga una parte del honorario que recibió a quien dentro de la empresa o entidad cliente tenía el poder de elegir el abogado que intervendría en el asunto o de aprobar o pagar sus honorarios. Estas prohibiciones no serán de aplicación, como es natural, cuando la participación en los honorarios esté justificada por una colaboración efectiva del profesional que recibirá ese pago en el servicio profesional prestado.

5- Donde tal vez el cambio se note más es, en las nuevas Reglas, lo relativo a las sociedades profesionales de las que el abogado puede formar parte. Si bien las normas antiguas consideraban aconsejable la asociación con otros abogados para una mejor atención de la clientela, expresamente se reprobaba la formación de sociedades con procuradores y se consideraba falta aún más grave la asociación con terceros (profesionales o no) “*con el propósito ostensible o implícito de aprovechar su influencia para conseguir asuntos*”.

Si se comparan esos parámetros con la situación actual, en la que la legislación de muchos países permite expresamente la formación de sociedades profesionales con terceros (aunque en varios se exige que los abogados mantengan una cantidad de votos que otorgue el control de la sociedad), se podrá tomar conciencia de cuánto ha cambiado la mirada de la sociedad en general sobre este punto. Es más, hoy en día se considera ventajoso para la clientela la formación de sociedades de profesionales multidisciplinarias, siempre que no exista incompatibilidad entre las profesiones que se asocian.

Es mucho lo que se ha escrito y discutido en los últimos tiempos alrededor de la posibilidad de formar sociedades que agrupen a profesionales de disciplinas distintas, polémica que se acentuó enormemente luego del famosísimo caso *Enron* en los Estados Unidos de América. Poco tiempo antes un tribunal de la Comunidad Europea había ordenado a una auditoría que separara por completo su sociedad de la rama de la misma que ejercía la abogacía. Entre otros, el argumento principal fue que el secreto obligaba a los abogados a no revelar por razón alguna lo que llegara a su conocimiento por intervenir en los asuntos del cliente, mientras que el rol de los auditores era exactamente el contrario: su obligación profesional impone hacer público todo lo que llega a su conocimiento y encuentran no regular.

Las nuevas Reglas, al permitir la formación de sociedades profesionales, adoptan decididamente la posición que parece la más ventajosa para los clientes. Se aclara, sin embargo, que no es admisible la asociación cuando existe incompatibilidades manifiestas, como sería el caso de una auditoría que audite lo que los abogados de la misma sociedad aconsejaron llevar a cabo, o una calificadora de riesgo que examine lo que hicieron sus socios abogados. Dicho sea de paso, pese a las *Chinese walls* en boga hace un tiempo.

Es este un tema alrededor del cual es de suponer que la polémica continuará. También que se irá avanzando en las precisiones, como sería la de sostener que no existe incompatibilidad en conducir auditorías o calificar el riesgo en empresas en las que los abogados socios de la sociedad auditora o calificadora no sean los asesores legales de la auditada ni la patrocinen en juicio. Lo importante parece haber sido recogido por las disposiciones ahora vigentes: en todos los casos es esencial que el abogado mantenga íntegra su independencia de criterio jurídico.

6- El mantenimiento de la independencia de criterio jurídico se repite como una exigencia destacada en relación con los abogados que trabajen en relación de dependencia con otros, con empresas o con sociedades de profesionales. Se establece, con amplitud que se entiende suficiente, que de ningún modo se podrá imponer subordinación de criterio jurídico al abogado-empleado (se la llama subordinación técnica), a pesar de que exista la necesaria subordinación jurídica derivada de su relación de empleo. Dada la conexidad de los aspectos involucrados en la cuestión, se aclara que la falta de subordinación técnica no releva de la responsabilidad que le cabe al empleador por las eventuales acciones negligentes del abogado-empleado, tema sobre el que volveremos más adelante.

7- También se protege a quien, por lo que se ha dado en llamar “*objeciones de conciencia*”, no esté dispuesto a defender a un cliente o asesorar con respecto a una operación determinados. Se manda permitir que el abogado-empleado no atienda ese asunto, con lo que se le pone en las manos un arma de defensa considerablemente importante si su empleador pretende violentar su conciencia.

8- A diferencia de otras legislaciones o códigos de ética profesional, las nuevas Reglas consideran posible el empleo de profesionales de la abogacía, con la subordinación jurídica mencionada antes pero no la técnica. Este es un fenómeno que se da en multitud de casos, sea que el empleador sea una firma profesional o una empresa de cualquier índole. No por estar empleado el abogado debe perder su independencia, pese a que su defensa se convierta en más difícil en esas circunstancias de subordinación. No parece apropiado el criterio, empleado en algún otro país, de negarles el carácter de abogados mientras permanezcan trabajando en relación de dependencia.

9- Es de hacer notar que se requiere de todo abogado no sólo que conozca a su cliente sino también el origen de sus bienes. También se le pida que considere si los procedimientos comerciales que emplea son confiables. Las nuevas Reglas intentan así contribuir a la lucha mundial contra lo que se ha dado en llamar el lavado de dinero.

10- Nos parece pertinente destacar aquí la existencia de una regla, que no es nueva, que impide al abogado defender ante el tribunal doctrinas que en otra ocasión atacó, a pesar de que se trate de clientes diferentes. A diferencia del conflicto de intereses, tema que se trata más adelante, se trata aquí de lo que se llama “conflicto de doctrina”: no parece aceptable -y es inconveniente por la debilidad de la posición resultante- que un abogado defienda ante el tribunal, sucesivamente, doctrinas claramente contradictorias entre sí. Es más, éste es tal vez uno de los motivos más frecuentes usados por los clientes que encomiendan cantidades enormes de defensas ante el tribunal (caso de los abogados de compañías de seguro, por ejemplo) para dar por terminada la relación profesional con abogados corresponsales o encargados de un “cupó” de causas: nada puede irritar más a un cliente que encontrar que el mismo abogado que lo defiende en una causa sostiene la doctrina contraria en otro asunto, aunque no sea una causa en la que esté involucrado.

11- Dada la complejidad actual de las relaciones de negocios, se da gran desarrollo a las múltiples circunstancias que crean un impedimento para que el abogado acepte la actuación profesional por un cliente determinado con fundamento en la existencia de un conflicto de intereses. En las Reglas anteriores este impedimento estaba claramente establecido con relación a la actuación simultánea o sucesiva ante el tribunal en defensa de intereses opuestos. El gran desarrollo ocurrido en el mundo de los negocios desde que esas Reglas fueron puestas en vigencia, y la agudización inducida de la competencia entre empresas de un mismo ramo industrial, imponen una consideración más ajustada de cuáles situaciones pueden ser consideradas como impedimento para la actuación por dos o más clientes. La regla general relativa a este punto es que, si existe o no conflicto de interés debe ser una determinación personal del abogado interviniente, porque es él quien debe sopesar si las relaciones con algún cliente determinado le coartarán en alguna forma, por mínima que sea, su independencia de criterio para asesorar o defender al otro cliente potencial. Se ha dicho que el parámetro a tener en cuenta en este aspecto es que no puede actuar un abogado que tiene información importante para la otra parte que no tendría si no hubiera actuado por ella en el pasado.

12- Tanto en la parte que se relaciona con los conflictos de interés como en todo lo relativo a la limitación de responsabilidad, se hace especial hincapié en la necesidad de que el cliente esté debidamente informado de lo que el abogado le propone y de las consecuencias de aceptar tal propuesta. Se recomienda fuertemente que, para tomar tales decisiones, el cliente esté asesorado por otro abogado, independiente. De esta forma se intenta asegurar que el cliente no procederá por presión del profesional que contrató en primer término.

13- Tal vez una de las novedades principales introducidas en el cuadro de Reglas es la que contiene el artículo 22 en cuanto amplía la obligación de renunciar al asesoramiento o patrocinio en juicio en los casos de proceder incorrecto del cliente, ya contenida en las normas anteriores, a la situación en la que se pretende que el abogado participe en actos de corrupción de funcionarios públicos o privados. Al imponer esta regla se piensa que se colabora en la lucha contra la corrupción, objetivo general que es de primerísimo orden.

14- No por menos importante deja de ser novedosa la nueva reglamentación de cómo debe proceder el abogado con la papelería y documentación del cliente. Importa destacar, en este aspecto del servicio profesional, que se establece la obligación de conservar tales documentos por diez años, quedando sin embargo liberado el abogado de esa obligación transcurrido ese lapso, que se considera hartamente suficiente para que le pida la documentación que considere apropiado conservar. Prolongar la obligación por más tiempo supone imponer una carga tal vez insoportable sin contraprestación por el cliente y, además, crear obligaciones de exigibilidad ilusoria.

15- Una regla que obligue al abogado a mantener a su cliente informado del desarrollo de su asunto y de someter a su decisión y respetar lo decidido por el cliente parecería repetir lo obvio. Sin embargo, es sorprendente la cantidad de quejas que se reciben por falta de información, o porque el abogado actuó mucho más allá de las cuestiones legales que se le sometieron en consulta. Se indica a este respecto lo que parece razonable. En su caso, habrá que compatibilizar el principio de sometimiento a las disposiciones que tome el cliente con la obligación de todo mandatario, rol usual de un abogado, de proteger a su mejor saber y entender los intereses de su cliente cuando no hay oportunidad de consultarlo.

16- La sola lectura de los nuevos artículos 29, 30 y 31 sobre el secreto profesional dan idea de lo mucho que se ha ampliado este tema. Se considera que este es uno de los aspectos más delicados de la actuación del abogado y que debe ser protegido al máximo, y es por ello que se mantiene el principio de que es sólo el cliente quien puede relevar de ese compromiso. Entre otras disposiciones que se dirigen a adaptar esta obligación de secreto a las nuevas circunstancias, pueden destacarse la que impide siquiera mencionar el nombre del cliente, porque su sola revelación puede dañarlo, los conocimientos adquiridos por auditorías jurídicas sobre la actuación de otros abogados, la extensión de la obligación de secreto a empleados y otros dependientes del abogado y la obligación de tomar medidas para impedir la difusión de secretos cuando, en uso de la excepción de defensa propia contra el cliente, el abogado pueda revelarlo. También es novedoso el límite temporal a la obligación de secreto (50 años, en coincidencia con muchos regímenes relativos a secretos de estado), inexistente hasta ahora, lo que creaba gran incertidumbre ante requerimientos de historiadores u otros estudiosos.

17- En el régimen anterior se exigía al abogado reconocer su error o negligencia y a reparar el daño causado al cliente. Esa obligación se mantiene, pero se insinúa la posibilidad de pactar con el cliente una limitación a esa responsabilidad derivada de la culpa. Esta Regla parece sorprendente, pero se la encontrará razonable a poco que se piense en la gran cantidad de firmas de profesionales, que agrupan a decenas si no centenas de ellos, y clientes que encomiendan miles de operaciones o litigios, a cuyo respecto se concluye que es prácticamente imposible el control de todo lo que hacen los profesionales subordinados (que sin embargo obligan al principal por sus errores o negligencias). Claro está que un pacto en tal sentido disminuirá la confianza del cliente en su abogado, por lo que la posibilidad deberá ser usada con especial cuidado.

No parece apropiado que las Reglas de Ética avancen más en el sentido de hacer posible la limitación de la responsabilidad, puesto que corresponde que esta cuestión tenga tratamiento legislativo. Sólo parece importante señalar aquí que en muchos países extranjeros esa limitación es legalmente posible y los abogados hacen uso de la misma con creciente intensidad.

Para evitar situaciones usualmente muy enojosas con el cliente o con colegas corresponsales en el interior o en el extranjero, las nuevas Reglas establecen una serie de principios de atribución de responsabilidad o de negación de la misma. El abogado prudente se encargará de que tales principios sean conocidos y aceptados por el cliente antes de tomar intervención en los asuntos que éste le encomiende, o por el colega antes de comenzar el servicio profesional del caso.

18- En materia de honorarios, se agregaron modalidades, por ejemplo, la remuneración fija o por tiempo, que se usan en nuestro medio desde hace largo tiempo y no se encuentra que causen problema en la consideración y respeto que merece el trabajo profesional. Porque, además, en modo alguno se lo considera desdorado, se indica como apropiado, para los casos de determinación del honorario por el tiempo empleado, que se informe al cliente qué tareas se realizaron, quiénes fueron los profesionales intervinientes y cuánto tiempo les insumió atender esas cuestiones, como forma de obtener la mayor transparencia posible en la forma de determinar el monto de honorarios en este tipo de convenios.

19- Desde antiguo se consideró que la publicidad comparativa es inaceptable, cuanto más en los casos de profesionales cuya elección, en la gran mayoría de los casos, se basa casi exclusivamente en la confianza que

genera el abogado en su cliente. De allí no se sigue, en el concepto de los redactores de las nuevas reglas, que esté prohibido hacer conocer la existencia de su práctica profesional y de los casos atendidos, sólo o en sociedad con otros profesionales.

Es claro que, en la mayoría de los casos, el conocimiento que tenga la clientela potencial de casos similares manejados con éxito por un abogado determinado le inclinará a tener en cuenta a ese abogado en la selección que haga para su asunto. De allí que se considere legítima la publicación de lo hecho en relación con tales casos precedentes, supuesta la conformidad de los clientes involucrados cuando se mencionen nombres o se identifiquen operaciones que hasta entonces no sean de conocimiento público. Será tal vez la forma más adecuada de publicidad, porque naturalmente quien esté en el proceso de selección de abogado confirmará tales antecedentes con los actores del mismo que sean de su conocimiento.

20- Finalmente, para atender un fenómeno que en los últimos tiempos se extendió considerablemente, se extiende a los funcionarios públicos para actuar ante los ministerios u organismos oficiales en los que se desempeñaban hasta su cese la incompatibilidad que antiguamente se limitaba a los jueces que habían cesado como tales para actuar ante su juzgado.

DAMIÁN FERNANDO BECCAR VARELA (1943-2019)

Abogado (Universidad Católica Argentina), con postgrado en la Universidad de Illinois. Desarrolló su destacada carrera profesional en el Estudio Beccar Varela, al que dirigió durante un extenso período con un liderazgo que fue transformador. Integró el directorio de muchas empresas y perteneció a diversas organizaciones empresarias, como la Asociación Cristiana de Dirigentes de Empresas. Fue socio de organizaciones nacionales e internacionales de la abogacía e integró el Directorio del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires que le encargó la redacción de su actual Código de Ética profesional. En FORES siempre lo recordamos por su ayuda y como impulsor del Programa de Entrenamiento para Abogados.

Lawyer (Universidad Católica Argentina), with postgraduate studies at University of Illinois. He carried out a long-lasting career as the manager partner at Estudio Beccar Varela, which he led in a transformative way. He served at the board of directors of many companies and at very business organizations, as the Asociación Cristiana de Dirigentes de Empresas. He was a member of domestic and international lawyers' organizations and served at the Board of Directors of the Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, who asked him the revision of the Rules of Ethics. At FORES we always remember him for his contributions, and as a key supporter of the Training Program for Lawyers (Programa de Entrenamiento para Abogados).

[\(Ir al INDICE\)](#)

DOS TRADICIONES JURÍDICAS, UNA MISMA PROFESIÓN

ENRIQUE V. DEL CARRIL

RESUMEN: El autor analiza las dos tradiciones jurídicas occidentales, la europea continental y la del *common law*, y sintetiza la influencia de ambas en la formación de los abogados y en el ejercicio de la profesión.

ABSTRACT: *The author analyzes the two legal systems, the so called Continental European and that from the common law and summarizes their influence on the lawyers' training and their practice.*

PALABRAS CLAVE: sistemas jurídicos; derecho continental europeo; *common law*; educación legal; abogacía.

KEYWORDS: *lawyers' ethics, legal systems; Continental European law; common-law; legal education; practice of law.*

"...el ideal de libertad individual parece haber florecido sobre todo entre aquellos pueblos en los que, al menos durante largos periodos, predominó el Derecho como obra de los jueces".

(Hayek, Frederick A. "Derecho, Legislación y Libertad" vol I, cap. V, pág. 151)

1. CONCEPTO DE TRADICIÓN JURÍDICA

Para abordar el tema de este capítulo creo conveniente describir qué se entiende por "tradición jurídica".

No se trata de la diferencia de regulaciones existentes en distintos países o regiones; es más amplio que esto pues la tradición, según una de sus acepciones es la doctrina, costumbre etc., conservada en un pueblo y transmitida de padres a hijos. O sea, que la tradición está emparentada con la cultura de un pueblo y la tradición jurídica es la manifestación de la cultura que se refiere a la forma en que se generan y aplican las normas de conducta y de organización en una determinada sociedad.

Puede ocurrir, y generalmente es así, que los principios orientadores de estas normas, o su manifestación misma, sean similares en países cuya tradición jurídica es diferente. De hecho, es lo que ocurre en todos los países occidentales tributarios del Derecho Romano. Todos emanan sus reglas de convivencia de ese mismo sistema histórico pero la forma de aplicarlo, las técnicas de transmisión y la formación de los hombres de Derecho es diferente.

Un autor, especialista en Derecho comparado, lo expone con toda precisión:

*"Una tradición jurídica, como el término lo indica, no es un conjunto de normas jurídicas acerca de contratos, de asociaciones y delitos, aunque tales normas serán casi siempre en cierto sentido un reflejo de esta tradición. Son más bien un conjunto de actitudes profundamente arraigadas y condicionadas históricamente acerca de la naturaleza de la ley, acerca de la función del Derecho en la sociedad y en la forma de gobierno, acerca de la organización y operación apropiada de un sistema jurídico y acerca del modo como el Derecho debe crearse, aplicarse, estudiarse, perfeccionarse y enseñarse. La tradición jurídica relaciona el sistema jurídico con la cultura de la cual es una expresión parcial. Coloca al sistema jurídico dentro del ámbito cultural".*²⁶⁶

Es decir que la tradición jurídica marca cuál es el concepto de Derecho prevaleciente, cómo se aplica en la sociedad y la manera en que se forman y eligen a sus operadores; o sea a sus jueces y abogados.

Desde este punto de vista el tema tiene una relación directa con la formación de los profesionales del Derecho, entre ellos los abogados.

En este capítulo me propongo examinar el origen de las dos tradiciones jurídicas del mundo occidental: la del Derecho continental europeo y la del *common law*, pues ambas incidieron en nuestra organización legal y en la estructura de nuestro Poder Judicial.

²⁶⁶ Merryman, John Henry "La Tradición Jurídica romano-canónica" ed. Fondo de Cultura Económica ed. 1979, Pág. 15.

Pero me pareció conveniente comenzar por esbozar algunas ideas sobre el concepto de Derecho pues, a mi juicio, tienen incidencia sobre la diferenciación entre las dos tradiciones como expresa Meryman en el párrafo transcrito precedentemente.

2. ¿QUÉ ES EL DERECHO?

“Pocas preguntas referentes a la sociedad humana han sido formuladas con tanta persistencia y respondidas por pensadores serios de maneras tan diversas, extrañas y aun paradójicas, como la pregunta ¿qué es Derecho? ...No hay una vasta literatura consagrada a contestar las preguntas ¿qué es química? O ¿qué es medicina, como lo hay para responder a la pregunta ¿qué es Derecho?” 267 .

Con este párrafo inicial de su obra Harlt marca un dilema propio de la ciencia jurídica: la falta de un objeto preciso como materia de estudio, a diferencia de lo que ocurre en otros campos del saber.

Me parece importante comenzar este capítulo con la reflexión realizada por este jurista pues la forma en que las diversas sociedades viven la realidad del Derecho, su origen, gestación y contenido, incide en la manera de aplicarlo y en la forma de seleccionar a sus jueces. Como más adelante afirma Harlt la pregunta que encabeza este capítulo produjo sesudos trabajos de ilustres filósofos y juristas, pero suscita pocas dudas si quien la responde es un ciudadano común que en su vida cotidiana reclama o “sufre” la aplicación de las leyes a sus conductas.

Este ciudadano, en primer lugar, identificará el Derecho con el consejo y las decisiones de sus actores principales: legisladores, jueces, abogados, escribanos, funcionarios públicos etc. Si no queda satisfecho con lo que éstos le transmiten buscará la respuesta en su sentido común, sus pasiones o su sentimiento de Justicia. Esto es una realidad que vivimos diariamente los abogados y jueces en nuestro constante contacto con las conductas humanas.

Por eso considero que, por encima de todas las teorías, el Derecho fluye de la interpretación que formulen sus actores respecto a ciertas reglas, algunas escritas y otras no, cuando se trata de asesorar en los negocios o resolver conflictos²⁶⁸.

3. SEPARACIÓN DE LAS DOS TRADICIONES JURÍDICAS

Una obra clásica, “La Ciudad Antigua” de Fustel de Coulanges, describe con toda claridad el origen del Derecho y nos da pistas firmes para seguir su evolución a través de la historia²⁶⁹.

El autor explica que, en un principio, el Derecho estaba íntimamente ligado a la religión. Los dioses dictaban las normas de comportamiento a los hombres quienes debían cumplirlas por razones de piedad y respeto. Obviamente mandaban aquello que más convenía para la vida en sociedad.²⁷⁰

Esta confusión entre Derecho y religión alcanzaba también a juristas y sacerdotes. En Roma el “pontífice máximo”, hasta bien avanzada la República, era el más importante de los juristas porque su función consistía en desentrañar los mandatos de los dioses estudiando las costumbres de los mayores.

En la ciudad antigua no había órganos legislativos como los concebimos hoy, tampoco los hubo hasta la denominada Edad Contemporánea con posterioridad a la Revolución Francesa. En la antigüedad y en el período medieval los cuerpos similares a parlamentos no tenían como función dictar normas de conducta plasmadas en leyes escritas pues aquellas surgían de la costumbre. Las asambleas solo controlaban al monarca en el uso de sus funciones tributarias o militares.²⁷¹

²⁶⁷ H.L. Hart “El Concepto de Derecho”, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Pág. 1.

²⁶⁸ En este sentido no sólo los legisladores o los jueces interpretan el Derecho. También lo hace el abogado cuando asesora o redacta contratos. En esta operación también se crean reglas de Derecho que surgen de la autonomía de la voluntad y la capacidad que todos tenemos de asumir obligaciones con las limitaciones que surgen de la legislación. El abogado, al asesorar a su cliente en la redacción de un contrato también interpreta la ley y crea Derecho. Es interesante analizar cómo Vélez Sarfield reflejó la concepción racionalista del Derecho que imperaba cuando redactó el Código y contrastarla con la forma en que se plasma el mismo principio en el Código Civil y Comercial que nos rige desde 2016. Vélez Sarfield escribió: “art. 1197. Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como la ley misma”. El nuevo Código Civil y Comercial dice: “art.959. Efecto vinculante. Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido solo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé”. La ley como principal fuente de Derecho está presente en la norma del viejo Código. La libertad para crear normas de conductas con la única limitación de la ley imperativa subyace en la nueva.

²⁶⁹ Fustel de Coulanges “La Ciudad Antigua”, ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, ed 1998. Respecto del origen del Derecho, cap XI, Pág. 333 y sgts. Ver también Stein, Peter G. “El Derecho Romano en la historia de Europa, historia de una cultura jurídica”, ed. Siglo XXI, editores”.

²⁷⁰ Fenómeno descrito con admirable belleza y claridad en la obra cumbre de Antoine de Saint Exupery “El Principito” en el capítulo referido a la visita al asteroide 325 donde vive el rey absoluto (ed. De dominio público, “La Biblioteca Virtual de la UEB” <http://www.ueb.edu.ec>, Pág. 10, capítulo X): dice el rey absoluto: “si le ordeno a uno de mis capitanes que se convierta en ave marina y me desobedece, la culpa no sería del capitán sino mía... Era un monarca absoluto pero como era bueno, daba órdenes razonables”.

²⁷¹ Ver Hayek, Friederich op. cit., Cap. IV, “Transformación del Concepto de ley”, Pág. 117 y sgtes.

El Derecho escrito fue la consecuencia de la revolución de las clases inferiores buscando precisión y certeza en las normas de conducta, cuya expresión e interpretación eran monopolizadas por los patricios. Pero en manera alguna estas antiguas recopilaciones escritas, como la ley de las XII Tablas en Roma o las disposiciones de Solón en Atenas, eran creación de los legisladores. Se trataba de recopilar costumbres ya existentes y plasmarlas en cuerpos legales para conocimiento de todo el pueblo. Para Fustel de Coulanges la introducción de la ley escrita implicó un cambio de concepción: la ley no es ya una tradición santa es un texto, *lex*, y como la ha hecho la voluntad de los hombres, la misma voluntad puede cambiarla, 272

Curiosamente, el Derecho escrito que había sido el arma de la igualdad contra el despotismo de una clase, muchos siglos más tarde fueron puesto al servicio de la concentración del poder mediante el dictado del Derecho obligatorio por parte del monarca. Así en el siglo VI DC el emperador Justiniano pretendió encerrar toda expresión de creación jurídica en la gran recopilación luego denominada *Corpus Iuris Civilis*. Su afán racionalista, luego emulado por Napoleón, se manifestó en la prohibición de investigar sobre normas o costumbres anteriores que pudieran haberse elaborado por juristas diferentes a los citados en la recopilación.²⁷³

La civilización romana siguió distintos caminos a partir del siglo V DC. Persistió en su concepción imperial en Oriente hasta la toma de Constantinopla por los turcos en 1492. Por el contrario, en occidente se produjo un proceso gradual de disgregación ocasionado por la migración constante, a veces belicosa otras pacíficas, de los pueblos del norte de Europa quienes trajeron su religión y costumbres. La disolución del poder de Roma sobre estos territorios dejaba un vacío ocupado en algunos casos por la Iglesia, otros por los caudillos de estos pueblos nuevos. Poco a poco y como resultado de su conversión al cristianismo, éstos reyes se aliaron con la jerarquía eclesiástica que los necesitaba pues eran la garantía de seguridad y defensa frente a las nuevas oleadas de pueblos, más primitivos, que asolaban los territorios recientemente ocupados.

La disolución de la autoridad romana tuvo su efecto directo en el Derecho de los pueblos. Hasta el siglo XI la vida civil era regida por las costumbres de estas nuevas comunidades que ocuparon el territorio europeo. El viejo Derecho Romano se refugió dentro de la Iglesia en su concepción canónica que procuraba suavizar ciertas prácticas primitivas de estos pueblos nuevos.²⁷⁴

A partir del siglo XI, luego del descubrimiento de las “*Pandectas*” (partes del *Corpus Iuris Civilis*), lentamente se van gestando y diferenciando las dos culturas jurídicas occidentales que hoy conocemos, ambas tributarias del Derecho Romano. En Francia, principalmente, y en general en la Europa continental, el descubrimiento de su versión imperial llevó a un movimiento político cuyo objetivo fue la concentración del poder en la monarquía. En el siglo XIV Felipe IV (el Hermoso) fue el mejor exponente de esta tendencia destinada a disminuir el poder de la nobleza feudal para unificar el territorio bajo la monarquía de los Capetos.

En Inglaterra, por el contrario, el movimiento fue inverso: la Iglesia y los barones se opusieron firmemente a las tendencias centralizadoras de los Plantagenet a fin de hacer primar la denominada “ley de la tierra” basada en costumbres, aunque ya impregnadas de principios del Derecho Romano. La Carta Magna arrancada al rey Juan denominado “Sin Tierra”, fue la culminación de ese proceso.

El tronco común de toda la tradición jurídica occidental es, sin duda, el Derecho Romano pero el método de aplicación de dichos principios se bifurcó en dos tradiciones diferentes. En el continente europeo se adoptó la primacía del Derecho escrito exaltando las virtudes de seguridad ínsitas en el texto legal elaborado por juristas y promulgado por el monarca; mientras que al otro lado del Canal de la Mancha el Derecho común elaborado por los jueces de la tierra era considerado superior a los decretos del rey y aún a los del parlamento²⁷⁵.

²⁷² Fustel de Coulanges, op cit., Pág. 543.

²⁷³ El antecedente de esta disposición fue la “ley de citas” dictada en el año 426 d. C por el emperador Teodosio II donde se estableció la obligatoriedad de la opinión de cinco juristas (Stein, Peter G. Op. Cit. Pág. 40. Respecto del Código de Napoleón se dijo: “Napoleón había creído que su ley era perfecta, que no eran necesarias las interpretaciones. Cuando aparecieron, se enfureció; pero no podía detenerla.” “Napoleón y su Código Civil” Aquiles Horacio Guaglianone, conferencia pronunciada el 23 de octubre de 1969 en la sede del departamento de Historia de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires.

²⁷⁴ Un ejemplo de ello es el procedimiento judicial denominado “juicio de Dios”. Las viejas crónicas y las novelas de caballería relatan la forma en que se solucionaban los conflictos. Luego de exponerse las razones que cada contendiente alegaba, el rey o el señor encargado de administrar Justicia proponía soluciones, pero si no se lograba convencer a alguno de los contendientes debía someterse el conflicto a la lucha armada. Cada parte debía buscar un caballero que lo represente en el duelo con el convencimiento que Dios juzgaría y daría el triunfo a aquel que tenía razón. Esa lucha armada estaba sujeta a determinadas reglas y limitaciones impuestas por las costumbres -antecedente de nuestras leyes procesales- o por decisión del rey. Puede leerse el desarrollo de un conflicto sucesorio entre dos hermanas en la novela “El Caballero del León” escrita por Chretien de Troyes que pertenece a la saga de los caballeros de la tabla redonda. (Ediciones Siruela, 4 ed. 1994, Pág. 84 y sgts)

²⁷⁵ Es cierto que esa división no estuvo exenta de matices. Durante la Edad Media, el movimiento centralista de las monarquías que regían en los actuales territorios de Francia y España chocaba con costumbres locales que los reyes debieron reconocer a ciudades y territorios y que aún hoy persisten en fueros y estatutos regionales. Por su parte, en Inglaterra la fuerza de su Parlamento llevó a que éste órgano se atribuyera la facultad de legislar. Esta pretensión fue tempranamente limitada en el caso “Bonham” fallado por el célebre Juez Eduard Coke en el año 1606, considerado uno de los primeros precedentes del control constitucional de los actos legislativos (ver “El Caso Bonham, Supremacía Constitucional” por Ana María Velásquez Rizo en Revista de Derecho, Universidad del Norte, Colombia, 11: 137-140, 1999).

La aspiración por la precisión de la ley escrita tuvo su culminación en la Revolución Francesa, con sus glorias y sus mitos. Sin duda su mayor gloria fue dar el golpe de gracia a un sistema decadente; pero el mito - que aún persiste- es sostener que la voluntad general representada por las mayorías parlamentarias es la única fuente del Derecho. Se parte de la base de que la razón de un hombre, o de un conjunto de hombres, está en condiciones de crear normas de conducta obligatorias para toda la comunidad. En definitiva se sostiene que la última palabra respecto a qué es el Derecho la tiene el legislador; los jueces solo aplican la ley y, por eso, su tarea interpretativa debe limitarse a la exégesis.²⁷⁶ Así surgió el movimiento codificador que intentó expresar toda la realidad jurídica en el texto.²⁷⁷

La consecuencia directa de esa forma de pensar era que los jueces estaban subordinados a la legislatura lo cual se justificaba, además, por la imagen que tenían en Francia durante el antiguo régimen. Se consideraba al juez como aliado a la monarquía y la nobleza, por lo que era visto con desconfianza. La revolución reaccionó contra esa Justicia bajo el dogma que la creación del Derecho era una atribución exclusiva de la Asamblea. La función judicial consistía en aplicar ciegamente el texto de la ley aún contra su conciencia y convicciones²⁷⁸.

Pero inmediatamente surgió el dilema de quien tenía “la última palabra” en materia de interpretación y validez de la ley en los casos concretos cuando su aplicación derivaba en soluciones injustas. El primer remedio, gestado en la Asamblea revolucionaria, fue la institución del referee como un funcionario dependiente directamente de aquella, a quien los jueces debían referir los pleitos cuando no encontraran la respuesta en la ley escrita. Esta función luego derivó en la creación del Tribunal de Casación Francés, órgano legislativo cuyo objetivo era dar la interpretación final de la ley en caso de lagunas o controversias sobre el sentido de las normas²⁷⁹.

Puede concluirse que en el siglo XVIII la Revolución Francesa, si bien predicó la división de poderes otorgó primacía a la Asamblea pues era la voz del pueblo. El juez no podía interpretar libremente la ley sino exclusivamente aplicarla literalmente; solo la legislatura podía llenar sus lagunas o realizar interpretaciones mediante actos de la misma. No obstante, persistía el dilema de “la última palabra”.

A fines del siglo XIX estaba en crisis el racionalismo. El advenimiento del romanticismo y su exaltación de los sentimientos también tuvo su reflejo en el mundo del Derecho. En la propia Francia la escuela de la libre interpretación, iniciada por Geny, abría una importante brecha en la supremacía de la voluntad del legislador; pero la organización política se resistía al control judicial de las leyes. Seguía sin respuesta la pregunta de quién tenía la última palabra; el Derecho positivo emanaba del Poder Legislativo, pero ¿podría auto controlarse?, ¿era lógico pretender que ese Poder limitara sus propias expresiones sometiendo a la Constitución? El espíritu racionalista buscaba una respuesta y la misma surgió en el siglo XX con Hans Kelsen.²⁸⁰

Kelsen fue para el Derecho lo que Descartes para el pensamiento filosófico. Frente a las perplejidades que presentaba y presenta el mundo jurídico, elaboró una teoría pura según la cual el Derecho debe estar cerrado a toda influencia de otros campos del conocimiento pues es una ciencia de las normas y estas son su objeto de estudio. No interesan los valores ni las realidades históricas, sociales y políticas que pueden haber justificado el nacimiento de estas normas; el jurista estudia la norma y para analizar su validez solo debe

²⁷⁶ El sustento filosófico del positivismo jurídico fue el idealismo de Renato Descartes quien, en el siglo XVII, luego de la crisis del sistema medieval, comenzó a meditar partiendo de la existencia del yo a través de la constatación del pensamiento como única realidad conocida y la duda como método para llegar a la verdad mediante la utilización de herramientas probadas en ciencias evidentes, pero abstractas, como las matemáticas. Utilizó justamente esa herramienta porque las matemáticas se basan en abstracciones mentales que no existen puras en la realidad. El número no existe, el triángulo tampoco: hay cosas que se pueden contar o cosas que tienen formas de triángulos, pero no hay número ni triángulos. Descartes pensó que, utilizando el mismo método, y sometiendo todo el conocimiento existente de lo que “aparentemente” era la realidad al método matemático podía llegarse a la verdad, pero que era imposible hacerlo siguiendo el camino inverso o sea percibiendo la realidad y luego conociéndola con la razón. Porque la realidad era equívoca y dependía de la opinión de la gente. Por lo tanto, la realidad nos engaña y lo importante son las ideas que tenemos en el intelecto. El hombre solo es inteligencia... hasta su cuerpo le es ajeno. “El discurso del Método”, ed. Orbis S.A., Pág.48 y 60 .De esta forma, las ideas emanadas de la razón podían construir sistemas precisos que debían imponerse a la realidad. Rousseau aplicó este idealismo a la sociedad y de allí surgió el concepto de Voluntad General expresada en las asambleas revolucionarias erigiendo a su expresión, la ley escrita, como única fuente de normas de conducta (ver Maritain Jaques, “Tres Reformadores”).

²⁷⁷ No obstante, como en las recopilaciones primitivas, la tarea realizada por los codificadores en Francia fue reunir las costumbres de las distintas regiones armonizándolas con los principios del Derecho Romano, ver “A doscientos años del Código de Napoleón”, Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre, Guaglianone Aquiles, op cit. Nota 9; Campos Fillol, Adolfo “El Código Napoleón, origen y proyección”, en El Dial 14/07/2004.

²⁷⁸ “Un juez es más y menos que un hombre; más porque maneja la espada de la ley; menos, porque no tiene corazón”. Estas palabras las pone Victor Hugo en boca de Güechamp en la novela “El noventa y tres”, en una de las escenas más trágicas de la obra: cuando un Tribunal debe juzgar a quien, por piedad y justicia, había liberado a un noble contra revolucionario. “El Noventa y Tres”, ed. Bruguera, 1970, Cap II “Consejo de Guerra, Pág. 442.

²⁷⁹ Ver Geny, Francois, “Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo”, segunda edición, Madrid Pág. 80 y sgtes. N° 41, Pág. 75 y sgtes.

²⁸⁰ “Teoría Pura del Derecho”, ed. Universidad Autónoma de México, 1982, traducción Roberto J. Vernengo.

observar si responde en su expresión y sanción a aquella superior que establece la forma en que debe adquirir obligatoriedad.

Elaboró su pirámide jurídica a semejanza de un teorema geométrico en cuya base están las sentencias de los jueces subordinadas a los diversos escalones que las preceden; en la cúspide se encuentra la norma hipotética fundamental la cual no es claramente definida en su obra cumbre pues, si bien en algunos de sus pasajes parece referirse a la Constitución también menciona otras realidades o principios lo cual es una clara demostración que su sistema no es otra cosa que una elaboración idealista alejada de una realidad que, por más que se pretenda ignorar, se impone demostrando que no puede aislarse el orden jurídico de la historia, los valores, las costumbres y toda otra forma que adquiere y surge del ejercicio de la libertad de todos los hombres, no solo de aquellos llamados a legislar .

No obstante, su sistema geométrico chocaba con el dilema de la “última palabra”: si el Derecho es la ciencia de las normas positivas y cada uno de los escalones en que está compuesta su pirámide ideal debe respetar al anterior, que es su fundamento, hasta llegar a la norma superior ¿quién está llamado a juzgar sobre la validez de esta operación de subordinación? No podían ser aquellos que sancionaron la norma hipotética fundamental porque la misma, o se define en ciertos postulados básicos cuya autoría es imposible de detectar o están plasmados en constituciones escritas emanadas de poderes constituyentes de vida efímera.

Kelsen encontró la solución en la instauración de un tribunal constitucional ajeno a todos los otros poderes del Estado. Una suerte de órgano custodio del respeto a la pirámide por él elaborada que definió como un “legislador negativo”. Debía ser un legislador porque así se mantenía la supremacía de aquel poder emanado de la “voluntad general”, pero su función no sería crear leyes sino pronunciarse sobre su validez o invalidez.

Ciertamente la construcción de Kelsen no era original en Europa porque el problema de la “última palabra” flotaba como un fantasma sobre el rigor de las concepciones racionalistas que pretendían la soberanía de los cuerpos legislativos y de su expresión: la ley. El referee legislativo y el tribunal de casaciones creados en la época revolucionaria, a los cuales me referí antes, son antecedentes de los tribunales constitucionales creados durante el siglo XX. Pero es Kelsen quien diseñó este órgano que fue adoptado en la Constitución de Austria de 1920 y, finalizada la segunda guerra mundial, se incluyó en casi todas las constituciones de la Europa Continental.

Como lúcidamente sostiene Rodolfo Vigo en sus obras antes citadas el horror del nazismo y los juicios de Nüremberg marcaron la crisis del positivismo; pero persistía en Europa Continental la idea racionalista que se opone al control judicial de las leyes. Así, con diversas formas y composiciones, pero siguiendo el común lineamiento de instaurarse como un cuerpo ajeno al poder judicial, se fueron creando los tribunales constitucionales para ejercer el control concentrado de las leyes. Los jueces mantienen una relación de dependencia orgánica con el ministerio de Justicia y, por ende, si bien existen normas que aseguran su imparcialidad y autonomía al juzgar, el órgano judicial carece de independencia.

Contemporáneamente con los tribunales constitucionales, aparecen en las constituciones europeas o en leyes orgánicas los consejos de la magistratura con éste nombre u otros similares. La razón de su existencia surge justamente de la falta de independencia del sistema judicial para asegurar un cierto grado de autonomía e imparcialidad como protección de los derechos del ciudadano frente al poder. En la composición de estos consejos se integran representantes de los jueces, de los legisladores, a veces de sectores académicos, con la intención de limitar la dependencia orgánica que la Justicia tiene respecto al poder ejecutivo. En línea con ese propósito los consejos de la magistratura intervienen en el proceso de formación y selección de los jueces como también en la administración de los recursos del Poder Judicial. En síntesis, los consejos de la magistratura europeos nacieron y responden a la inquietud de disminuir el poder del Ministro de Justicia sobre el sistema judicial dentro de una arquitectura constitucional -diferente a la nuestra- donde los Jueces están limitados en sus facultades de interpretar la ley pues no pueden declarar su inconstitucionalidad.

Mientras que en la Europa continental la concentración del poder se consolidó en los siglos XVI y XVII dando origen a las monarquías absolutas, en las islas británicas el fenómeno fue inverso; la dinastía de los Plantagenet fue cediendo terreno a favor de la nobleza y el orden feudal adquirió fuerza a través del tiempo imponiendo la primacía del Derecho basado en las costumbres. La Carta Magna impuesta por los barones a Juan Sin Tierra y la institución del parlamento como órgano de control a los gastos de la monarquía fueron hitos importantes en el desarrollo de las instituciones anglosajonas. Si el Derecho emanaba de la comunidad que adaptaba reglas de conducta y las consideraba obligatorias, la principal fuente de donde emanaba el Derecho estaba en las conductas y en las decisiones de los tribunales de justicia. Eran los jJueces quienes “descubrían” esas normas y las imponían incluso al Rey y el Parlamento que debía respetarlas.²⁸¹

²⁸¹ Ver Hayek, op. cit. Cap. V “Nomos, La ley de la libertad”, pág. 151 “la función del juez”.

Este sistema jurídico fue el antecedente remoto al control de constitucionalidad por los jueces, pues debe comprenderse que aquellos términos de la Carta Magna o de otros documentos de la época que remitían al cumplimiento de las “Leyes del Reino” no se referían a mandatos impuestos por el rey sino al common law. Sobre la norma positiva dictada por el monarca, había un Derecho basado en las costumbres que era superior y los jueces estaban obligados a hacer que se respete aún contra la voluntad del soberano.

Ese control judicial de los actos del monarca se extendió a las decisiones del Parlamento y se consagró en varios casos. Su antecedente más específico fue la sentencia del Tribunal de Agravios Civiles presidido por el juez Edward Coke en el caso de Thomas Bonham dictada en 1606, en la cual escribió:

“Aparece en nuestros libros que en muchos casos el common law controla actas del Parlamento y que a veces lo relega a la absoluta nulidad: porque cuando un acta del Parlamento se opone al Derecho Común y a la razón, o repugna o es de imposible aplicación, el common law lo controla y se impone sobre las actas anulándolo”.²⁸²

La tradición del *common law* tuvo su desarrollo en América a través de las colonias instaladas en el Norte, pero con una importante particularidad que permitió que su cultura jurídica expandiera su influencia a los países de Centro y Sudamérica. Se trata de la adopción de un texto constitucional escrito. Puede afirmarse que fue en las colonias de Norte América donde se desarrolló la idea de establecer un cuerpo escrito que fuera superior a la legislación y el instrumento para limitar y controlar el poder. Esta tradición surge en los orígenes de las colonias, especialmente las de Nueva Inglaterra donde los colonos emprendieron su viaje a América con compromisos escritos firmados voluntariamente sobre la forma en que se gobernarían al establecerse en las nuevas tierras.

Esta idea es la base del constitucionalismo moderno cuya característica principal fue establecer una organización que no se limitara exclusivamente a la división de poderes. Mediante un sistema de vinculaciones entre los tres órganos de gobierno -legislativo, ejecutivo y judicial- busca un equilibrio entre el ejercicio de éstos basado en mutuos controles; se denominó “frenos y contrapesos” (*check and balances*).

De esta forma la tradición norteamericana realizó una interpretación extensiva de las ideas de Montesquieu atribuyéndole al poder judicial el control de los otros dos poderes mediante la facultad de declarar la inconstitucionalidad de sus actos (leyes, decretos y resoluciones). Esa fue la solución que se dio al dilema de la “última palabra”; aunque su adopción no fue sencilla.

La tradición “pactista” se encontraba en el génesis de las Colonias del Norte. Originariamente allí también se pensaba que era el pueblo, representado en los parlamentos o asambleas, quien tenía la última palabra. Concebir una autoridad federal que pudiera declarar la invalidez de los actos emanados de las asambleas estatales parecía, para muchos, entregar al gobierno federal un inmenso poder que podría convertirse en un instrumento capaz de anular las autonomías de cada excolonia, erigida en estado autónomo luego de la independencia. Pero, por otro lado, las causas de la revolución habían sido la rebelión contra un parlamento en el que las colonias no estaban representadas y que, en la Madre Patria, tomaba medidas que las afectaban contrariando los principios del *common law*, superiores a las decisiones del rey y del parlamento.²⁸³ Esta tensión se trasladó a la discusión respecto a la aceptación de la Constitución Federal. En “El Federalista”²⁸⁴ se refleja con claridad el planteo de la cuestión y los argumentos a favor de otorgar al Poder Judicial la “última palabra” aun antes de dictarse el famoso caso *Madbury vs. Madison* resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1803, donde se reconoció a los jueces la facultad de revisión de la constitucionalidad de los actos de los otros dos poderes.

En síntesis, Inglaterra y los Estados Unidos de Norteamérica imponen la visión que el juez es el defensor de las libertades individuales frente a las decisiones del Estado y por lo tanto, el protagonista principal del orden jurídico.²⁸⁵

Pero el sistema de frenos y contrapesos requiere para su buen funcionamiento un método claro, establecido en la Constitución, para la designación de los miembros de cada poder. Respecto del judicial se concibió la propuesta del Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado y la permanencia de los jueces en el cargo mientras dure su buena conducta.

²⁸² Ver obra cit. en nota 11 y Manuel González Oropeza “Los Orígenes del Control Judicial de la Constitución y los Derechos Humanos” ed. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2003.

²⁸³ Gargarella, Roberto, “La Justicia frente al gobierno”, ed Ariel, 1996. “El poder legislativo contra el Poder Judicial” Pág. 89 y sgts.

²⁸⁴ “El Federalista”, N 78 (Hamilton), “Procederemos ahora a un examen del departamento judicial del gobierno propuesto”, Mc Lean’s Edición MDCCCLXXXVIII.

²⁸⁵ Merryman, John Henry op. cit., Pág. 70, refiriéndose al Juez del sistema continental europeo dice: “La descripción apropiada del juez es la de un operador de una máquina diseñada y construida por los legisladores. Su función es mecánica. Los grandes nombres del Derecho civil no son los jueces...sino los de los legisladores (Justiniano, Napoleón) y jurisperitos (Gayo, Imerio, Bartolo, Mancini, Domat, Pothier, Von Savigny y otros muchos juristas europeos y latinoamericanos de los siglos XIX y XX)”.

La facultad de control judicial tiene sus limitaciones en que solo se ejerce en un caso concreto planteado por alguien con legitimación suficiente y que solo tiene validez en el caso concreto, sin perjuicio de su ejemplaridad.

Ese Poder Judicial independiente requiere autonomía para gobernar sus propios recursos con la única injerencia del legislativo en materia presupuestaria. No se concibe que representantes de los otros poderes tengan el gobierno del Poder Judicial. Así, frente a los problemas originados por la necesidad de descentralizar las decisiones de gobierno, en el siglo XX la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos diseñó un sistema basado en las Conferencias Judiciales y organismos de gestión y formación dependientes de ellas.²⁸⁶

4. LAS DOS TRADICIONES JURÍDICAS EN LA ARGENTINA

Paradójicamente, las colonias españolas de América formadas en la tradición del Derecho continental europeo que, conforme a este origen adoptaron en materia de Derecho privado la legislación napoleónica, en el Derecho Público siguieron la Constitución Norteamericana. Organizaron su justicia en forma similar y finalmente impusieron, directamente o por vía de interpretación, el control judicial de la constitucionalidad de las leyes.²⁸⁷

En la Argentina el Derecho Público, a mi juicio, abraja en su seno una notable contradicción. Nuestra Constitución tiene su principal fuente en la de Estados Unidos cuya génesis está íntimamente ligada a la tradición del *common law*.

Una de las notas principales es la organización de la Justicia como un Poder del Estado, cuya cabeza es la Corte Suprema, que tiene la facultad de declarar la inconstitucionalidad de los actos del Ejecutivo y el Legislativo siguiendo la tradición anglosajona precedentemente comentada de atribuir la principal fuente del Derecho al accionar de los jueces.

Pero si observamos el desarrollo del Derecho Administrativo vemos que la doctrina y jurisprudencia tiene su sustento principal en la experiencia continental europea, principalmente de Francia y España, donde la Justicia no es un poder del estado en el sentido de tener la facultad de invalidar actos de los otros dos poderes.

En cuanto al Derecho Privado la diferencia es más tenue pues, como dije, ambas tradiciones tienen su tronco común en el Derecho Romano, lo cual se ve claramente en este campo. No obstante, pervive cierta supremacía de la tradición continental en el apego a la ley escrita y los códigos. Nuestras facultades de Derecho, en general, forman sus estudiantes conforme a la tradición continental de primacía de la ley positiva como fuente del Derecho. Aun aquellos juristas enrolados en posturas jusnaturalistas, en sus cátedras, en sus libros, en su método expositivo, en sus programas de estudio y en sus exigencias a los alumnos dan prioridad a la ley positiva. Es cierto que en los últimos años se nota una reacción importante tendiente a relativizar el rango de la ley escrita dentro de las fuentes del Derecho otorgando mayor importancia a la tarea interpretativa judicial, pero se trata de una reacción que, por ahora, no modifica la tendencia expuesta ni supera la contradicción que se manifiesta, especialmente en el Derecho Público, entre la influencia de las dos culturas²⁸⁸.

El choque entre las dos culturas se agudizó, a mi juicio, al finalizar el siglo anterior. La instauración del Consejo de la Magistratura de la Nación tomando antecedentes de modelos europeos fue una de sus manifestaciones más claras. Frente a los defectos en la aplicación del sistema de designación de jueces instaurado en nuestra Constitución de 1853/60, el constituyente de 1994 creó el Consejo con la intención de jerarquizar los nombramientos y darle independencia a la justicia de la influencia partidaria. Ello no se logró porque se imitó los modelos continentales europeos. Este cuerpo extraño, introducido en una Constitución inspirada en su similar norteamericana, lamentablemente produjo el efecto contrario al buscado; no solo porque las leyes que lo reglamentaron violaron el equilibrio entre los estamentos profesionales y los políticos sino también porque al asignarle atribuciones de administración del sistema judicial se introdujo un elemento que afecta la independencia del Poder Judicial pues es elemental que un órgano, para ser independiente, debe gobernar sus recursos materiales y humanos.

²⁸⁶ El autor describió este sistema en una serie de publicaciones bajo el nombre "La Reforma judicial en los Estados Unidos, su historia y manifestaciones actuales: La Ley 1980-D-1134; "Reflexiones sobre la independencia judicial, La Ley 1980-D, 1321; "Formación de Jueces - El Nacional Judicial Collage, La Ley 1981-B-1001; "El Funcionamiento de la Justicia, La Ley-1982-A-848; también puede consultarse Thury Cornejo, Valentín "Sobre el Gobierno del Poder Judicial, en "Tratado de Derecho Judicial, tomo I, Sección 14, Capítulo XXXIII, III.1. "El Modelo Norteamericano", ed. Abeledo Perrot.

²⁸⁷ En nuestro país, la Constitución de 1853/60 no incluye en su texto en forma expresa el control judicial de constitucionalidad. Fue la Corte Suprema de Justicia quien la impuso por vía interpretativa. La reforma de 1994 la estableció expresamente en el art. 43 que reglamenta el amparo al otorgarle al Juez la facultad de declarar la inconstitucionalidad del acto impugnado.

²⁸⁸ La obra del Dr. Rodolfo Vigo ha sido importante en este cambio de paradigma.

5. SÍNTESIS. LA ABOGACÍA EN LAS DOS TRADICIONES

La diferencia entre las dos tradiciones tiene una incidencia fundamental en el sistema judicial atento que incide directamente sobre el perfil del juez la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, pero no puede decirse lo mismo respecto al abogado.

En ambos sistemas los abogados realizan idénticas funciones en su diario trabajo. No debería ser diferente la formación y las habilidades del abogado en uno u otro sistema.

No obstante, tradicionalmente hay algunas diferencias que surgen de la formación de los mismos en las escuelas de Derecho que, a mi juicio, tienen su origen en una diferente concepción del Derecho. Si bien ambas tradiciones tienen un común origen, el Derecho Romano, como dije antes, existe una diferencia en cuanto al método de aplicación. En el Derecho anglosajón la aplicación del Derecho tiene su modelo histórico en el Derecho de la república romana basado fundamentalmente, en la costumbre, donde el abogado no era un jurista sino, más bien, un técnico en la argumentación y la retórica. Por el contrario, en el Derecho Continental, el modelo abreva en el Derecho Romano imperial, en el cual su expresión escrita era un principio fundamental.

Es así como en las facultades de Derecho de los países continentales y en sus colonias de América, el énfasis estaba en la enseñanza de la ciencia jurídica.

Esta diferencia se reflejaba en la imagen de uno y otro abogado. No obstante, la realidad mostraba que en ambos sistemas el abogado requería la aplicación de técnicas y habilidades que acercan su tarea más a un arte que a la aplicación de una ciencia.

En el mundo anglosajón esa forma de ver al abogado se dio en forma más natural. Es así que, tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos, en la primera mitad del siglo XIX, para ser abogado no se requería una formación universitaria sino una enseñanza práctica en técnicas y habilidades como la elocuencia, la expresión escrita, el análisis primordial de los hechos, etc.

En el mundo del Derecho continental, por el contrario, se consideraba fundamental y primordial la enseñanza universitaria en la ciencia jurídica. No obstante, la realidad superaba la teoría y se impuso la necesidad de completar la formación universitaria con períodos de práctica obligatoria o la concurrencia a institutos de formación de abogados post universitarios, lo cual es la realidad actual en todos los países integrantes de la Unión Europea.

En síntesis, hoy el abogado realiza una tarea similar en ambos sistemas. Por consiguiente, los principios básicos de la Ética Profesional son similares.

ENRIQUE V. DEL CARRIL

Abogado (Universidad Católica Argentina). Cofundador y expresidente de FORES. Exdirector y Presidente del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, y miembro de su Comisión de Justicia. Exprofesor de Derecho Civil en la Universidad Católica Argentina y en la Universidad de Buenos Aires. Profesor de Ética Profesional en la Universidad Austral. Ha publicado libros y numerosos artículos sobre la reforma de la Justicia y la educación legal. Miembro del Comité Académico del Programa de Posgrado en Derecho y Magistratura Judicial de la Universidad Austral. Codirector de la investigación “Justicia y Desarrollo Económico” (FORES). Socio de Del Carril, Colombres, Vayo & Zavalía Lagos. Árbitro ad hoc en conflictos de construcción. Profesor FORES. edc@ccvz.com.ar.

Lawyer (Universidad Católica Argentina). Co-founder and former President of FORES. Former Director and President of Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, and member of its Justice Committee. Former professor of Civil Law (Universidad Católica Argentina and Universidad de Buenos Aires). Professor of Ethics (Universidad Austral). Professor at FORES training programs. Co-author of books and several articles on the justice system and legal education. Member of the Academic Committee of the Universidad Austral's Graduate Program in Law and Judiciary. Co-director of the research program “Justice and Economic Development (FORES. Socio de Del Carril, Colombres, Vayo & Zavalía Lagos. Arbitrator in construction conflicts. edc@ccvz.com.ar.

[\(Ir al INDICE\)](#)

III A. SECCIÓN

ENSEÑANZA Y FORMACIÓN DE ABOGADOS



¿LA ÉTICA NO INTERESA?

MARINA ITURBIDE

Resumen: La autora reflexiona sobre la falta de enseñanza de la ética, desde la perspectiva de una experiencia de cuarenta años de ejercicio de la abogacía.

ABSTRACT: *The author reflects on the lack of teaching of Ethics, from a forty-year experience as a practicing lawyer*

PALABRAS CLAVE: abogado; ética profesional; enseñanza de la ética profesional.

KEYWORDS: *lawyer, lawyers" ethics; teaching of Ethics.*

En la Argentina se elaboran encuestas de toda índole con distintos objetivos, promovidas por las más diversas organizaciones y en muchas de ellas se ve incorporado el tema de la confianza en las instituciones.

Los medios de comunicación hablan día a día de falta de transparencia, de corrupción, de falta de ética de los dirigentes, cualquiera sea la esfera a la que se refieran.

Desde sus orígenes el Poder Judicial se mantenía en la cúspide de confianza de los ciudadanos, parecía como un espacio inmaculado dentro del deterioro que se advertía en otras organizaciones.

En una encuesta presentada por la agencia Mora y Araujo en el Foro Anual del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, en agosto de 2004, mostraba que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ocupaba el primer lugar de confianza para el 43 % de los líderes de opinión.²⁸⁹

Sin embargo, con el devenir de los años el más alto tribunal ha perdido ese sitio y esa confianza ha caído al nivel más bajo jamás pensado.

Si los abogados somos colaboradores de la justicia, mal podemos ser ajenos a esta situación. Por el contrario, tenemos un alto grado de responsabilidad; hacemos una tarea conjunta, complementaria. El desprestigio de la justicia es nuestro desprestigio.

El Poder Judicial está integrado fundamentalmente por abogados surgidos de las mismas facultades de Derecho, con los mismos profesores y abrevamos de las mismas fuentes. O sea, tenemos la misma básica formación.

Por eso creo que lo primero que debemos encarar es la necesidad de la enseñanza de la Ética en la universidad. Independientemente que su estudio se haya experimentado en estadios anteriores como sugieren algunos autores.

Cada vez más voces se levantan en reclamo de un mejor servicio de Justicia, pero ese reclamo parece no ser atendido. Si nuestra profesión está degradada, somos los abogados quienes primariamente debemos asumir una actitud de mayor cuidado en la formación universitaria, lo que traerá como natural consecuencia, una mayor calidad en el servicio de justicia y en el ejercicio de la profesión.

Porque la universidad no debe limitarse sólo a preparar técnicos en Derecho.

En nuestro país el problema toma dimensiones mayores, porque no existe un control efectivo de la actuación de los abogados, como existe en otros países donde un celoso cuidado de la profesión está a cargo de los organismos que los nuclea.

Ya en el año 1992, el Dr. Horacio María Lynch señalaba la poca importancia que se le daba en Argentina a la enseñanza de ética en la abogacía.

“Se advierte en muchos países adelantados una gran preocupación por los temas de ética profesional. Esto queda demostrado por la preocupación que la principal organización mundial de abogados, la International Bar Association, tiene sobre el tema.”²⁹⁰

Esa poca importancia que se le sigue asignando a la Ética, -estudio que se remonta por lo menos, a Aristóteles con la Ética a Nicómaco (Siglo IV A.C.)- está demostrada en el espacio que se le atribuye en los planes de estudios universitarios.

²⁸⁹ FORES- Estudios sobre la Administración de Justicia - Argentina Año III- N°3- Febrero 2005.

²⁹⁰ La Enseñanza de la Ética a los abogados. Horacio M. Lynch- LL, 1992- A,656

En muy pocas facultades de Derecho la materia Ética se encuentra comprendida en los programas de estudio.

Un interesante trabajo resultó del I Encuentro de Profesores y Alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, cuya temática fue: ¿Qué Derecho queremos? ¿Qué Derecho enseñamos? ¿Qué Derecho aprendemos?²⁹¹

En sus conclusiones y en lo atinente a la Ética Profesional, señalaron entre otras cuestiones que era necesario poner énfasis en la enseñanza de la ética como materia o en transmitir esos valores desde cada una de las materias.

Actualmente la enseñanza de la Ética en forma atomizada en la Facultad está ausente y no se estudian las leyes éticas existentes.

Esto demuestra que los mismos alumnos están reclamando una mayor atención a esta área.

Cada día se incorporan nuevas herramientas y formas del ejercicio profesional, lo que significa que se planteen nuevos desafíos en los que la Ética está presente.

A modo de ejemplo solamente señalamos la aparición de Internet, con toda la revolución que ese descubrimiento ha generado y con ello, las nuevas conductas éticas.

*“El informe del Grupo Europeo de Ética (en adelante, GEE) sobre la ética de las tecnologías de la información y la comunicación tiene como objetivo proporcionar un punto de referencia para guiar la agenda digital para Europa, que es la estrategia de la Unión Europea para facilitar un crecimiento económico sostenible de las tecnologías”.*²⁹²

La revolución digital es quizá la más visible y a partir de la cual se van modificando día a día conductas del comportamiento social.

Partimos de la base de que hay innumerables definiciones de ética, brindadas desde el Derecho, la Psicología, la religión, la Filosofía etc., y a su vez un sinnúmero de dilemas éticos que se plantean, pero para el caso podemos adoptar la síntesis que considera dilema ético a toda situación en la que se presente un conflicto de diferentes valores y las diferentes opciones de actuación.

Y en nuestra profesión estas circunstancias se plantean cotidianamente. Sin embargo, insisto, hoy en nuestro país no se le asigna el lugar que debiera tener en la formación del abogado.

Si el problema de la ética está instalado en el reclamo de una sociedad que espera de sus dirigentes -y en nuestro análisis en particular de los jueces y abogados- conductas ejemplares, ¿cómo es que, desde las más altas casas de estudio, las universidades y de los espacios más elevados de la formación intelectual (¿y espiritual?) de las personas, este tema no se le dé la importancia que merece y que hoy es una necesidad imperiosa en una sociedad en deterioro?

LOS DESAFÍOS

Aparentemente habría diversos factores que incidirían para que Ética no sea una asignatura dentro de la currícula de la mayoría de las facultades de Derecho en la República Argentina.

A modo de pequeños ejemplos: hay quienes sostienen que la Ética no se enseña, se practica. Pero esto tiene como contrapartida que es muy difícil practicar algo que no se conoce, por lo que resulta necesario -previamente- enseñar conductas éticas.

También advierten que no es fácil la enseñanza, lo que puede ser atendible, pero no porque no sea fácil, no se deba afrontar, señalando como algunos de los escollos, quién estaría capacitado para transferir conocimientos de Ética. También este cuestionamiento tiene su respuesta. Creo que lo puede hacer quien tenga la suficiente solvencia intelectual y moral, como para transmitir a los futuros colegas sus experiencias y sus conocimientos, logrados después de muchos años en el ejercicio de la profesión. Al respecto tendremos mucho para aprender de abogados que han ganado su prestigio y su honor en el ejercicio de la profesión. Y por qué no, también profesionales de otras disciplinas puedan brindar enseñanza como filósofos, psicólogos etc. Complementos necesarios para una formación integral, más amplia del abogado, que no quede limitado al análisis del Derecho positivo.

Se ha objetado también cuál sería la temática, pues si bien la Ética es diferente a la Moral, debemos reconocer que muchas veces son términos que quedan enredados.

“Para que alguien reconozca como problemas muchos de los planteados por la Ética, debe poseer una educación moral previa que permita reconocerlos”²⁹³.

²⁹¹ (<http://www.Derecho.uba.ar/publicaciones/>)

²⁹² Universidad Oberta de Catalunya y Universidad de Los Andes de Colombia <https://rusc.uoc.edu/rusc/es/index.php/rusc/article/view/v12n2-olcott-carrera-gallardo-gonzalez/2615.html>

²⁹³ La Enseñanza Universitaria de la ética. Margarita Mauri - Fac de Filosofía - Universidad de Barcelona

Asimismo, se ha señalado que la Ética debe enseñarse desde la práctica. La sola teoría no podrá ser suficiente en un área donde hay tantos valores subjetivos en juego. La experiencia indica que la técnica de casos es una excelente herramienta para el trabajo de reflexión y análisis crítico del alumno. El tradicional Dilema de Heinz es el paradigmático caso práctico que pone en evidencia las dudas éticas de una situación con aristas complejas.²⁹⁵

Son diversos los enfoques sobre los que se puede encarar el análisis de la Ética. Aquí sólo esbozo la necesidad de su enseñanza para todos los estudiantes de Derecho.

Estas inquietudes, que como dijera, son producto de muchos años de ejercicio de la profesión parecieran encontrar un muy buen camino iniciado desde el Ministerio de Justicia de la Nación que en noviembre de 2019 presentó un exhaustivo trabajo de investigación “La Abogacía en la Argentina-. Su Enseñanza, Investigación y difusión. Relevamientos, análisis del estado de situación”²⁹⁶.

Entre los diversos tópicos analizados está “La formación de los operadores jurídicos en la República Argentina: un análisis de los planes de estudio vigentes a la luz de las áreas de vacancia de la Abogacía”.

Dentro a las denominadas áreas de vacancia está la Ética Profesional tanto en universidades privadas como en públicas.

Este relevamiento y su análisis permiten cierto optimismo, por cuanto pueden significar el basamento y punto de partida indispensable para la puesta en marcha de la incorporación de la Ética en la currícula en la totalidad de las facultades de Derecho del país, como se viene proponiendo.

CONCLUSIÓN

Dado el desprestigio de la profesión en sus distintas esferas resulta evidente que la formación deviene imprescindible para el desempeño profesional de los abogados, ya sea para el ejercicio libre de la profesión como para el ejercicio de la judicatura.

La sociedad reclama cada día con más fuerza una conducta para la que -aparentemente por los resultados-, no todos los abogados están preparados.

Ninguna de las objeciones esbozadas para su implementación puede impedir que se trate debidamente la Ética como asignatura obligatoria en todas las facultades del Derecho del país.

Para ello se podrá recurrir a la experiencia de aquellas facultades que ya tienen incorporada la asignatura a la currícula, como así también instalar el tema, generar debates y fundamentalmente continuar la tarea emprendida por el Ministerio de Justicia, ejecutando los desafíos planteados en el trabajo de investigación “La Abogacía en la Argentina”.

Por el momento debemos concluir que a la mayoría de las facultades de Derecho les queda una asignatura pendiente.

MARINA ITURBIDE

Abogada (Universidad del Museo Social Argentino). Ex docente adscripta en Práctica Profesional, Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires y Derecho Privado I, Carrera de Traductorado de Idiomas dependiente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Miembro de FORES- Artista plástica de arte contemporáneo. estudioiturbide@gmail.com

Marina Iturbide. Lawyer (Universidad del Museo Social Argentino). Former professor of Professional Practice (Universidad de Buenos Aires) and of Private Law (Universidad de Buenos Aires, Translation School). Member of FORES. Contemporary art painter. estudioiturbide@gmail.com

[\(Ir al INDICE\)](#)

²⁹⁵ <https://experimentos.dinamicasgrupales.com.ar/el-dilema-de-heinz/>

²⁹⁶ Dirección Nacional de Relaciones con la Comunidad Académica y la Sociedad Civil- Subsecretaría de Asuntos Penitenciarios y Relaciones con el Poder Judicial y la Comunidad Académica- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos- Presidencia de la Nación.

LA ENSEÑANZA UNIVERSITARIA DE LA ÉTICA PROFESIONAL EN ARGENTINA

JUAN MARCOS PUEYRREDÓN, GUILLERMINA FEDERIK Y LUCÍA M. TRAVERSO)

Resumen: Los autores revisan los planes de estudio de varias facultades de Derecho de la Argentina para verificar si ofrecen cursos de Ética, tanto general como profesional, y el método de estudio que aplican.

ABSTRACT: *The authors review the syllabuses of many law schools of Argentina to check if they offer courses on Ethics, both general and professional, and the study method they apply.*

PALABRAS CLAVE: abogado; ética profesional; estudios de Derecho.

KEYWORDS: *lawyer; lawyers' ethics; Law studies.*

I.- INTRODUCCIÓN Y CRITERIOS DE EVALUACIÓN

La finalidad del presente trabajo ha sido analizar si en las carreras de grado de abogacía de algunas de las más importantes universidades del país se enseña la asignatura Ética Profesional o equivalente y, en caso afirmativo, cuáles son sus principales contenidos y cuál es su método de enseñanza.

Para ello, se han analizado los planes de estudio de cada una de las Facultades, como así también los programas de Ética Profesional de las distintas cátedras, seleccionando por razones de extensión uno en cada caso por facultad.

Para el análisis de los programas y un juicio de valor sobre sus contenidos se han tenido en cuenta tres cuestiones fundamentales, que en nuestra opinión no pueden ser dejadas de lado en un programa de Ética Profesional de Abogados y que son los siguientes:

1. El estudio de la Ética o Moral en general como ciencia práctica ordenada al bien del hombre, los criterios para determinar la moralidad de los actos humanos y las virtudes morales en la Ética realista. El estudio de otras corrientes de Filosofía Moral. El Derecho como ciencia subalternada a la moral. Características comunes y diferencias. El Derecho natural y el Derecho positivo, la politicidad del Derecho, el Derecho como ciencia, como arte y como saber jurídico prudencial.

2. El estudio de la Ética Profesional propiamente dicha, que incluye las profesiones jurídicas, en especial, el abogado y el juez, su razón de ser, su origen y su realidad actual. El principio de la justa causa, en materia penal y civil y la aplicación de las normas deontológicas, en especial el Código de Ética. Las obligaciones del abogado frente al colegio en el servicio de justicia, las obligaciones frente al cliente (celo, saber y dedicación, información y veracidad, secreto profesional, y conflicto de intereses) y en su actuación por ante la justicia (verdad jurídica objetiva y dolo procesal, temeridad y malicia, expresiones agraviantes, dignidad y ecuanimidad en el desempeño profesional). Se incluye también en esta parte el gran tema del acceso a la justicia, los métodos alternativos de solución de conflictos, los honorarios profesionales y el trabajo *pro bono*. Por último, se incluye también en este capítulo, la ética judicial, la función y misión del juez, los principios de ética judicial y las normas jurídicas y éticas que rigen la conducta del juez.

3. En el método de enseñanza debe haber un justo equilibrio entre la exposición teórica (de los temas de la parte general y específica) y la práctica que se lleve a cabo. Así, deberían incluirse casos simulados o reales que traten las cuestiones aprendidas de forma teórica y las situaciones concretas que se le pueden plantear al profesional o al juez en su relación con las normas ético-jurídicas que rigen su conducta.

II. ANÁLISIS DE LOS PROGRAMAS

Se distingue entre aquellas facultades de Abogacía que no tienen en su plan de estudios la asignatura Ética Profesional y aquellas otras que sí la tienen, diferenciando, entre estas últimas, las que cumplen de una manera acabada en sus programas con los tres aspectos mencionados anteriormente y las que los cumplen solo de un modo parcial.

II. A). Programas que cumplen acabadamente con los criterios

Programa de Ética Profesional de la Universidad Católica Argentina²⁹⁸

Entre los objetivos se establece que es menester que:

“el alumno logre meditar sobre el sentido de su vocación desde una perspectiva que incluya la ley natural, el magisterio de la Iglesia y el desarrollo de las virtudes propias de la abogacía”.²⁹⁹

Asimismo, se trabaja la idea del abogado como quien desarrolla “la búsqueda de la justicia concreta” y siente “pasión por la justicia”, explicando también el concepto de justa causa tanto en materia penal como en materia civil.³⁰⁰ Esto es, como señalábamos, fundamental: es necesario que el abogado comprenda la vinculación intrínseca que hay entre su labor y la Justicia.

Analiza el concepto de abogacía como arte y como saber jurídico prudencial. Distingue, asimismo, la posible confusión entre moral y técnica³⁰¹.

El enfoque del dictado es, como sugiere el Manual de la Universidad Torcuato Di Tella,³⁰² introducir “lo teórico” a través de la práctica. Así, se trabaja sobre casos reales (locales y extranjeros) a fin de que los alumnos expongan cómo actuarían en esos casos. De esta forma, los alumnos realizan trabajos prácticos que versan sobre el análisis de casos judiciales, ubicación normativa de los problemas planteados, evaluación de las sanciones impuestas, y comparación entre las normas del Código de Ética del Colegio Público de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y del Código de Ética del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires.

Por último, se busca que los alumnos reflexionen sobre los problemas principales de la ética del abogado³⁰³ se hace referencia a los deberes fundamentales en el ejercicio de la abogacía (deberes de lealtad, probidad, buena fe) y también los deberes de decoro y dignidad.

Se estudia en una bolilla específica³⁰⁴ el concepto de secreto profesional, el conflicto de intereses y se desarrolla un estudio de casos controversiales (reales) en esa materia. Se trabaja sobre los deberes de ecuanimidad en el trato con los colegas y de fidelidad con el propio cliente.

Programa de Ética Profesional de la Universidad Austral³⁰⁵

En él se desarrollan las relaciones entre la ciencia jurídica y la moral de sus operadores, la abogacía como ciencia y como arte y las virtudes y los vicios de los abogados.³⁰⁶ En nuestra opinión, sería conveniente realizar un análisis conceptual más detallado de las relaciones entre la Moral y el Derecho, sus características comunes y sus diferencias.

El programa desarrolla en forma excelente las normas de la ética de la abogacía, las obligaciones frente al colegio y la jurisprudencia del Tribunal de ética del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal.³⁰⁷ Resultaría conveniente analizar también las normas del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires.

Se estudian los principales deberes del abogado con el cliente; el deber de fidelidad, el secreto profesional, el conflicto de intereses y las diferentes situaciones concretas que se plantean a la luz de la jurisprudencia, lo cual se condice con lo propuesto en el Manual de la Universidad Torcuato Di Tella^{308/309}.

Es interesante el desarrollo que se da de la función institucional del abogado como auxiliar de la Justicia: el deber de evitar los pleitos y los modos alternativos de solución de conflictos. Adicionalmente, se dictan correctamente los principios de temeridad y malicia y de dignidad y ecuanimidad en el trato³¹⁰. Creemos que sería conveniente, en el tema de la aceptación y elección de casos, un mayor desarrollo del principio de la justa causa.

Se desarrolla en forma específica la función del abogado en el proceso penal, la del defensor oficial y la del abogado en la función pública, examinando los distintos problemas éticos que cada una de ellas plantea.

²⁹⁸ La materia se dicta en el 5to y último año de la carrera de abogacía.

²⁹⁹ Objetivos Programa de Ética Profesional - UCA - 2020 - Dr. De Martini. En línea: <http://uca.edu.ar/es/facultad-de-Derecho/alumnos> [consultado el 18.09.2020].

³⁰⁰ Unidad I Programa de Ética Profesional - UCA - 2020 - Dr. De Martini.

³⁰¹ Unidad I Programa de Ética Profesional - UCA - 2020 - Dr. De Martini.

³⁰² Guía Modelo Di Tella - Ética profesional y Derecho, cuadernillo para docentes UTDT [en línea: <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/files/original/23/1695/etica-profesional-Derecho-docentes.1.pdf> consultado el 18.09.20].

³⁰³ Unidades III y IV Programa de Ética Profesional - UCA - 2020 - Dr. De Martini.

³⁰⁴ Unidad VII Programa de Ética Profesional - UCA - 2020 - Dr. De Martini.

³⁰⁵ La materia se dicta en el 5to y último año de la carrera de abogacía.

³⁰⁶ Estas cuestiones son tratadas en la Unidad I del Programa de Ética Profesional - Univ. Austral - 2020 - Dr. Del Carril.

³⁰⁷ Unidad II Programa de Ética Profesional - Univ. Austral - 2020 - Dr. Del Carril.

³⁰⁸ Ética profesional y Derecho, cuadernillo para docentes - UTDT.

³⁰⁹ Unidad III Programa de Ética Profesional - Univ. Austral - 2020 - Dr. Del Carril.

³¹⁰ Unidad IV Programa de Ética Profesional - Univ. Austral - 2020 - Dr. Del Carril.

Así, por ejemplo, se estudia la función judicial³¹² y sus principios (honestidad, capacitación permanente, etc.).

Finalmente, se trabaja en profundidad el tema de los honorarios profesionales como sustento de su actividad profesional. Se estudian sus clases, los distintos deberes que conlleva y la cuestión de la participación de honorarios. Es importante destacar que se estudia el trabajo pro bono y el deber de solidaridad³¹³.

Programa de Ética Profesional de la Universidad Católica de Córdoba

El Plan de Estudios establece junto con las asignaturas puramente jurídicas, materias de formación filosófica y teológica, y la posibilidad -en los dos últimos años de la carrera- de realizar prácticas profesionales supervisadas³¹⁴.

En cuanto a la enseñanza de la Ética Profesional, del programa de la materia surgen dos grandes subdivisiones mediante las cuales los alumnos, primeramente, estudiarán la ética desde sus fundamentos y recién luego se adentrarán en la Ética Profesional y la regulación jurídica de la misma. El método pedagógico, por lo tanto, parece estar orientado a introducir al alumno desde las cuestiones más generales hacia las más específicas siguiendo un recorrido lógico y profundo, sin perder sus raíces católicas³¹⁵.

Estudiarán, por lo tanto, los “deberes y faltas de ética consagradas en el Derecho positivo”³¹⁷, el secreto profesional y la independencia del abogado, el problema de la aceptación de causas injustas y las cuestiones éticas vinculadas con los honorarios, sin descuidar la debida reflexión sobre el obrar humano y la concepción del hombre como ser mora”.

Destaca por sobre todo, sin embargo, que antes de adentrarse al estudio pormenorizado de los deberes abogadiles, se dediquen dos bolillas del programa a explicar el concepto de profesión, de abogado y a introducir los deberes éticos generales para culminar con “la estructura del acto moral jurídico profesional”³¹⁹.

Resta analizar la ausencia de casos prácticos dentro del programa de la materia que, si bien puede entenderse suficientemente abarcado con la cantidad de prácticas profesionales que ofrece desde temprano la carrera, lo cierto es que dichas prácticas no garantizan necesariamente la reflexión ética sobre las mismas. Los casos, en efecto, no tienen la finalidad de desarrollar herramientas técnicas -como sucede durante la ejercitación forense- sino acrecentar la capacidad de los alumnos de discernir y solucionar conflictos éticos.

Finalmente, se destaca como un elemento positivo y diferenciador que los alumnos realicen una visita al Tribunal de Disciplina, pudiendo mantener una charla con los funcionarios de dicho organismo³²⁰.

Programa de Ética Profesional de la Universidad Católica de Salta

La asignatura está el último año de la carrera³²¹, y es correlativa de Práctica Profesional,³²² un acierto desde el punto de vista didáctico por cuanto los alumnos deben tener algún contacto con la práctica para poder imaginarse los conflictos éticos que el ejercicio profesional acarrea.

Ya dentro del programa de la materia, se organiza el dictado de la misma en tres núcleos: “deontología general”, “deontología jurídica” y “deontología de las profesiones jurídicas”. Por lo que, al igual que la Universidad Católica de Córdoba, el programa sugiere un itinerario que parte desde lo más abstracto -fundamentos- hacia lo más concreto -deberes y conflictos particulares- sin perder la conexión entre uno y otro extremo.

En cuanto a las leyes que reglamentan la ética en el ejercicio de la profesión, su estudio está concentrado en torno a dos unidades. La más importante - “moral en el Derecho positivo argentino”- desarrollará dichas normas jurídicas desde la Constitución Nacional y los tratados internacionales, pasando por los códigos de fondo y los procesales, hasta llegar a las leyes que reglamentan la ética profesional³²³. Pero también se dedicará una unidad completa a la “Deontología en la función judicial” donde se estudiarán las leyes que reglamentan la ética judicial.

³¹² Unidad VI Programa de Ética Profesional - Univ. Austral - 2020 - Dr. Del Carril.

³¹³ Unidad V Programa de Ética Profesional - Univ. Austral - 2020 - Dr. Del Carril.

³¹⁴ Bajo la órbita de la Facultad, funciona el Consultorio Jurídico Notarial Gratuito Pedro Arrupesj. Que “...brinda un servicio de asesoramiento técnico sobre distintos problemas a quienes carecen de medios para afrontar las consultas”. Plan de carrera, UCC, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales [en línea: <https://www2.ucc.edu.ar/archivos/documentos/Derecho/insert-abogacia-2020.pdf> consultado el 17.09.20].

³¹⁵ Esto así por cuanto uno de los autores más utilizados en la bibliografía obligatoria de cada unidad es Jesuita (Padre Gustavo Casas S.J.).

³¹⁷ Unidad X Programa de Ética (00395), UCC, 2008, cátedra A.

³¹⁹ Unidad IX Programa de Ética (00395), UCC, 2008, cátedra A.

³²⁰ Trabajos Prácticos Ética (00395), UCC, 2008, cátedra A.

³²¹ Plan de carrera, UCASAL, 2019 [en línea: <http://ucasal.edu.ar/hm/ciencias-juridicas/pdf/16-1plan.pdf> consultado el 17.09.20].

³²² Plan de carrera, UCASAL, 2019.

³²³ Unidad V Programa de Deontología Jurídica, UCASAL, 2018, Prof. Jorge Ramón Montenegro.

Respecto de esto último, es destacable que el programa no sólo abordará los problemas éticos dentro de la función judicial, sino también en el ejercicio liberal de la profesión y bajo dependencia,³²⁴ e incluso ciertos deberes dentro de la función pública.³²⁵ Asimismo, se estudiará al Colegio Público de Abogados, sus competencias y el principio de colegialidad en sí mismo y su justificación constitucional.³²⁶

Dentro de la metodología de enseñanza, se nombra el “estudio de casos”³²⁷ que, aunque no son susceptibles de análisis porque no están anexados al programa, sugieren una exposición y estudio equilibrado desde el punto de vista teórico-práctico.

Asimismo, es dable advertir que la evaluación parcial se centra sobre una parte importante del programa -deontología general-³²⁸ pero que no garantiza el aprendizaje sobre aquello que es central, esto es, la ética profesional de la abogacía³²⁹.

Programa de Ética Profesional de la Universidad Torcuato Di Tella

Cabe mencionar en primer lugar que esta universidad desarrolló el ya mencionado Manual de Ética Profesional para los docentes de todo el país, bajo el Programa de Formación en Áreas de Vacancia de la Abogacía del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Dentro de ese marco y en concordancia con el nombrado cuadernillo, la asignatura Ética Profesional de la Facultad propone un orden diferente, presumiblemente, con el fin de adecuarlo a los tiempos reales de dictado.

Desde el planteo de los objetivos, se enumera el estudio de la legislación vigente en comparación con otros ordenamientos jurídicos³³¹ -lo cual ayuda a los alumnos a analizar la normativa con espíritu crítico- y el tratamiento de los principales problemas éticos de la profesión -confidencialidad, conflicto de intereses, acceso y distribución de recursos legales, etc.- a través de casos hipotéticos o reales que al encontrarse expuestos en detalle en el nombrado manual, son susceptibles de evaluación respecto a su idoneidad.³³²

El enfoque de la asignatura sobre estos problemas, por otra parte, se encuentra respaldados por la sección introductoria de la materia -de porte teórico-, o el dictado de una clase especial que introduzca los posibles fundamentos especulativos del próximo conflicto a tratar, o por una bibliografía adecuada.

Un aspecto para considerar en el programa es la falta de una parte introductoria a los fundamentos de la ética general. La asignatura supone que los alumnos conocen o ya han examinado la Filosofía Moral que -como el propio Manual señala- “resulta especialmente importante a la hora de abordar un curso de ética profesional”³³³.

El Manual de Ética profesional para docentes de la Universidad Torcuato Di Tella

Merece un tratamiento diferenciado. El Manual surgió con la finalidad de mostrar diferentes maneras de enfocar los temas a tratar de la ética profesional, advertir sobre el núcleo central de los mismos, proponer casos idóneos para estudiarlos, acercar bibliografía complementaria para el profesor, proponer ejercicios, entre otros³³⁴. Es decir, el objetivo es brindar una herramienta útil para orientar y ayudar al dictado de la materia Ética Profesional en las universidades.

Con tal propósito, el cuadernillo recorrerá de forma ordenada una estructura que comienza desde lo más abstracto hasta llegar a lo más concreto. En efecto, la materia se iniciaría con una parte introductoria sobre Filosofía Moral³³⁵ -que puede omitirse si los alumnos ya la conocen- y seguirá con el estudio de la Ética orientada a la profesión³³⁶. Ello servirá de base para la unidad central del programa -“Concepciones de la ética profesional de la abogacía”-³³⁷ en la cual se estudiará, principalmente, cuál es el rol del abogado en la sociedad y cuál frente al cliente. Después, se seguirá una unidad de contextualización de la profesión en la actualidad³³⁸ y el primer acercamiento sobre su regulación legal.³³⁹ Sólo en las últimas unidades los

³²⁴ Unidad VII Programa de Deontología Jurídica, UCASAL, 2018, Prof. Jorge Ramón Montenegro.

³²⁵ Unidad V Programa de Deontología Jurídica, UCASAL, 2018, Prof. Jorge Ramón Montenegro.

³²⁶ Unidad IX Programa de Deontología Jurídica, UCASAL, 2018, Prof. Jorge Ramón Montenegro.

³²⁷ Metodología Programa de Deontología jurídica, UCASAL, 2018, Prof. Jorge Ramón Montenegro.

³²⁸ Evaluación Programa de Deontología Jurídica, UCASAL, 2018, Prof. Jorge Ramón Montenegro.

³²⁹ Si los trabajos prácticos que establecieron como obligatorios suplen adecuadamente esta carencia dependerá de numerosos factores que exceden la capacidad del presente análisis.

³³¹ Objetivos Programa Ética Profesional, UTDT, 2020, Prof. Eduardo Rivera López.

³³² Programa Ética Profesional, UTDT, 2020, Prof. Eduardo Rivera López.

³³³ Ética profesional y Derecho, Cuadernillo para Docentes, UTDT, 2017, Director Eduardo Rivera López, pág. 7.

³³⁴ Ética profesional y Derecho, Cuadernillo para Docentes, UTDT, 2017, Director Eduardo Rivera López, pág. 4.

³³⁵ Ética profesional y Derecho, Cuadernillo para Docentes, UTDT, 2017, Director Eduardo Rivera López, pág. 7.

³³⁶ Ética profesional y Derecho, Cuadernillo para Docentes, UTDT, 2017, Director Eduardo Rivera López, pág. 19.

³³⁷ Ética profesional y Derecho, Cuadernillo para Docentes, UTDT, 2017, Director Eduardo Rivera López, pág. 29.

³³⁸ Ética profesional y Derecho, Cuadernillo para Docentes, UTDT, 2017, Director Eduardo Rivera López, pág. 41.

estudiantes serán conducidos hacia las problemáticas específicas del ejercicio de la abogacía, como por ejemplo el conflicto de intereses, la regulación de honorarios, la elección de los clientes.

Con todo, lo más notable del programa son las herramientas y recomendaciones didácticas que se brindan al docente, en cuanto a la ejercitación y también en lo relativo a cómo comenzar cada una de las unidades para que los alumnos entiendan con facilidad los temas con un espíritu crítico. Destaca, en tal sentido, los numerosos casos que brindan como propuesta de cada unidad y las preguntas orientativas que sugieren para su discusión.

II. B). Programas que cumplen con algunos de los criterios de evaluación

Programa de Ética Profesional de la Universidad Nacional de San Luis³⁴⁰

Tiene la asignatura en el tercer año de la carrera y, si bien cuenta con la mayoría de los criterios (entre ellos; principios, abogado en distintas funciones, hace referencia al Magisterio de la Iglesia, etc.), no analizan casos prácticos ni jurisprudencia, ni las problemáticas frecuentes del ejercicio profesional (honorarios, conflicto de intereses, etc.). Por todo ello, entendemos que tiene un enfoque demasiado teórico.

Programa de Ética Profesional de la Universidad Nacional de Córdoba³⁴¹

La asignatura está en el quinto año de la carrera. No analizan casos prácticos ni jurisprudenciales, pero sí tienen un buen estudio de la reglamentación de la ética profesional (estudian la Ley de Ética Provincial y el Código para Magistrados del Poder Judicial de Córdoba, entre otras normas). Este programa trabaja también ciertas cuestiones importantes desde un punto de vista ético (Bioética y Derechos Humanos), pero no vinculadas con la ética del profesional en particular.

Programa de Ética Profesional de la Universidad del Salvador³⁴²

Tiene la materia en el tercer año de la carrera y, si bien cumple con varios de los criterios importantes que hemos considerado (como estudiar los principios y fundamentos de la ética, vincular la profesión con la Justicia y analizar los códigos de ética que la regulan), el modo de enseñanza termina siendo excesivamente teórico. Consideramos que sería conveniente un enfoque más práctico con análisis de casos. Asimismo, creemos que resulta conveniente la enseñanza de esta asignatura en los últimos años de la carrera, porque así los alumnos cuentan con mayor experiencia y pueden plantearse sus propias dudas del ejercicio diario de la profesión.

II. C). Facultades que no tienen ética profesional o que ésta no reúne los contenidos mínimos

En el plan de estudios de la Universidad de San Andrés³⁴³

No hay una asignatura Ética Profesional o equivalente. Solamente hay un taller de Práctica Profesional en cuarto año de la carrera, orientado principalmente a que los alumnos conozcan la profesión de abogado en sus distintas modalidades y quehaceres a través de entrevistas con abogados con experiencia, como también a la adquisición de herramientas útiles para el ejercicio profesional (oratoria, negociación, etc.). Dentro del programa se menciona una Jornada sobre Ética Profesional organizada en forma conjunta con el Colegio de Abogados y la Universidad de San Isidro, como así también una entrevista con la Comisión Pro-Bono del Colegio de la Ciudad.

En el plan de estudios de la Universidad de Buenos Aires³⁴⁴

No hay una asignatura Ética Profesional o equivalente. Existe, sí, un Departamento de Práctica Profesional que proporciona una formación teórico-práctica a los alumnos y ofrece un servicio a la comunidad a través del Consultorio Jurídico Gratuito. Esta doble función es desempeñada por el Centro de Formación Práctica que tiene a su cargo la organización de las actividades del consultorio, Patrocinio Jurídico y Práctica Profesional, a través de los cuales se brinda formación práctica a los alumnos.

El Ciclo de Práctica Profesional dura un año y es obligatorio para el alumno. Si bien se presume que a lo largo de toda la práctica los profesores seguramente desarrollan algunos contenidos de ética profesional, no existe, como se ha dicho, una asignatura diferenciada que incluya los contenidos básicos de la misma.

³³⁹ Ética profesional y Derecho, Cuadernillo para Docentes, UTDT, 2017, Director Eduardo Rivera López, pág. 53

³⁴⁰ [en línea: http://cargaprogramas.unsl.edu.ar/public_view.php?p=31551 consultado el 18.09.2020]

³⁴¹ [en línea: <http://secretarias.unc.edu.ar/Derecho/programas/abogacia/semestre-10/etica/Etica.doc/view> consultado el 18.09.2020]

³⁴² [en línea: http://juri.usal.edu.ar/archivos/juri/docs/centro_etica_profesional_com._d.pdf, consultado el 18.09.2020].

³⁴³ [en línea: <https://www.udesa.edu.ar/> consultado el 18.09.2020].

³⁴⁴ [en línea: <http://www.Derecho.uba.ar/> consultado el 18.09.2020].

En la Universidad Católica de La Plata³⁴⁵

Se incluyó, en el 2018, el Seminario de Ética Profesional, que aún no se cuenta implementado.

La Universidad Nacional de La Plata³⁴⁶

No tiene una asignatura de Ética Profesional o equivalente. Sin perjuicio de ello, se enseñan contenidos de en la asignatura Adaptación Profesional de Procedimientos Civiles y Comerciales en cuarto año.

En la Universidad de Belgrano³⁴⁷

La asignatura se denomina Ética y es dictada en el segundo año de la carrera. Si bien se desarrollan algunos contenidos vinculados con la ética profesional el enfoque es puramente teórico, sin trabajar las diferentes problemáticas morales que se le plantean al profesional (secreto profesional, conflicto de intereses, entre otros). La falta de experiencia profesional de los alumnos dificulta que ellos comprendan la aplicación práctica de la materia.

La Universidad Nacional de Cuyo³⁴⁸

No cuenta con una materia de ética profesional dentro de su plan de carrera. Sin embargo, en las materias de práctica profesional supervisada I, II y III los alumnos estudiarán ciertos contenidos mínimos como el Código de Ética de Abogados y Procuradores o se propondrá como objetivo general de la materia la “evaluación axiológica de las diversas interpretaciones que la norma permite efectuar, con desempeño humanístico y ético”. Sin embargo, dicho tratamiento no es suficiente para brindar un conocimiento suficiente de la ética profesional.

La Universidad Nacional de Rosario³⁴⁹

Tampoco cuenta con una asignatura de Ética Profesional. En otras materias del plan de carrera, como por ejemplo Introducción al Derecho o Introducción a la filosofía y a las ciencias sociales, los alumnos podrán estudiar ciertas cuestiones teóricas vinculadas a la ética (relación entre Derecho y Moral, el concepto de ética en determinados autores, las diversas funciones del abogado -judicial, funcionario público, servicio exterior, etc.-, el concepto de “valor” o “axiología”, entre otros). Sin embargo, dichos conocimientos sólo constituyen una base sobre la cual, luego, se podría dictar una materia de Ética Profesional.

III. CONCLUSIONES

En primer lugar, del relevamiento efectuado encontramos que hay varias facultades de abogacía de universidades públicas y privadas en el país en las que no se enseña en la carrera de grado como asignatura independiente ética profesional o equivalente o se la enseña solo en forma parcial.

Sería a nuestro entender muy valioso para la profesión, que todas las facultades de abogacía de las distintas universidades del país incluyeran en su plan de estudios la asignatura Ética Profesional (cuya denominación más apropiada es esta o Ética Social y Profesional) a ser dictada en el último año de la carrera de abogacía o en el anterior, pues su cabal comprensión por el alumno requiere de un conocimiento acabado de las diversas ramas del Derecho.

Asimismo, consideramos que la asignatura debe incluir una parte introductoria dedicada a la Ética en general y sus fundamentos, y otra dedicada a la Ética Profesional propiamente dicha. Los contenidos de la primera parte podrán ser menores si los alumnos ya han estudiado dichos contenidos en otra asignatura de la carrera (como podrían ser Ética, Filosofía del Derecho, entre otras).

Es importante destacar que, a fin de que la educación del alumno sea realmente integral, los contenidos de Ética Profesional deberían ser transversales a todo el plan de estudio de Abogacía. De este modo, los problemas ético-jurídicos que se plantean en la profesión podrían ser analizados en cada una de las asignaturas jurídicas acordes con su propia especificidad.

Como sostuvimos en la introducción, creemos que en la metodología de enseñanza debe haber un equilibrio entre lo teórico y lo práctico, a fin de que los alumnos puedan ver ejemplos de aquello que estudiaron en la teoría.

Por último, para una correcta enseñanza de la asignatura, debe ponerse especial énfasis en la responsabilidad del abogado y del juez con la sociedad y con el bien común político. Por ello, es importante recordar siempre la íntima unión entre Derecho y Justicia.

³⁴⁵ [en línea: <https://www.ucalp.edu.ar/carrera/abogacia/> consultado el 18.09.2020].

³⁴⁶ [en línea: <https://unlp.edu.ar/> consultado el 18.09.2020].

³⁴⁷ [en línea: <http://www.ub.edu.ar/index.php/facultad-de-Derecho-y-ciencias-sociales/abogacia> consultado el 18.09.2020].

³⁴⁸ Universidad Nacional de Cuyo [en línea: <http://Derecho.uncuyo.edu.ar/programas-de-estudio> consultado el 19.09.20].

³⁴⁹ Universidad Nacional de Rosario [en línea: <https://www.fder.unr.edu.ar/contenidos-grado/> consultado el 19.09.20].

JUAN MARCOS PUEYRREDÓN

Abogado (Universidad de Belgrano). Posgrado en Derecho de Alta Tecnología (Universidad Católica Argentina). **Datos de contacto** jmarcospuey5@gmail.com

Lawyer (Universidad de Belgrano). Postgraduate in High Technology Law (Universidad Católica Argentina).

GUILLERMINA FEDERIK

Abogada (2020) Pontificia Universidad Católica Argentina. Doctorado en Ciencias Jurídicas en curso, en la misma institución. Docente adscripta cátedra de Filosofía del Derecho. Investigadora IUS de la Facultad de Derecho de la UCA. **Datos de contacto** gui.federik@gmail.com

LUCÍA MARÍA TRAVERSO

Abogada (2019) egresada de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Doctoranda en Ciencias Jurídicas por la misma institución. Docente adscripta de la Facultad de Derecho de la UCA en las asignaturas Introducción al Derecho, Filosofía del Derecho, y Ética Profesional. Investigadora IUS de la Facultad de Derecho de la UCA. **Datos de contacto** luciatraverso@uca.edu.ar

[\(Ir al INDICE\)](#)

SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE LA ÉTICA DE LA ABOGACÍA Y DE LA MEDICINA

RAÚL A FARIAS Y LUCÍA I. BECCAR VARELA

Resumen: Los autores comparan los dilemas éticos que afectan a la medicina y a la abogacía, como las dos profesiones que actúan sobre los bienes más preciados de las personas, la vida y la salud, la libertad y la propiedad, respectivamente. Encuentran sorprendentes similitudes en términos de la necesidad de enseñar y fomentar la conducta ética.

ABSTRACT: *The authors compare ethical dilemmas concerning both the practice of law and medicine, as the two professions that deal with the most precious of human values: health and life, and liberty and property, respectively. They find surprising similarities in terms of the need of teaching and fostering ethical behavior.*

PALABRAS CLAVE: abogado; ética de abogados; ética de médicos, Medicina; facultades de Derecho.

KEYWORDS: *lawyers, lawyers" ethics; doctors" ethics; Medicine; Law schools.*

INTRODUCCIÓN. ENTRE EL BIEN Y EL MAL

Todas las profesiones son importantes, pero solo dos tienen en sus manos los bienes más preciados de las personas: la Medicina y el Derecho.

En el primer caso, los médicos cargan con la responsabilidad de la salud y de la vida de sus pacientes; en el segundo, los abogados con la libertad y el patrimonio de sus clientes. Y no solo eso, también con las relaciones de familias, el trabajo, sus empresas, las creaciones intelectuales y hasta el erario público.

Los profesionales de ambas ciencias deben lidiar a diario con dilemas éticos, a los que arriban luego de que la aplicación de las habilidades y competencias propias de cada profesión, sumando hoy también las tecnologías, no fueron suficientes para resolver el problema. Quedan solos frente al doble cerco que delimita sus responsabilidades: el marco legal y la propia conciencia.

Los que conocemos ambas profesiones desde adentro y además dedicamos una parte de ellas a enseñar, advertimos que lo largo de sus carreras de grado los jóvenes estudiantes no reparan en dilemas éticos, al menos no con la frecuencia y profundidad que más temprano que tarde les va a reclamar el ejercicio profesional. Pero no es algo achacable a pereza o desidia de ellos.

Se trata de algo más complejo, que transita por el entramado de la falta de formación durante la carrera de grado, crisis de valores éticos y morales en la sociedad en general y la consecuente proliferación desenfrenada de malos ejemplos. El resultado es una lucha constante y agotadora entre las dos caras de las situaciones que les toca vivir, muchas veces simplificadas, -precisamente por la falta de formación en esta área- como el bien y el mal.

CÓMO COMIENZA A DESARROLLARSE LA ÉTICA EN UNA Y OTRA PROFESIÓN

El desarrollo de la ética es a todas luces más rico en los profesionales médicos que en los del Derecho. Quizás esto responda a que la estructura de aquella carrera conciba el aprendizaje de los contenidos prácticos en forma inmediatamente posterior a los teóricos, algo que se percibe claramente en las residencias médicas, donde el temprano contacto con los pacientes, prácticamente sin solución de continuidad entre el final de la carrera de grado y el comienzo del ejercicio, impone a sus noveles profesionales un espacio de contacto en el que comienzan de lleno a enfrentarse a la realidad -por lo general muy dura- que entraña la salud y la vida de las personas, la mayoría de las veces debiendo tomar decisiones que ponen a prueba su preparación profesional, capacidad de reacción, evaluación de prioridades, administración de recurso y desde luego, sus valores morales y preparación ética.

En la carrera de medicina, los estudiantes se encuentran rápidamente con el concepto de la ética. Desde que concurren al hospital en etapa de pregrado y se sumergen en el mundo del diagnóstico y tratamiento de los pacientes, se dan cuenta de la complejidad y de la realidad de otras personas.

Las normas y valores inculcados por el entorno en el que vivían hasta entonces se cuestionan ante las diversas nuevas situaciones que se plantean cada día.

Lo que parecía simple, discernir entre lo bueno y lo malo, lo que está bien y lo que está mal, se dificulta. El criterio de lo que es correcto, varía entre diferentes personas. Acciones que impresionan malas, pueden elegirse por alguna consecuencia buena y viceversa.

Es en esta etapa que el estudiante aprende a trabajar en equipo, dinámica fundamental para el ejercicio médico. Las decisiones deben consultarse con médicos de mayor experiencia, con equipos de salud y en situaciones especiales, con comités de ética institucional.

Para ejemplificar, están los pacientes sin seguro médico y con pocos recursos económicos. Es frecuente que estos pacientes, cuando se enferman gravemente, por la vulnerabilidad de su situación, soliciten tratamiento con drogas nuevas que no se encuentran aún en fase de comercialización. Es el médico el que debe tener especial cuidado con estos pacientes evitando, en el afán de ayudar, aliviar o curar, ingresarlo en protocolos que no cumplan con estricto monitoreo y todos los pasos y condiciones aprobados por el comité de ética que corresponden para un tratamiento médico experimental, aunque a él no le queden dudas de sus beneficios. Los ejemplos abundan y exceden ampliamente la extensión de este breve comentario, pero sin dudas en el ejercicio de la medicina las decisiones éticas se encuentran todos los días y a cada paso por lo cual se puede afirmar que esta disciplina constituye uno de los pilares de esta profesión.

Por su parte, la enseñanza del Derecho en general tiene una deuda muy grande con la específica materia ética. Con loables excepciones³⁵⁰, en nuestro país existen muy pocas implementaciones de cursos de ética a nivel universitario de grado.

En los colegios de abogados funcionan tribunales de disciplina atendiendo denuncias por mal desempeño de la profesión. Sin embargo, se trata de controles de conducta profesional ex post sobre las transgresiones a las normas deontológicas que se ha jurado ejercer la abogacía al momento de matricularse, pero sin haber internalizado previamente sus contenidos, hecho que sólo es posible mediante una previa y adecuada preparación, con programas específicos, metodología de enseñanza y con comités permanentes de ética que puedan ayudar a los abogados en la toma de decisiones críticas.

Más allá de esas carencias, es frecuente encontrar la enseñanza de la ética en programas de posgrado donde se estudia en relación directa con sus contenidos, es decir no de manera global sino como deontología de la especialidad, y en cursos de inicio de carrera profesional como los que dictan los colegios de abogados.

FORES, por su parte, ha venido haciendo su contribución desde hace 40 años a través del PEA Programa de Entrenamiento para Abogados. A lo largo de este plan intensivo de capacitación en el ejercicio de la abogacía, los estudiantes avanzados de Derecho y los noveles abogados, reciben contenidos de Ética Profesional no solo en la materia que lleva ese nombre sino a través de todo el resto de las clases. Durante el recorrido del eje contencioso del Programa, frecuentemente se discuten situaciones en las que se plantean dilemas éticos, algunos directamente propuestos por los profesores y la mayoría a instancias de las propias inquietudes de los alumnos, lo cual permite tener una idea del nivel de interés que demuestran por esta temática.

El secreto profesional, la obligación de revelar información a las autoridades, la privacidad de las comunicaciones, el acceso a archivos digitales, la producción y reproducción de grabaciones, imágenes, el manejo de fondos ajenos, etc., constituyen los temas que principalmente los preocupan.

Quienes trabajamos a diario en el desarrollo de estos programas notamos durante su transcurso el progreso que experimentan los alumnos en relación al cambio del enfoque inicial de la profesión que también repercute en cambios positivos de la personalidad del profesional.

En perfiles que inicialmente se muestran contrarios, disconformes y en general reacios a participar en grupos, debatir ideas con amplitud de criterios o aceptar posiciones diferentes, es notorio el viraje que manifiestan hacia un perfil receptivo, tolerante y prudente en sus juicios (entre otras características positivas), sobre el final del entrenamiento.

Es que indudablemente el trabajo diario sobre una cantidad y diversidad de temas que hacen a la práctica de la abogacía, unido a esas disquisiciones profundas sobre temas reales en los que se debe asumir una postura o tomar una decisión, muchas veces sobre la marcha, van dejando la impronta del trasfondo filosófico que da sustancia a los temas donde la ética en la profesión juega un papel decisivo.

Es decir, que la enseñanza de contenidos sobre ética no solo entrena al alumno en ese particular, como si de un espacio estanco se tratara, sino que proyecta los esquemas de razonamiento propios de su análisis a otras áreas que quizás se encuentren muy alejadas, pero que sin embargo son alcanzadas por los beneficios de un pensamiento más elevado.

³⁵⁰ El equipo liderado por el Dr. Eduardo Rivera López ha desarrollado dentro del ámbito de la Escuela de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella un manual y un curso de ética profesional para estudiantes de abogacía https://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=14157&id_item_menu=24828 . La Universidad de Buenos Aires encara el tema desde su curso "Ética y sanciones en el ejercicio de la profesión" <http://www.Derecho.uba.ar/graduados/programas-de-perfeccionamiento/etica-y-sanciones-en-el-ejercicio-de-la-profesion/+50>

Los ejercicios sobre cuestiones éticas normalmente se desarrollan mediante el planteo y hasta con la escenificación de determinadas situaciones con las que se enfrenta al alumno. Se le sugieren roles, preferentemente aquellos que el profesor identifique contrarios al pensamiento del alumno sobre ese tema, estimulando así un cambio de postura y una discusión seguida de la presión a decidir en uno u otro sentido exponiendo los argumentos. Frecuentemente esas situaciones no tienen una complejidad excesiva, incluso algunas resultan de hechos muy simples. Tampoco se basan en ilegalidades en sentido estricto; la ausencia de ilegalidad no le resta importancia ética a su decisión, lo que los lleva a advertir que no todo lo permitido resulta correcto en la vida profesional del abogado.

UN DIFÍCIL CONTEXTO

Pero sucede que en el contexto histórico que transitamos no es extraño que esos ejercicios “de laboratorio” queden ampliamente superados por la realidad cotidiana, lo cual desde ya conspira contra el éxito de esa parte del entrenamiento. Es que, si bien las malas acciones profesionales han existido a lo largo de toda la historia, nunca como en el momento presente han sido tan evidentes. Quizás las tecnologías de la información y de la comunicación estén influyendo fuertemente a través de los fenómenos de la viralización, pero lo cierto es que esa viralidad de la información, es decir su difusión exponencial en un periodo muy breve de tiempo, de alguna manera “satura” este campo de conocimiento, haciendo que las conductas éticamente reprochables de abogados de exposición pública, funcionarios de todos los poderes e incluso de los colegas de todos los días, se vuelvan parte del paisaje al extremo de ya casi no reparar en ellas o cuando menos incluirlas en el catálogo de las éticamente reprochables.

Abogados mediáticos que prometen resultados o profieren amenazas en canales de televisión y las redes sociales, abogados con manifiestas incompatibilidades y que llegan a ejercer poderosas influencias a favor de sus clientes en los poderes públicos, abogados que simplemente no guardan el mínimo decoro en una comunicación profesional y hasta el abogado que ejerce la más alta magistratura de la República difundiendo públicamente una supuesta comunicación privada, conforman una fuerza que lucha continuamente por insertarse en todos los niveles de la sociedad, alentando a asumir esas conductas en procura de su propia redención.

Esa noción elástica de la ética es potente y lleva indefectiblemente a la degradación de los valores que hoy nos afectan y perjudican a todos. La grave crisis institucional que corroe todos los poderes públicos y contra la que se lucha en los ámbitos privados no es espontánea ni fruto, precisamente, de haber desarrollado convenientemente esta área en nuestros jóvenes profesionales. De hecho, se trata de un espacio vacante dejado en la enseñanza de grado, una laguna de conocimiento, que sirve de telón para ocultar todas sus manifestaciones.

Pensamos y somos partidarios de que la enseñanza de la Ética debería estar presente desde la carrera de grado en todas las profesiones que involucren el trato con personas y sus valores más preciados.

Esta enseñanza requiere un enfoque integral, desde los principios filosóficos que fundamentan la materia hasta su aplicación transversal a todas las áreas de práctica.

En el caso de Medicina y Abogacía, el profesional recién recibido, debería contar con la posibilidad de seguir formándose al lado de colegas con mayor experiencia y en grupos de trabajo en los que se puedan debatir las cuestiones inherentes a diferenciar lo que es correcto y lo que no lo es, en cada contexto profesional. Deberían conocer el concepto de los comités de ética, siempre formados por personas de diferentes profesiones y lugares en la sociedad, y tener acceso a consultarlos cuando alguna situación particularmente compleja lo amerite.

Esta formación, junto con la búsqueda personal de la excelencia, debería dar como resultado, un profesional íntegro, modelo en la sociedad, listo para brindar a través de su actividad, lo que las personas que requieren sus servicios necesitan.

RAÚL ALEJANDRO FARÍAS

Abogado (Universidad de Belgrano). Posgrado en Derecho de Alta Tecnología (Universidad Católica Argentina). En FORES es Director Académico del PEA, Programa de Entrenamiento para Abogados y de la de la Escuela de Litigación Oral de CINTEC, Centro de Investigación de Nuevas Tecnologías para la Justicia, de FORES. Director adjunto de la Comisión de Informática de la Federación Argentina de colegios de abogados. Autor de varios artículos. raf@foresjusticia.org.ar

Lawyer (Universidad de Belgrano). He completed postgraduate studies in High Technology Law (Universidad Católica Argentina). At Fores, he is the director of PEA (Training Program for Lawyers), ELOC (Oral Litigation School) and CINTEC (Research Center on New Technologies for the Justice System). Deputy chair of the FACA's (Argentine federation of bar associations) Technology Committee. He authored several articles. raf@foresjusticia.org.ar

LUCÍA ISABEL BECCAR VARELA

Médica (Universidad de Buenos Aires, diploma de honor). Directora del Departamento de Ultrasonido de Diagnóstico Maipú. Observadora en Radiología del Memorial Sloan-Kettering Cancer Center, Nueva York. Docente en residencias médicas. lu.beccar.varela@gmail.com

Doctor of Medicine (Universidad de Buenos Aires, with honors). Radiologist. Head of the Ultrasound Department of Diagnóstico Maipú. Radiology Observer at Memorial Sloan-Kettering Cancer Center, New York. She teaches at training programs for physicians.. lu.beccar.varela@gmail.com

[\(Ir al INDICE\)](#)

IVA. SECCIÓN
TEMAS ESPECIALES

ÉTICA PROFESIONAL Y DEFENSA PENAL EFICAZ

JUAN MARÍA RODRÍGUEZ ESTÉVEZ

El autor plantea la defensa penal eficaz como una cuestión éticamente exigible para el abogado penalista. Exigencia que se ve acentuada con la implementación de sistemas procesales acusatorios en los cuales el fortalecimiento de las facultades de los fiscales implica la necesidad de redoblar los esfuerzos -por parte de la defensa- para nivelar un escenario procesal de desventaja inicial de fuerzas.

The author presents effective criminal defense as an ethically demandable issue for criminal lawyers. A requirement that is emphasized by the implementation of accusatory procedural systems in which the strengthening of the prosecutor's authority implies the need to redouble efforts -by the defense- to level the initial disadvantage of forces at the judicial proceeding.

Palabras clave: abogado; ética profesional; enseñanza de la Ética.

Keywords: lawyers; professional Ethics; Ethics teaching

1. LA DIMENSIÓN DEL TEMA: LA DEFENSA PENAL EFICAZ COMO CUESTIÓN ÉTICA EXIGIBLE

El abogado penalista puede actuar en distintos roles. Puede hacerlo en representación de la parte ofendida por la comisión del delito (querellante o particular damnificado) o bien puede hacerlo como abogado defensor del imputado. Los dilemas y/o decisiones de contenido ético social que se plantean son diversos en ambos supuestos, ya que el marco de actuación y los intereses confiados resultan ser bien diferenciados.

Me centraré aquí en delinear algunos interrogantes y las posibles respuestas que plantea el rol del abogado defensor ante la aparición de nuevas figuras legales y la creciente consolidación de un sistema procesal acusatorio - adversarial, el cual de alguna manera ha venido a modificar los roles y expectativas profesionales de los distintos sujetos que intervienen en el proceso judicial penal.

Los problemas de carácter ético en el ejercicio de la defensa penal suelen quedar relegados a un grupo de prohibiciones para el abogado penalista que se presentan más cercanas a figuras delictivas que a la defraudación de expectativas sociales por falta de un eficaz ejercicio profesional. Me propongo aquí plantear que la defensa penal eficaz no constituye solamente un derecho del imputado, sino que también configura una exigencia ética para el abogado en su condición de auxiliar de la justicia³⁵².

Para contextualizar la dimensión ético-social del tema, es importante tener presente que el Derecho Penal es una herramienta esencial del Estado para asegurar las condiciones mínimas de orden, paz y tranquilidad de una comunidad. Básicamente, su legitimidad material radica en contribuir -de manera racional y proporcionada- en lograr una convivencia pacífica de los ciudadanos y evitar la justicia por mano propia. Cuando esa noción de orden es puesta en crisis por la comisión de un delito, el sistema de administración de justicia penal interviene para asegurar el interés de la sociedad en que aquel no quede impune, pero a la vez y de manera simultánea, para garantizar que la persona sospechada de su comisión vea respetada su dignidad durante el transcurso de su juicio y asegurada su defensa penal eficaz. En este marco social, la actuación del abogado penalista es esencial.

En atención a la trascendencia de los intereses que les son confiados -principalmente en aquellos supuestos donde se encuentra en juego la libertad del cliente-, los ordenamientos jurídicos y los tribunales de justicia suelen incorporar dentro de la garantía judicial de defensa en juicio -que incluye el Derecho a contar con un abogado defensor- el derecho del imputado a que ese asesoramiento legal no sea observado exclusivamente de manera formal, sino que, por el contrario, aquel debe ser efectivo. De allí que suele hacerse referencia al derecho del imputado a contar con una defensa técnica efectiva en el marco de un

³⁵² Sobre la tarea del abogado como auxiliar de la justicia y las cuestiones propias de la ética profesional puede verse Rodríguez Estévez, Juan María, "Ética del Abogado y crisis del sistema judicial", *El Derecho*, diario del día 16-III-1999.

proceso judicial equitativo³⁵⁴. Con otras palabras, se inserta aquí la plenitud del derecho de defensa y del debido proceso legal, el cual consiste en la oportunidad o posibilidad suficientes de participar (o tomar parte) con utilidad en el proceso³⁵⁶.

En el ámbito internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció una serie de estándares normativos para asegurar la garantía del imputado de contar con una defensa penal eficaz, a la par que determinó una serie de situaciones que importaría la nulidad del proceso cuando el abogado defensor incurriera en las siguientes situaciones:

- a) no desplegar una mínima actividad probatoria;
- b) inactividad argumentativa a favor de los intereses del imputado;
- c) carencia de conocimiento técnico del proceso penal;
- d) falta de interposición de recursos en detrimento de los derechos del imputado;
- e) indebida fundamentación de los recursos interpuestos;
- f) abandono de la defensa³⁵⁸.

Esta exigencia ética de desarrollar una defensa penal eficaz se ve reforzada en el marco de los sistemas procesales acusatorios - adversariales, donde la fuerte concentración de poder en cabeza del ministerio público fiscal, obliga al abogado defensor a multiplicar sus esfuerzos para nivelar un escenario procesal que lo coloca en una desventaja inicial de fuerzas.

En este contexto, he seleccionado un grupo de casos donde la diligencia y proactividad del abogado se ponen a prueba y obligan a delimitar el contenido y alcance de los deberes exigibles al letrado a partir de su obligación de brindar una defensa penal eficaz y transparente. El primero de ellos se vincula con el derecho al recurso del imputado. Es decir, establecer cuáles son los alcances, el contenido y los límites de la obligación del abogado de interponer recursos antes instancias judiciales de revisión en aras de cumplir con la obligación de brindar una defensa penal eficaz. En segundo lugar, me detendré en la intervención del abogado en la celebración de acuerdos con la fiscalía en el marco de la negociación sobre la imposición de una pena determinada, tras haber aceptado el imputado su intervención en un hecho delictivo (juicio abreviado); como también de su intervención en aquellos acuerdos que implican la colaboración del imputado con la investigación judicial (imputado arrepentido). Por último, trataré lo relativo a la intervención del abogado penalista en el marco de las investigaciones privadas que se desarrollan en el interior de una empresa en el ámbito regulado por el régimen penal empresario y su incidencia con el deber de guardar el secreto profesional y de abstenerse de actuar en casos de intereses contrapuestos.

2. EL DERECHO AL RECURSO

El imputado cuenta con la garantía judicial de hacer revisar su sentencia condenatoria por un tribunal superior. En esta inteligencia, la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación ha declarado la inconstitucionalidad de normas procesales que limitaban el recurso de casación en razón del monto de la pena impuesta en la condena, al considerar que aquella restricción resultaba violatoria de la garantía judicial de doble instancia o doble conforme³⁶⁰.

Aquella primera decisión fue posteriormente ampliada por el tribunal, al punto de modificar la propia esencia del recurso de casación, al extender su alcance y tratamiento a las denominadas cuestiones de “hecho y prueba”, las que se vinieron a sumar a la tradicional casación jurídica, propio del carácter prioritariamente de fondo que inspira el modelo de la casación como unificación de los criterios de aplicación del Derecho sustantivo³⁶². Este cambio de paradigma obliga a revisar la tradicional afirmación que postulaba la no exigencia ética del abogado defensor de interponer recursos extraordinarios, incluyendo al de casación entre aquellos.

En este contexto, a partir de la evolución llevada a cabo por la Corte Suprema en razón de la incorporación a nuestro sistema constitucional de exigencias internacionales que aseguran de manera operativa una doble instancia o doble conforme judicial, puede concluirse que la interposición ante los tribunales de casación pertinentes de los recursos de casación contra sentencias condenatorias configuran una obligación inherente al diligente cumplimiento de su función y en consecuencia, éticamente exigible en el marco de una defensa penal eficaz.

³⁵⁴ En este sentido, la CSJN ha señalado la necesidad de brindar al imputado una defensa efectiva (cfr. Fallos, 189-34, “Rojas Molina”. Posteriormente, en CSJN - Fallos, 311:2502, “Magui Agüero”, destacó la necesidad de dotar al imputado de efectiva defensa técnica para evitar así un estado de indefensión.

³⁵⁶ Cfr. BIDART CAMPOS, German J., Tratado elemental de Derecho constitucional argentino, T. I, Ediar, Buenos Aires, 1989, 465.

³⁵⁸ Cfr. CIDH, “Ruano Torres y otros vs. El Salvador”, 5-X-2015.

³⁶⁰ Cfr. art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, CSJN, 7-IV-1995, “Giroldi”.

³⁶² Cfr. CSJN, Fallos: 328: 3399, “Casal”.

En el plano empírico, puede comprobarse que la necesidad de contar con una defensa penal efectiva en el ámbito de la interposición de recursos es tal, que se admite la presentación de aquellos -incluso el extraordinario ante la Corte Suprema-, *in forma pauperis*. En este sentido, se ha sostenido que si bien no es obligación de la asistencia técnica del imputado fundar pretensiones de su defendido que no aparezcan mínimamente viables, ello no releva al defensor de realizar un estudio serio de las cuestiones eventuales aptas para ser canalizadas por las vías procesales pertinentes³⁶³.

Una cuestión distinta se plantea con relación a las decisiones interlocutorias. Aquí correspondería distinguir dos grupos. Aquellas que ponen fin al proceso o que resultan equiparables a tales por causar un agravio de imposible reparación ulterior y aquellas que no lo hacen.

Con relación al primer grupo de casos, la debida diligencia del abogado impone la obligación de interponer los recursos pertinentes a los fines de agotar las instancias procesalmente viables de revisión, tanto ordinarias como extraordinarias. A modo de ejemplo, bien es sabido que la negativa de un pedido de excarcelación ante los juzgados en lo criminal y correccional federal puede ser revisables tanto por la Cámara Federal de Apelaciones, como por la Cámara Federal de Casación Penal e incluso por la propia Corte Suprema. En este grupo de casos, si bien es cierto que aparece en primer plano la obligación del abogado de interponer los recursos pertinentes; no lo es menos que en determinados supuestos por cuestiones de táctica y estrategia profesional -con el debido consentimiento informado del cliente-, determinadas apelaciones e interposición de recursos extraordinarios podrían no ser exigibles al abogado, siempre y cuando tome los debidos recaudos formales para plasmar la conformidad del cliente.

El segundo grupo de casos donde la resolución a recurrir no causa estado ni resulta equiparable a definitiva por no producir un gravamen de imposible reparación ulterior, merece alguna matización, pues allí entran a jugar cuestiones propias de la táctica y estrategia profesional en el marco de la cual el abogado considere, y así lo haya manifestado a su cliente, la conveniencia de consentir determinadas decisiones judiciales o el avance del proceso a etapas posteriores para mejorar o no agravar la situación de su asistido. A modo de ejemplo, puede mencionarse la recomendación de no apelar un auto de procesamiento con la finalidad de preparar un escenario más propicio en la etapa de juicio para producir una instrucción suplementaria de prueba cuya producción no parece de viable canalización en la etapa de investigación preliminar; o el consejo de no formular una oposición al requerimiento de elevación a juicio formulado por el fiscal y la víctima no se ha constituido en parte querellante, facultad que ésta perderá cuando el caso ingresa a la etapa de plenario.

Como podrá apreciarse, fundados motivos de táctica y estrategia profesional pueden llevar al letrado defensor a definir un curso de acción determinado o a consentir determinados actos procesales en atención a razones de oportunidad, mérito y conveniencia para posicionar a su cliente en una mejor situación en etapas posteriores del juicio. En este grupo de casos, donde el cliente no se encuentra privado de su libertad, ni se juegan cuestiones patrimoniales que pueden quedar consentidas ante la inacción del abogado, no parece legítimo efectuar un reproche ético al abogado por tales decisiones. De todos modos, a los fines de cumplir con las exigencias de debida información al cliente sobre la forma de avance del proceso y en aras de asegurar la transparencia en la tarea encomendada, es recomendable contar con un consentimiento debidamente informado del cliente.

Con relación a este punto, un debido consentimiento informado en materia recursiva podría abarcar las siguientes cuestiones:

- a) detalle completo de la situación judicial actual en la cual se encuentra el caso;
- b) posibles vías recursivas a seguir;
- c) probabilidades razonables de éxito o fracaso de la vía recursiva a interponer con fundamento en el derecho positivo vigente y en los criterios jurisdiccionales que rigen la cuestión;
- d) intereses en juego que se consideran importantes preservar, los cuales se verían afectados por la interposición de las vías recursivas posibles.

Con este panorama, el cliente puede tomar una definición fundada sobre el punto al contar con todos los elementos disponibles para ello.

3. LAS NEGOCIACIONES ENTRE IMPUTADO Y FISCALÍA: ACUERDOS DE PENA Y ARREPENTIDO

La práctica penal en un sistema acusatorio genera nuevos dilemas para el abogado. Para captar el tema en su verdadera dimensión, es importante tener presente que en un modelo acusatorio pleno -más precisamente,

³⁶³ Cfr. CSJN, Fallos, 320:854 "Scilingo". Con relación a la necesidad de dar intervención al defensor público para que analice la eventual procedencia de un recurso extraordinario ante una apelación interpuesta directamente por un imputado privado de su libertad, puede verse CSJN, LL, 1997-F-841 "García" y Fallos, 319:192, "Napoli".

un sistema procesal adversarial- el fin del proceso penal como búsqueda de la verdad real ha mutado a un esquema de verdad consensuada entre fiscal y defensa³⁶⁵. Me referiré aquí a dos grupos de acuerdos entre fiscalía e imputado:

- a) los de responsabilidad penal e imposición de pena; y
- b) los de colaboración.

Con relación al primero de ellos, cabe mencionar que una de las características específicas de los sistemas de enjuiciamiento acusatorios - adversariales es el esquema de acuerdos por los cuales el Ministerio Público Fiscal puede concretar con el imputado distintas maneras de cerrar el caso sin llegar al debate. Entre dichas posibilidades, se destaca el acuerdo de juicio abreviado el cual ya, incluso con el sistema de enjuiciamiento penal mixto, contaba con vigencia normológica en nuestro sistema jurídico³⁶⁷.

Los acuerdos sobre responsabilidad penal e imposición de pena, también conocidos como acuerdos de juicio abreviado, básicamente implican el reconocimiento o la conformidad del imputado con la descripción de la acusación formulada por el fiscal y la aceptación o conformidad con la pena solicitada por la fiscalía en razón de aquel reconocimiento. Con algunos matices propios de cada sistema procesal, que van desde los topes de pena sobre los cuales se puede acordar hasta la posible variación de los hechos y de la calificación legal e incluso sobre los alcances de la revisión judicial de tal acuerdo; lo cierto es que constituyen una práctica cotidiana de los tribunales por medio de las cuales el debate oral y público no se realiza y es reemplazado por una decisión judicial que homologa el acuerdo y dicta una sentencia. La mayor proliferación de este tipo de acuerdos es de esperarse a la par de una creciente implementación del sistema acusatorio - adversarial.

Sin entrar en el debate de fondo sobre este tipo de institutos y al sólo efecto de destacar su importante vinculación con los dilemas éticos del abogado penalista en el sistema acusatorio, no puede dejar de mencionarse que entre las diversas críticas que se han levantado contra aquellos se destacan los que lo hacen desde una perspectiva constitucional. En este sentido, se ha sostenido que son inconstitucionales aquellas formas de acuerdo entre fiscal e imputado que requieran la confesión de éste y -paralelamente- eliminan el juicio público y contradictorio. Por una parte, se sostiene la afectación a la regla preceptiva que impone la celebración de un juicio previo a la imposición de cualquier pena, y por otro lado, la violación de la regla prohibitiva que veda la autoincriminación compulsiva, ambas con fundamento en el art. 18 de la Constitución Nacional³⁶⁹.

También de manera crítica con esta forma de abreviación del juicio por acuerdo, se ha sostenido que el proceso queda reducido a un juego de azar en el que el imputado, incluso inocente, se coloque ante la disyuntiva entre una condena a una pena reducida y el riesgo de un juicio ordinario que pueda cerrarse con la absolución, pero también con una pena mucho más grave. Al punto que se ha llamado a este tipo de acuerdos como medidas alternativas al proceso³⁷¹. Dicho esto, mayores serán los recaudos que el abogado defensor deberá tomar ante esta disyuntiva procesal.

La decisión del abogado defensor de encarar un acuerdo de juicio abreviado o de aceptar la iniciativa del fiscal de concretarlo, implica principalmente la definición sobre tres cuestiones de vital importancia:

- a) la renuncia a un debate oral y público como el camino natural de finalización de un proceso;
- b) la abdicación de llevar adelante una defensa amplia en el marco del debate oral y público que se reemplaza por una aceptación de responsabilidad penal y la imposición de una pena con fundamento en aquel reconocimiento; y
- c) la neutralización del riesgo de obtener una pena mayor a la acordada con el fiscal en caso de que el juez acepte el acuerdo, supuesto en el cual aquel podría imponer una pena menor a la acordada e incluso absolver al imputado, más nunca una sanción mayor de aquella que fue objeto de conformidad.

Aquí resultan claves las cuestiones relativas a la propia teoría del caso que haya presentado la fiscalía hasta ese momento y las fortalezas y debilidades que la posición de la defensa técnica pueda analizar con plena objetividad y transparencia. Es decir, el juicio crítico sobre la objetiva situación del imputado es clave en esta instancia del proceso. Los baremos de razonabilidad y diligencia en aceptar, proponer o cerrar un acuerdo de juicio abreviado, variarán ciertamente según las características particulares de cada supuesto, con lo cual, es imposible establecer pautas generales que puedan aplicarse a un universo indefinido de

³⁶⁵ No es este el espacio para debatir sobre lo acertado o errado de esta tendencia que viene modificando paulatinamente los fines y funciones del Derecho procesal penal y, por ende, del mismo Derecho penal. En este contexto, lo cierto es que cada vez más el proceso penal se viene privatizando y su configuración como un sistema de gestión de casos ha puesto en crisis el modelo tradicional del juez como director de la investigación con plenas funciones de contralor sobre la actuación de las partes, principalmente del Ministerio Público Fiscal.

³⁶⁷ En el CPPN el juicio abreviado se encuentra regulado en el art. 431 bis.

³⁶⁹ Cfr. TOC N° 20, 29-IX-1997, "Waszyliszyn", voto en disidencia de juez Luis Niño.

³⁷¹ Cfr. Ferrajoli, Luigi, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Trotta, Madrid, 1995, 749.

situaciones que plantea la realidad judicial. No obstante, creo que es posible establecer algunos puntos o premisas a tener en consideraciones frente a esta encrucijada.

A continuación, se ensayan, sin ánimo de taxatividad, algunos indicadores objetivos a tener en consideración:

a) El acuerdo de juicio abreviado tiene que presentar algún incentivo razonable para su aceptación por parte del imputado. A modo de ejemplo y en términos generales, puede mencionarse que no representa ningún tipo de incentivo para el imputado el aceptar como pena a imponérsele, la pena máxima fijada por el legislador al momento de tipificar el comportamiento por el cual viene enjuiciado. Sin embargo, para el imputado que se encuentra privado de su libertad, incluso puede ser beneficioso acordar una responsabilidad penal y una pena que, computadas con otras penas anteriores impuestas en otros procesos, le permita acceder a una libertad condicional.

b) Cuando el imputado se considera inocente y tal posición puede ser defendible en marco de la amplitud probatoria que permite la realización del debate, el abogado debería abstenerse de sugerir, aceptar y/o acordar un acuerdo de imposición de pena, en la medida que termina desfigurando la esencia misma de la profesión que implica no consentir la injusticia social que conlleva la condena de un inocente³⁷³.

c) No ceder ante presiones de la fiscalía tales como aquellas que instalan la idea que en caso de realizarse el debate el pedido de pena será mayor que aquel por el cual se pretende acordar el acuerdo de juicio abreviado. Este tipo de circunstancias, nada imposibles en la práctica, desnaturalizan la esencia misma del proceso de abreviación y afectan el trato digno del imputado por el cual el abogado debe velar.

d) Tener en claro, por parte del abogado, cuáles son los límites que presenta su propia teoría del caso y consentir el abreviado cuando, por ejemplo, se llega a un cambio razonable en la calificación legal atribuible al hecho que modifica favorablemente la eventual imposición de una pena, limitando el riesgo de imposición de una sanción mayor.

En otro orden de ideas, no quisiera cerrar este tópico sin abordar otra cuestión que estimo esencial y que es aquella vinculada con los alcances de las exigencias éticas del abogado penalista en este tipo de acuerdos y el contralor judicial sobre su intervención en aquellos. Ciertamente, en el campo del proceso adversarial, uno de los puntos más conflictivos del acuerdo de juicio abreviado es el alcance y límite que estamos dispuestos a otorgarle al contralor judicial sobre su validez. Es decir, hasta qué punto los jueces se encuentran legitimados a revisar el acuerdo y, sobre todo, cuál es el margen de revisión judicial sobre la actuación del abogado defensor.

Sobre el particular, es evidente que una sentencia que no respete lo acordado por las partes, principalmente con relación a la escala penal acordada, es claramente recurrible en revisión por afectación de la garantía judicial de congruencia y defensa en juicio. Sin embargo, la cuestión presenta mayores dificultades cuando aquello que se plantea en la instancia de revisión no es la discrepancia entre lo acordado por las partes y lo resuelto por el juez que dictó la sentencia, sino la forma en que se generó y gestó la voluntad del imputado para aceptar aquel acuerdo.

En este sentido, se ha sostenido judicialmente que el acuerdo de juicio abreviado es nulo cuando, del análisis de sus concretas y objetivas particularidades, pueda afirmarse que la voluntad del imputado para pactar estuvo viciada o altamente condicionada por la ventaja que obtendrían los coimputados y por las falsas promesas que le hizo su abogado. Es decir, la base sobre la cual se asienta la legitimidad de esta modalidad alternativa es, precisamente, que la decisión que se adopta para que no se celebre la audiencia de debate y se acuerde una pena previo reconocimiento de responsabilidad penal, es que debe ser voluntaria y no estar condicionada de ninguna manera. Con otras palabras, que haya sido prestada con los márgenes básicos de discernimiento, intención y libertad, para otorgarle la validez que la ley le asigna³⁷⁵.

El caso antes comentado es interesante pues pone en primer plano el contralor judicial sobre la actuación de las partes -defensa como fiscalía- en el sistema de acuerdos de juicio abreviado, control que debe agudizarse ante la evidencia de intereses contrapuestos entre los imputados. Sobre el particular, se concluyó que la existencia de intereses contrapuestos entre aquellos determina la necesidad de una aproximación más atenta del caso, que debería reflejarse en la individualización de la pena y, donde uno de los que acuerdan

³⁷³ Distinta parece ser el dilema del abogado cuando sugiere o acepta una salida alternativa del proceso como ser un pedido de suspensión de juicio a prueba o probation, donde incluso en casos donde la posición de la defensa en un eventual debate cuenta con razonable fuerza de convicción; no es ocioso afirmar que la realización de todo debate implica también un riesgo posible de condena para el cliente. A diferencia de la imposición de una sentencia condenatorio, la suspensión del proceso a prueba, una vez cumplidos los plazos y condiciones, implica que la acción penal se extingue con el consecuente dictado de un auto de sobreseimiento. También pueden mencionarse otras salidas alternativas como la reparación integral del perjuicio o la conciliación, contempladas en el art. 59, inc. 6° del Código penal.

³⁷⁵ Cfr. CNac.Cas.Crim.Correc., Sala I, 3-VII-2018, "Peralta, Oscar Rubén", voto del juez Bruzzone.

podría obtener una solución menos gravosa, deberían hacer reflexionar acerca de la profundidad con que se indagan los motivos de la aceptación del acuerdo, para acordarlo primero y para homologarlo, después.³⁷⁷

Este último punto se vincula con un tema no menor que es el debate sobre los alcances que debe darse a la garantía de contar con una asistencia técnica eficaz, no siempre fácil de resolver cuando del control judicial sobre el rol de la defensa se trata. Al respecto, parece claro que el parámetro que para ello se debe tomar es el de analizar caso por caso para evitar generalidades que se traduzcan en una arbitraria intromisión del Poder Judicial en la relación cliente – abogado³⁷⁸.

Así, se ha sostenido que para determinar la viabilidad del agravio referente a la carencia de asistencia legal eficaz, los tribunales deben analizar la totalidad de las circunstancias del proceso pues no existe un catálogo exhaustivo de reglas que permita determinar a través de su confrontación si la conducta del defensor ha sido satisfactoria o no, pues un sistema de este tipo significaría restringir la amplia latitud que debe tener la defensa para tomar decisiones tácticas pues el acto u omisión de un defensor que es impropio en un caso puede ser legítimo e incluso inteligente en otro.

En este contexto, se señaló que un desacierto en la estrategia de la defensa, un error en la ponderación de los hechos y el derecho o desacuerdos entre el defensor y su pupilo no implican necesariamente lesión a la garantía constitucional analizada; puesto que, de otro modo, en todos aquellos casos donde la decisión de los jueces no condice con las expectativas del justiciable éste podría rebatir incesante y caprichosamente las decisiones judiciales a partir de una valoración ex post facto de los resultados obtenidos por su asistencia legal técnica, afectando principios esenciales como los de preclusión, cosa juzgada y economía procesal.³⁸⁰

El otro grupo de casos es aquel que se da en los acuerdos de colaboración entre el fiscal y el imputado arrepentido, donde éste se presta a colaborar en la investigación que lleva adelante el Fiscal con el incentivo de ver reducida la pena que le correspondería por su intervención en el delito³⁸¹. No puede dejar de mencionarse que este tipo de acuerdos, muy en auge en sistemas acusatorios plenos, tiene sus reminiscencias a un sistema inquisitivo donde el acusado era interrogado -bajo juramento de decir verdad- a dar los nombres de sus colaboradores.

También aquí se ha debatido mucho -y se discute todavía- sobre la legitimidad de esta figura y, principalmente, sobre los requisitos que en su implementación deben tenerse en consideración para sostener su validez en el proceso. Como marco general de su legitimación, suele mencionarse que parece indiscutible que los fenómenos delictivos propios de la criminalidad organizada y la corrupción institucional exigen nuevas respuestas del sistema legal. En este sentido, suele afirmarse que la Argentina ha asumido un compromiso fuerte ante la comunidad internacional para su persecución y juzgamiento y que suele requerirse de herramientas especiales como éstas para investigarlos y esclarecerlos³⁸³. En este contexto, la intervención del abogado defensor es clave para garantizar, principalmente, el carácter voluntario del acuerdo.

Sin ánimo de taxatividad, pueden mencionarse los siguientes estándares que el abogado defensor que interviene en este tipo de negociaciones debería tener presente:

a) Su defendido está confesando su intervención en un hecho delictivo por el cual le corresponderá la aplicación de una pena.

b) La aplicación de aquella debe ser sustancialmente menor a aquella que le correspondería en caso de no acogerse al beneficio legal que se les asigna a los colaboradores.

c) Según las características del proceso en el cual colabora, deberá requerirse -como condición del acuerdo- el acogimiento al sistema de protección de testigos o medida de seguridad similar que permita asegurar las condiciones elementales de protección por parte del Estado de quien se encuentra en aquella situación y la de su núcleo familiar.

³⁷⁷ Ibidem.

³⁷⁸ Me ocupé con anterioridad del tema en Rodríguez Estévez, Juan María, “Defensa en juicio y control constitucional sobre la actuación profesional de las partes”, LL. 1997-F-376. Allí se discutía si resultaba posible declarar la nulidad de un alegato de la defensa que se fundamentaba en la nulidad de todo el proceso sin realizar ningún tipo de defensa subsidiaria con relación a la imputación de fondo. Mi conclusión fue que, si la defensa era autosuficiente, el tribunal de juicio no puede obligar al letrado defensor a realizar una defensa subsidiaria -a todo evento- ante el supuesto que no llegara a prosperar la defensa principal.

³⁸⁰ Cfr. CSJN, Fallos 324:3632, “Pancia”.

³⁸¹ El art. 41 ter del CP establece que las escalas penales podrán reducirse a las de la tentativa respecto de los partícipes o autores por algunos de los delitos específicos que aplican al instituto, cuando durante la sustanciación del proceso del que sean parte, brinden información o datos precisos, comprobables y verosímiles. También regula la legislación que para la procedencia de este beneficio será necesario que los datos o información aportada contribuyan a evitar o impedir el comienzo, la permanencia o consumación de un delito; esclarecer el hecho objeto de investigación u otros conexos; revelar la identidad o el paradero de autores, coautores, instigadores o partícipes de estos hechos investigados o de otros conexos; proporcionar datos suficientes que permitan un significativo avance de la investigación o el paradero de víctimas privadas de su libertad; averiguar el destino de los instrumentos, bienes, efectos, productos o ganancias del delito; o indicar las fuentes de financiamiento de organizaciones criminales involucradas en la comisión de los delitos que aplican para esta figura.

³⁸³ Cfr. C.Fed.Crim.Correc., Sala I, 5-X-2018, “Valiente”.

d) Su actividad profesional no se limitará a una mera declaración en la cual se confiesa la intervención en la maniobra delictiva investigada, sino que deberá aportar datos y documentación útiles para la investigación en curso que deberán ser corroborados por otras vías de trabajo³⁸⁵.

Como puede apreciarse, el abogado defensor pasa de ser quien resiste en representación de su cliente la pretensión punitiva del Estado a colaborar con la acusación en la individualización de otros posibles responsables como un medio para lograr una investigación penal más eficaz en delitos de compleja investigación a cambio de un beneficio en la situación procesal de su asistido. Este rol del abogado genera, cuanto menos, muchos interrogantes en cuanto al papel tradicional de la defensa penal.

Sin embargo, el punto más delicado del tema es que el abogado defensor en el contexto de su intervención en representación de un imputado arrepentido, asume, en gran medida, una posición de garantía respecto de la libertad y validez del consentimiento de su defendido. Extremo éste que resulta más delicado cuando el imputado que debe decidir si celebra un acuerdo de colaboración con la fiscalía se encuentra privado de su libertad de manera preventiva. Es este último punto, si se quiere, el que mayor fricción presenta con el papel de la defensa en este tipo de acuerdos. Máxime cuando el mayor incentivo para acogerse al acuerdo es una expectativa cierta de recuperar la libertad con anterioridad al dictado de una sentencia definitiva. No podemos dejar de preguntarnos si, en este contexto de encierro preventivo, es realmente legítimo consentir voluntaria y libremente un acuerdo de estas características.

Este tópico nos reconduce al debate sobre la posibilidad de disponer de determinadas garantías judiciales recurriendo al consentimiento del imputado para tener por legítimo el acto procesal practicado. Por otra parte, de ser esto legítimo en el plano de los principios, será preciso determinar bajo qué requisitos aquel consentimiento torna disponibles determinadas garantías judiciales³⁸⁶. En materia de allanamiento de domicilio, por ejemplo, la CSJN ha establecido que en algunos casos la mera condición de detenido de la persona que prestaba el “consentimiento” para el ingreso a la morada daba por tierra la validez del allanamiento y el posterior secuestro de elementos de cargo³⁸⁷; mientras que en fallos posteriores se terminó validando aquel consentimiento con independencia del carácter de detenido de quien lo prestaba³⁸⁸.

La detención preventiva siempre es mala consejera para legitimar acuerdos de colaboración, pues de alguna manera tiende a desnaturalizar la esencia misma de la detención cautelar que nos es otra que evitar la obstaculización de la investigación y el peligro de fuga del imputado. Por fuera de estos supuestos, la detención preventiva que solo se orienta a generar un campo propicio para la realización de un acuerdo de colaboración que permita recuperar de manera inmediata la libertad al imputado detenido, es una práctica que, cuanto menos, merece un amplio y profundo debate entre los Colegios profesionales de abogados e incluso el dictado por parte de éstos, de reglas o protocolos de actuación que sirvan de guía a los profesionales que se vean inmersos en estas nuevas problemáticas.

Cuando suele afirmarse que el sistema acusatorio - adversarial es superador del mixto que nos rige, es ciertamente correcto en cuanto a que separa de manera tajante la función de investigación y juzgamiento; pero no podemos negar que genera otros tipos de cuestionamientos en el plano de tutela de los derechos individuales que merecen ser abordados y que no pueden ser ajenos a los problemas básicos de ética profesional.

Tan importante es el papel del abogado penalista en este tipo de acuerdos que, incluso, existe un delito especial para quien, en el marco de un acuerdo de colaboración con la fiscalía y para acogerse a los beneficios que ello implica, aporta maliciosamente información falsa o datos inexactos a los investigadores³⁹⁰. Es evidente que el abogado no puede ser garante de la veracidad de los dichos de su asistido y sería desproporcionado exigirle al profesional corroborar fehacientemente la información que le brinda aquel antes de suscribir el acuerdo de colaboración. Sin embargo, sí parece clave -cuanto menos- la corroboración mínima de la relevancia de la información a aportar, como de su razonable posibilidad de acreditación posterior por parte de la investigación. En este contexto, la debida información al imputado por

³⁸⁵ En Italia, con la finalidad de evitar las “declaraciones en cuotas”, se prevé que el declarante deba atestiguar que no posee noticias e informaciones utilizables en el proceso sobre otros hechos o situaciones, incluso no conectados o vinculados con los referidos, de particular gravedad o que de todos modos evidencien la peligrosidad social de sujetos particulares o de grupos criminales (Cfr. VIGNA, Piero L., “Nuevos institutos procesales contra el crimen organizado”, en YACOBUCCI, Guillermo, (Coord.), “El crimen organizado. Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización”, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2005, 178-184.

³⁸⁶ En el ámbito de la garantía judicial que protege al imputado contra su autoincriminación, es interesante ver el voto en disidencia del juez Ciccario en C.Nac.A.Crim.Correc, 11-VI-2014, “L. B., M. G. I”, http://www.estudiojme.com.ar/p_articulos_detalle.php?id=101.

³⁸⁷ CSJN, Fallos, 306:1752.

³⁸⁸ Cfr. CSJN, Fallos, 311:836, donde se concluyó que mediando consentimiento para el ingreso no hay allanamiento de domicilio. En razón de ello, se concluyó que las distintas disposiciones procesales tendientes a limitar los alcances de un allanamiento resultan inaplicables. También puede verse CSJN, Fallos 311:2507.

³⁹⁰ El art. 276 bis. del CP establece que (...) “será reprimido con prisión de cuatro (4) a diez (10) años y con la pérdida del beneficio concedido el que, acogiéndose al beneficio del art. 41 ter, proporcionare maliciosamente información falsa o datos inexactos”. Este tipo penal ha sido incorporado al CP por el art. 2° de la Ley N° 27.304 (B.O. 2/11/2016).

parte del abogado de los riesgos penales en los que incurrirá si aporta información falsa también parece exigible para el profesional, a saber:

a) pérdida del beneficio concedido de colaborador;

b) configuración de un nuevo delito y riesgo concreto del dictado en su contra de una prisión preventiva, pues tal comportamiento evidencia una clara actitud de entorpecimiento en la investigación.

La legislación específica que regula la figura del imputado arrepentido asigna un papel fundamental a su abogado defensor³⁹²:

a) En la celebración del acuerdo el imputado arrepentido contará con la asistencia de su defensor.

b) El juez que intervenga en la homologación aprobará o rechazará el acuerdo presentado en una audiencia convocada al efecto con la presencia del imputado arrepentido y su defensor.

c) El juez escuchará a las partes y se asegurará que el imputado arrepentido tenga debido conocimiento de los alcances y las consecuencias del acuerdo suscripto.

d) El juez aprobará el acuerdo si el imputado arrepentido hubiera actuado voluntariamente.

Sobre este punto es importante tener claro que el imputado se encuentra protegido constitucionalmente contra la autoincriminación que implica que no puede obligársele a brindar información sobre aquello que conoce respecto del hecho investigado. Lo prohibido es compeler física o moralmente a una persona con el fin de obtener comunicaciones o expresiones verbales que debieran provenir de su libre voluntad.³⁹³ De allí, que la función esencial del abogado pasa por garantizar estas condiciones de libre consentimiento de su cliente para que pueda actuar como imputado arrepentido. La clave, entonces, está siempre en que el sistema judicial resguarde el ejercicio de la voluntad del justiciable y que el abogado penalista, como parte insustituible del buen funcionamiento de aquel, asegure la efectiva operatividad en la práctica del libre consentimiento de quien se incorpora al régimen legal del arrepentido.³⁹⁴

Sobre el particular, se ha sostenido que a todos los imputados se les ofrece la posibilidad de arrepentirse, pero ninguno está obligado a hacerlo. Quien opta en este sentido lo hace producto de una decisión libre y voluntaria a cambio de un beneficio futuro -reducción de pena- que, puede tener -sin duda- una repercusión actual -eventual excarcelación-, pero que no lo puede predecir como cierto al momento de declarar como arrepentido ya que, ello necesariamente requiere de la corroboración que el juez y el fiscal efectúen en los términos que estipula la ley³⁹⁵.

Dentro de este contexto normativo, aparece en primer plano la función esencial del abogado con relación al deber de informar debidamente a su cliente los alcances y consecuencias del acuerdo de colaboración que se dispone a suscribir. Sobre los extremos que debería contener este deber de información, es interesante mencionar algunos estándares judiciales que nos pueden orientar normativamente sobre el punto. Al respecto, se ha sostenido que es esencial informar al imputado arrepentido que:

a) En caso de aceptarse, el acuerdo será incorporado al proceso -por lo que en principio rigen las reglas aplicables al común de los elementos de las causas penales en cuanto a sus repercusiones, utilidad a la hora de la valoración y reglas de intercambio y acceso-.

b) A partir de la firma del acuerdo los investigadores verificarán la verosimilitud y utilidad, total o parcial, de la información que hubiera proporcionado.

c) De aparecer como probable la aplicación de la reducción de la escala penal, esta circunstancia podrá ser considerada a los fines de la excarcelación o de la exención de prisión. Ello con fundamento en que no se configura un supuesto de entorpecimiento en la investigación, sin que, por el contrario, se configura una colaboración activa con aquella.

d) Si proporciona maliciosamente información falsa o datos inexactos, aquello es susceptible de ser castigado con las penas del art. 276 bis del CP, además de la pérdida del beneficio³⁹⁷.

Me permite agregar, como una buena práctica, la importancia de filmar la audiencia judicial donde se presenta el acuerdo, como una debida constancia de las condiciones del imputado en la misma.

³⁹² Cfr. Ley N° 27.304 (B.O. 2/11/2016).

³⁹³ Cfr. CSJN, Fallos 318:2518 y 320:1717.

³⁹⁴ Al respecto se ha sostenido que no hay coerción ni engaño, porque las reglas están claras desde un principio y quien se acoge al mecanismo que prevé la ley las conoce cuando voluntariamente elige ese camino. No es obligado normativa ni físicamente a transmitir información útil; es él/ella y su abogado/a quienes deberán calcular cuáles son las consecuencias más ventajosas para sus intereses (cfr. Spolansky, Norberto Eduardo, "El llamado arrepentido en materia penal", L.L., T° 2001-F-1434).

³⁹⁵ Cfr. CCrim.Correc. Federal, Sala I, 20-XII-2018, "De vido".

³⁹⁷ Cfr. CCrim.Correc. Federal, Sala I, 5-X-2018, "Valiente". Sobre la legitimidad de este tipo penal se señaló que la Constitución Nacional establece un Derecho a callar, a abstenerse de declarar contra uno mismo. Por ende, que un hecho de esta índole sea punible no tiene ningún vicio constitucional, por más que el imputado no sea testigo, ya que la sanción tiene el efecto simbólico de declarar indebida la incriminación falsa de otro (cfr. Sancinetti, Marcelo, Dictamen sobre proyectos de leyes, así llamados, de Arrepentidos y Extinción de Dominio. Explicaciones Complementarias a la intervención del 3-VIII-2016 a disposición del H. Senado en versión taquigráfica de esa fecha, pág. 23). Aquello que se encuentra en juego con este tipo penal es un perjuicio real y concreto para la administración de justicia.

4. LAS INVESTIGACIONES INTERNAS EN LAS EMPRESAS: EL RESPETO DE LAS GARANTÍAS JUDICIALES, LOS ALCANCES DEL SECRETO PROFESIONAL Y LOS INTERESES CONTRAPUESTOS

A partir de la entrada en vigencia de la Ley 27.401 la República Argentina cuenta con un régimen de responsabilidad penal para las empresas por delitos vinculados con casos de corrupción de funcionarios públicos.³⁹⁹ Esto significa, en términos generales, que la entidad empresaria constituye un nuevo sujeto de Derecho penal, lo cual conlleva nuevas incumbencias para el abogado penalista como la aparición de posibles conflictos de interés y dilemas éticos que debe afrontar.

Me centraré aquí en aquello vinculado con la tramitación, contenido y alcance de las denominadas investigaciones internas. En este ámbito, no será poco frecuente que pueda configurarse la existencia de intereses contrapuestos entre el interés de la persona jurídica en ver preservada su responsabilidad penal y el interés de los funcionarios y empleados de aquella que, en aras de cumplir con sus deberes de colaboración para con su empleador, terminen autoincriminándose por la comisión de delitos que luego les generen, ya a título personal, un riesgo penal muy concreto.

Las investigaciones internas aparecen mencionadas en la Ley 27.401 en tres oportunidades, con distintos alcances y finalidades. La primera mención es entre las pautas legales de mensuración judicial de la pena a imponer a la asociación a través de la cual se realizó el delito en su provecho.

El artículo. 8 establece que:

(...) para graduar las penas previstas en el art. 7° de la presente ley, los jueces tendrán en cuenta el incumplimiento de reglas y procedimientos internos; (...); la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes; (...); la denuncia espontánea a las autoridades por parte de la persona jurídica como consecuencia de una actividad propia de detección o investigación interna (...).

En segundo término, aparecen expresamente mencionados en el marco de las eximentes de responsabilidad penal corporativa, cuando el inciso a) del art. 9 establece que será exenta de pena y responsabilidad administrativa la persona jurídica, cuando concurren simultáneamente las siguientes circunstancias:

“(...) a) Espontáneamente haya denunciado un delito previsto en esta ley como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna (...)”.

En tercer lugar, cuando entre los aspectos que podrían tener los programas de cumplimientos o integridad, se menciona expresamente:

“(...) V. Un sistema de investigación interna que respete los Derechos de los investigados e imponga sanciones efectivas a las violaciones del código de ética o conducta (...).

En el ámbito de la auditoría interna corporativa, se ha mencionado que las investigaciones internas buscan determinar hechos relevantes asociados a las conductas impropias de los integrantes de una empresa, tales como supuestos de fraude y corrupción; a la par de reconocerse que aquellas, sumadas a la consecuente denuncia espontánea ante las autoridades, constituyen una de las llaves esenciales para acceder al beneficio de la exención de las sanciones que impone el régimen penal empresarial.⁴⁰⁰ De allí la importancia clave de la actuación profesional de abogado penalista.

En este sentido, la dimensión práctica de tales investigaciones es crucial, ya que inciden de manera decisiva en el juicio de responsabilidad penal de la entidad, pudiendo llegar incluso a eximirla de aquella cuando ésta se autodenuncie ante las autoridades. El fruto de tal autodenuncia será el resultado de una investigación interna, lo cual implica una autoincriminación de la entidad para verse exenta de pena, a la par que implica aportar datos a los investigadores de los responsables internos del delito, quienes, eventualmente, podrían haberse autoincriminado en el marco de aquellas investigaciones.

Así, uno de los puntos neurálgicos pasa por establecer cuáles serán los requisitos centrales que deberán cumplir las investigaciones internas para, básicamente, cumplir con su misión especial que no es otra que, colaborar con el Estado en la detección, investigación y sanción de los delitos previstos en la legislación especial.⁴⁰¹ Por otra parte, y no por ello menos importante, constituyen un salvoconducto de responsabilidad penal corporativa para la entidad.

³⁹⁹ Publicada en el Boletín Oficial (BO) del 01-XII-2017, N° 33763, 3.

⁴⁰⁰ Cfr. SACCANI, Raúl R., “Investigaciones internas: una guía práctica”, en DURRIEU, Nicolás y SACCANI, Raúl R. (Dir.), Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresaria, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2018, 313-313.

⁴⁰¹ Al respecto es importante tener presente que nos estamos refiriendo a las investigaciones internas como un modo idóneo y efectivo de actuar como bloqueo de la tipicidad penal corporativa con relación a los delitos específicamente previstos en el art. 1 de la legislación en cuestión. Sin embargo, un sistema adecuado de investigaciones internas resulta recomendable para la prevención de la responsabilidad penal individual de los miembros del Directorio con relación a la totalidad de delitos que pueden llevar a cometerse dentro de la empresa y a través de ella, en su

En este contexto, resulta evidente que este tipo de investigaciones internas tienen una gran similitud con las investigaciones que llevan adelante jueces y fiscales penales ante la comisión de un delito. No por casualidad, la Ley 27.401 en su artículo 23 establece como un requisito del sistema de investigación interna que "(...) respete los derechos de los investigados e imponga sanciones efectivas a las violaciones del código de ética o conducta (...)". Nada más parecido a los fines y funciones del proceso penal. Esto es, la averiguación sobre la comisión de un delito, la individualización de los responsables de su ejecución y la consecuente imposición de una sanción por la realización de aquel.

Esta tarea de investigación no puede ser llevada a cabo de cualquier manera ni a cualquier costo, sino que debe respetar el sistema de garantías judiciales que la Constitución y las leyes procesales le otorgan a quien está siendo objeto de tal pesquisa. En esta inteligencia, es lógico y coherente sostener que la normativa penal empresarial exija que las investigaciones internas resguarden el respeto de los derechos de los investigados, como una manera de asegurar también, en el marco de dichas investigaciones, las garantías de debido proceso y defensa en juicio, tanto de la entidad como de aquellos funcionarios auditados. De allí la delicada labor del abogado penalista y las exigencias éticas que dicha práctica cuasi judicial le imponen.

Así, entre los requisitos de legitimidad y validez que tienen que tener dichas investigaciones internas puede mencionarse la exigencia de delimitar su objeto procesal. Es decir, la necesidad de detallar las circunstancias de tiempo, modo y lugar que integren el objeto de investigación con el mayor nivel de detalle posible, el cual deberá irse concretando a medida que avance la pesquisa. En términos procesales esto se ha dado en llamar la delimitación del objeto procesal.

Por otra parte, también deberá individualizarse el funcionario que estará a cargo de llevar adelante la investigación interna, quien, principalmente, deberá contar con plenas garantías de actuación independiente respecto del directorio y con pleno acceso a la totalidad de la información que se encuentre en poder de la empresa. Sin una verdadera independencia del responsable de la investigación, la garantía de transparencia de la misma no se encontrará asegurada. El abogado penalista que asuma tal responsabilidad deberá garantizar el debido proceso de la investigación interna.

Otra cuestión importante es determinar si los requisitos que debe contar el procedimiento de investigación interna deben estar regulados de manera previa al inicio de una investigación concreta. Aquí la analogía con el sistema procesal penal es aún mayor. Ello es así, puesto que se impone el diseño de antemano de reglas de procedimiento para la correcta investigación de conductas delictivas en el seno de una asociación a los fines de individualizar a sus responsables como una manera de asegurar la imparcialidad del sistema interno.

En efecto, la ventaja de contar con este marco normativo previo permite que:

a) Se conozca de antemano cuáles serán los requisitos que debe reunir la investigación interna, tales como la necesidad de delimitar su objeto y establecer que recaudos debe cumplir el equipo de profesionales y técnicos que lleve adelante la investigación.

b) Se delimite el alcance de validez de las injerencias a la intimidad de los investigados con la finalidad de preservar el valor probatorio de las distintas constancias que se vayan incorporando a la investigación.

c) Se regule la intervención en el proceso de los sujetos que van a ser objeto de investigación con la finalidad de asegurar -con los alcances propios de una investigación privada pre judicial- los derechos de debido proceso y defensa de los investigados.

Ahora bien, este catálogo previo de tópicos que debe contener el modelo de gestión de la investigación interna no debe ser exhaustivo como un código de procedimiento penal. Por el contrario, debe limitarse a delinear los principios fundamentales que deben regir la investigación interna, dejando abierta cierta flexibilidad para las circunstancias particulares que cada tipo de investigación demande. A continuación, un esquema de aquellas definiciones que se sugiere deberían contener los lineamientos generales de estos procesos de investigación, delimitados preliminarmente a la realización del delito que constituirá el objeto de su razón de ser:

a) La necesidad de delimitar el objeto de la investigación interna a partir de la enumeración de las circunstancias de tiempo, modo y lugar que serán objeto de análisis como acto preliminar al comienzo de la producción de las distintas diligencias probatorias.

b) La determinación de los requisitos de idoneidad e independencia que debe reunir el equipo de investigación que lleve adelante las tareas de acopio, relevamiento y análisis de la investigación. Sobre este punto particular es importante establecer si la investigación abarcará la actuación de la alta gerencia o si, por el contrario, la investigación involucra a empleados de menor jerarquía. En el primer caso es recomendable que aquella quede en manos del Directorio; mientras que, en el segundo grupo de casos, la misma puede ser encomendada al oficial de cumplimiento. En ambos casos con intervención activa del abogado penalista a los fines de legitimar la corrección del procedimiento.

provecho o beneficio; o simplemente para aquellos que se ven realizados por falta de cumplimiento de los deberes de control y supervisión sobre la actividad sin que impliquen, necesariamente, un beneficio patrimonial para la asociación.

c) La definición del momento en el cual se debe notificar del inicio de una investigación interna a los sujetos que son objeto de la misma y determinar el modo, la manera y el tiempo, en el cual quienes aparecen como responsables serán interrogados con relación al objeto del sumario.

d) El establecimiento de las diferentes etapas de la investigación, el marco de las facultades de investigación que tendrá la empresa, el alcance y límite de los deberes de colaboración de los empleados y los requisitos de las entrevistas que se desarrollen en dicho contexto, ya sea para los testigos como para los sujetos investigados.

e) Los recaudos para la preservación de la prueba y los requisitos de legitimidad en los procedimientos de recolección de la misma a los fines de establecer, de manera previa, los requisitos para que la pesquisa sea válida con relación a las expectativas de intimidad de los sujetos situados en el foco de la encuesta.

Además de la prueba documental y el relevamiento informático de datos, una de las diligencias más importantes en el ámbito de las investigaciones internas viene dada por el interrogatorio a empleados de la asociación con la finalidad de aportar datos relevantes con relación al objeto de la misma. De allí la necesidad de una adecuada delimitación de su objeto, lo cual nos permitirá centrarnos en los testigos útiles y pertinentes y dejar de lado aquellos superabundantes o ajenos al objeto de la investigación.

Es evidente que este tipo de interrogatorios tiene su correlato, en términos análogos con el proceso penal, con la prueba de testigos. De allí la necesidad de tener en consideración la regulación de dicha prueba en el sistema procesal que se aplica en la jurisdicción en la cual se llevará adelante la investigación interna. En el caso que nos ocupa -ley 27.401- por tratarse de delitos federales, el marco normativo a tener como guía será el Código Procesal Penal de la Nación y el Código Procesal Penal Federal de reciente implementación en algunas provincias de nuestro país y que en los próximos años es de esperar que tenga vigencia en todo el territorio de la Nación.

Con relación a las declaraciones en el sumario interno, es aceptado por todos que en el marco de una relación laboral existe el derecho del empleador a requerir información sobre el trabajo realizado por el empleado y que éste tiene el deber de brindarla. En este contexto, la propia jurisprudencia en materia laboral ha reconocido que la investigación interna es una figura cuyo ejercicio ha sido reconocido al empleador con fundamento en las facultades de organización y dirección a la que aluden los artículos. 64 y 65 de la Ley de Contrato de Trabajo⁴⁰².

Ahora bien, es cierto también que con motivo de este interrogatorio el empleado puede autoincriminarse en la comisión de algún delito, con lo cual se genera aquí una tensión entre los derechos y deberes de la relación laboral, con las garantías constitucionales que son propias de un proceso penal. A ello hay que sumarle que entre los requisitos para acceder a la eximente de responsabilidad penal contemplada en el art. 9 de la Ley 27.104, se encuentra en primer término la denuncia espontánea de la empresa de "(...) un delito previsto en esta ley como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna (...)". Es así claro que, puede configurarse el caso en el cual la empresa tomó conocimiento de un delito que luego denunció como consecuencia de un interrogatorio en el cual el empleado de la compañía se autoincriminó en el marco de aquella diligencia interna.

Por tal motivo, es esencial que los procedimientos que regulen internamente los mecanismos, modos y maneras en que dichas diligencias se lleven a cabo guarden la mayor relación de similitud con el sistema de enjuiciamiento penal para que:

a) la prueba allí recabada no resulte luego invalidada en sede judicial y;

b) aquella sea llevada a cabo de manera lícita para evitar que la eximente del artículo 9 quede inoperante.

Es decir, mal podría la empresa pretender hacer valer en su favor la eximente por haber proactivamente denunciado un hecho ilícito si aquel procedimiento fue llevado adelante en clara y palmaria violación a las reglas y garantías básicas del enjuiciamiento penal. Es aquí donde los límites y alcances del secreto profesional son un punto delicado a tener en cuenta por parte del abogado penalista que interviene como director de la investigación interna.

Es así, que de plano corresponde señalar que aquellas entrevistas que sean llevadas mediante engaño, ardid y que busquen inducir de manera maliciosa la confesión de una maniobra ilegal o un nivel de responsabilidad en la misma por parte del entrevistado, no cuentan con el respaldo de legalidad necesaria para ser legitimadas judicialmente con posterioridad.

Por otra parte, en el plano corporativo el tema de la confidencialidad de este tipo de diligencias es sumamente importante y delicado, al punto que ha dado lugar a aquello que en los Estados Unidos se denomina advertencia Upjohn que debe su nombre al precedente del cual surgió⁴⁰⁴. La advertencia mencionada establece que:

⁴⁰² Cfr. C.Nac.A.Trabajo, Sala VIII, 26-V-2014, "PASSERO, Ricardo Claudio c/ Universidad Argentina de la Empresa UADE s/ despido".

⁴⁰⁴ Cfr. "UPJOHN V. ESTADOS UNIDOS", 449 U.S. 383 (1981).

- a) los abogados representan a la compañía y no al empleado / testigo;
- b) el secreto profesional (privilegio) en la entrevista pertenece a la compañía y no al empleado;
- c) la empresa puede optar por renunciar a sus privilegios y divulgar los asuntos discutidos en una entrevista a las autoridades⁴⁰⁵.

La implementación de esta advertencia en nuestro medio cobra sentido si tenemos en consideración que la denuncia espontánea de una empresa sobre una conducta ilícita como fruto de una investigación interna puede eximir de responsabilidad penal a la asociación.

El tema de las entrevistas y sus requisitos de validez depende básicamente de diferenciar dos tipos de grupos de casos, el de los sujetos que no forman parte del espectro de sospechados y la de aquellos que sí lo son y sobre quienes puede luego recaer una investigación penal individual posterior. Al respecto es importante tener presente que la exigente del artículo 9 de la ley en estudio no implica que luego no se puedan llevar adelante acciones penales individuales contra los empleados y que las principales constancias probatorias en su contra surjan de los propios dichos que estos manifestaron en el marco de una investigación preliminar. A fin de salvaguardar los deberes éticos del abogado penalista de la empresa y evitar un conflicto de intereses, la advertencia Upjohn le debe ser informada al sospechado al momento mismo de iniciarse la entrevista.

Un conocido precedente judicial en nuestro país legitimó la incorporación a la investigación judicial de una conversación privada -entre un auditor y quien estaba siendo investigado judicialmente- pese a que éste ignoraba que su conversación estaba siendo grabada. Al respecto se estableció que el riesgo de una delación por parte del interlocutor es una posibilidad que se asume al hablar, y que uno resigna sus razonables expectativas de intimidad al conversar con otro. Ello, al establecerse que independientemente de que resultara grabado o no, carecía de algún tipo de expectativa de confidencialidad y no estuvo sometido a ninguna presión para expresar lo que manifestó y fue grabado. Máxime, conociendo las consecuencias de sus dichos, pues su relato estaba dirigido a quien la empresa había dado la función de averiguar lo ocurrido. Se concluyó que la exclusión como prueba de esas conversaciones, sin atender a las singulares características del caso concreto, en el cual un particular pretende corroborar, con los medios que la ciencia y la técnica colocan a su alcance, aquello que puso en conocimiento de la autoridad pública, comporta un exceso en la interpretación que se le asigna a las normas constitucionales que reglan la incorporación de la prueba al proceso⁴⁰⁷.

Para finalizar, otro punto importante pasa por determinar el alcance del secreto profesional en el marco de investigaciones internas y establecer la manera en cómo juega éste en dicho contexto cuando, en el ámbito de una investigación judicial, son evaluados como elementos de prueba de cargo las diversas constancias, comunicaciones y/o intercambio de correos o informes entre los abogados de la empresa y los funcionarios que están siendo investigados en el marco de la auditoría⁴⁰⁹. Al respecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea negó carácter confidencial a ciertos documentos vinculados con la comunicación entre ejecutivos y abogados internos de la empresa, en la inteligencia que el abogado interno (in house) no tiene el mismo nivel de independencia que el externo y por lo tanto, se convalidó la información y documentación como prueba de cargo vinculada con prácticas anticompetitivas⁴¹¹.

En nuestro medio se ha sostenido que:

“(...) la única comunicación que se encuentra protegida por el ordenamiento procesal son las comunicaciones que el encausado mantenga con su letrado defensor, toda vez que ha sido éste y no otro a quien le ha confiado su defensa (...)”⁴¹³.

Para este precedente, quedan excluidas de toda protección las comunicaciones con letrados que no revistan en carácter formal de defensores del imputado en una investigación concreta.

Otro punto que merece una mirada especial es la protección del producto legal o work product que ha sido definido como el trabajo del abogado que incluye todas las notas de carácter confidencial que el abogado ha integrado a la carpeta del cliente, ya sean la transcripción de lo transmitido por aquel, ya sean las

⁴⁰⁵ Cfr. SACCANI, Raúl R., “Investigaciones...”, 313-333.

⁴⁰⁷ CFCP, Sala IV, “SKANSKA S.A”, 13-IV-2016. En el caso es interesante señalar que el tribunal de instancia anterior había decretado la nulidad de la grabación de aquella conversación por haberse practicado de manera privada una vez que ya se había formalizado la investigación ante la justicia penal.

⁴⁰⁹ Para mayores detalles puede verse sobre el particular D’AURO, Maximiliano N. y FERNÁNDEZ, Tadeo Leandro, “El secreto profesional del abogado y las investigaciones internas”, en DURRIEU Nicolás y SACCANI Raúl R. (Dir.), Compliance, anticorrupción...189-197.

⁴¹¹ Cfr. Akzo Nobel Chemicals Ltd. and Akros Chemical Ltd. European Commission, Case C-550/07 (ECJ 14-IX-2010, ECLI:EU:C:2010:512. Muy crítico sobre este precedente GOBBI, Marcelo, “Abogacía interna en la Argentina. Reflexiones a partir de una sentencia europea sobre la confidencialidad entre la comunicación entre clientes y abogados”, en Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2008, t. 68, N° 2.

⁴¹³ Cfr. CFCP, Sala III, causa CCC 40.825/2010/47/2/CFC5, “Favale, Cristian Daniel y otros s/ recurso de casación”, 1-IX-2015.

propias conclusiones y opiniones que el caso le merece al profesional, como también las cuestiones de táctica y estrategia aplicadas al asunto⁴¹⁵. Todas estas constancias quedan abarcadas por el secreto profesional.

Otro de los puntos de interés que ha planteado la legislación penal empresaria sobre la actuación del abogado penalista es el cuidado especial que éste debe tener con relación a la posible configuración de intereses contrapuestos que pueden existir entre la entidad empresaria en sí misma considerada y los funcionarios que integran sus órganos de dirección y/o representación. Ello, en la inteligencia que la persona jurídica ha pasado a ser un nuevo sujeto de Derecho Penal y por ende sujeta a un sistema de sanciones que se ha independizado de la de sus directivos y/o representantes. En la actualidad puede sancionarse a la empresa con independencia de sus directivos y a éstos con independencia de aquella.

Para comprender la amplitud de la cuestión, no puede dejar de mencionarse que, en buena medida, el fundamento de responsabilidad penal de la empresa se basa en un defecto de organización como factor que ha posibilitado la comisión del delito por parte de empleados y/o funcionarios. Con otras palabras, la responsabilidad penal empresaria se fundamenta en la falta de control y vigilancia sobre la actividad⁴¹⁷.

En este contexto, es posible pensar que los accionistas tengan especial interés en plantear un esquema de defensa penal independiente a la de sus directivos e incluso, que el núcleo central de la defensa de la entidad pase por la atribución de responsabilidad penal individual a empleados y funcionarios. Extremo que se vuelve aún más complejo si tales conclusiones surgen como resultado de las tareas de investigación internas desarrolladas en el punto anterior. Para garantizar la defensa en juicio de las partes al evidenciarse este posible conflicto de intereses, la propia legislación especial ha establecido que: “(...) si se detectare la existencia de un conflicto de intereses entre la persona jurídica y la persona designada como representante, se intimará a aquella para que lo sustituya”⁴¹⁹. Estándar éste que puede ser aplicado cuando el conflicto de intereses se da entre la defensa de la entidad y la defensa de sus directivos o representantes.

Teniendo en cuenta estas consideraciones normativas, podría pensarse en las siguientes consideraciones objetivas para evitar que el abogado penalista incurra en aquella colisión de intereses:

a) El abogado que interviene en la defensa penal de la entidad a título corporativo debería abstenerse de actuar en defensa de algunos de sus directivos que están siendo investigados a título personal. Ello pues, evidentemente, el fundamento del marco de imputación de responsabilidad penal es bien diferenciado para ambas partes.

b) El letrado que actúa en la defensa de algunos de sus directivos -a título personal- no debería haber tenido ninguna vinculación con la tramitación de las investigaciones internas que no haya sido -exclusivamente- el haber actuado en defensa de su asistido en aquel contexto. Ello, porque mal podría haber sido el abogado a cargo del sumario interno de recolección de prueba e individualización de responsabilidades (o integrar el equipo de investigación) y luego actuar en defensa del director involucrado en las maniobras ilícitas que motivaron el inicio de la investigación penal en sede judicial.

c) El abogado que ejerce la defensa penal del directivo y/o funcionarios involucrados a título personal en la investigación penal se debe por entero a su cliente, con lo cual debe actuar con total independencia de la defensa penal de la empresa, absteniéndose de ser funcional a todo tipo de injerencia -lamentablemente no tan poco inusual- que busque ofrecer un “chivo expiatorio” que termine encubriendo la responsabilidad penal corporativa en perjuicio de su propio representado.

5. CONCLUSIÓN

Como se ha podido advertir, son muchos los desafíos profesionales que debe afrontar el abogado que ejerce su práctica en Derecho penal en el marco de un sistema acusatorio - adversarial. El necesario fortalecimiento de las facultades de investigación, selectividad, disponibilidad y capacidad de negociación que se les reconoce en dicho contexto a los fiscales, implica la necesidad de redoblar los esfuerzos de la defensa penal para actuar de manera útil y efectiva como garante de la legalidad y de la tutela de las garantías judiciales del imputado.

Asimismo, ha quedado evidenciado que la debida diligencia profesional del abogado penalista que actúa en aquel contexto se encuentra íntimamente vinculada con la garantía del imputado de contar con una defensa penal eficaz, a punto tal de constituirse en su verdadera razón de ser. Así, puede concluirse que la exigencia de llevar adelante una defensa penal eficaz se ha convertido en un nuevo estándar éticamente

⁴¹⁵ Cfr. LÓPEZ MIRÓ, Horacio G., “La prueba confesional, el privilegio de confidencialidad y el Derecho de rehusarse a responder”, LL Litoral 1999, 515.

⁴¹⁷ Para mayores detalles puede verse RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, Juan María, Riesgo penal para directivos de Empresa. Atribución de responsabilidad penal”, Bdef, Buenos Aires, 2016 y también de mi autoría, Imputación de Responsabilidad penal para la empresa”, Bdef, Buenos Aires, 2015.

⁴¹⁹ Cfr. art. 15 de la Ley N° 27.401.

exigible para el abogado penalista, cuyo incumplimiento le será reprochable en atención a las expectativas sociales de confianza en él depositadas.

BIBLIOGRAFÍA

BIDART CAMPOS, Germán J. (1989), Tratado elemental de Derecho constitucional argentino, T. I, Ediar, Buenos Aires.

D'AURO, Maximiliano N. y FERNÁNDEZ, Tadeo Leandro (2018), "El secreto profesional del abogado y las investigaciones internas", en DURRIEU Nicolás y SACCANI Raúl R. (Dir.), Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresaria, Thomson Reuters La Ley, 189-197.

FERRAJOLI, Luigi (1995), "Derecho y razón. Teoría del garantismo penal", Trotta, Madrid, 1995.

GOBBI, Marcelo (2008), "Abogacía interna en la Argentina. Reflexiones a partir de una sentencia europea sobre la confidencialidad entre la comunicación entre clientes y abogados", en Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, Buenos Aires, t. 68, N° 2.

LÓPEZ MIRÓ, Horacio G. (1999) "La prueba confesional, el privilegio de confidencialidad y el Derecho de rehusarse a responder", LL Litoral 1999, 515.

RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, Juan María (1997), "Defensa en juicio y control constitucional sobre la actuación profesional de las partes", LL 1997- F-376.

RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, Juan María (1999), "Ética del Abogado y crisis del sistema judicial", El Derecho, diario del día 16-III.

RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, Juan María (2015), "Riesgo penal para directivos de Empresa. Atribución de responsabilidad penal", Bdef, Buenos Aires.

RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, Juan María (2016), "Imputación de Responsabilidad penal para la empresa", Bdef, Buenos Aires.

SACCANI, Raúl R. (2018), "Investigaciones internas: una guía práctica", en DURRIEU, Nicolás y SACCANI, Raúl R. (Dir.), "Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresaria", Thomson Reuters La Ley, 313-313.

VIGNA, Piero L. (2005), "Nuevos institutos procesales contra el crimen organizado", en YACOBUCCI, Guillermo, (Coord.), El crimen organizado. Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 178-184.

JUAN MARÍA RODRÍGUEZ ESTÉVEZ

Abogado (UCA). Máster en Derecho Penal y Ciencias Penales (Universidad Pompeu Fabra). Doctor en Derecho y Profesor de Derecho procesal penal (Universidad Austral). Ex Director del Programa de Entrenamiento para Abogados (FORES). Consultor nacional e internacional en Derecho Penal y administración de justicia. Abogado litigante. jmre@estudiojmre.com.ar.

Lawyer (UCA). Master in Criminal Law and Criminal Sciences (Universidad Pompeu Fabra). PhD in Law. Professor of Criminal Law (Universidad Austral). Former Director of FORES" Training Program for Lawyers. International Consultant in Criminal Law and justice systems. Trial lawyer. jmre@estudiojmre.com.ar.

[\(Ir al INDICE\)](#)

DILEMAS ÉTICOS HABITUALES DE LOS ABOGADOS QUE SE DEDICAN AL DERECHO DE FAMILIA

JORGE A. M. MAZZINGHI

Resumen: El autor explica los dilemas éticos que enfrenta cotidianamente un abogado que se dedica al Derecho de Familia, referidos no sólo a derechos e intereses del cliente individual sino también a los de su grupo familiar. Se concentra en la naturaleza subjetiva de esos intereses y alerta sobre la tentación en que caen a menudo los abogados de pedir irrazonables medidas cautelares.

ABSTRACT: *The author explains the specific day-to-day ethical dilemmas affecting a Family-Law lawyer, as handling not only rights and interests of his or her client individual, but those of his or her family as well. He focuses on the subjective nature of those delicate interests and alerts on the temptation of getting irrational injunctions that lawyers often fall in.*

PALABRAS CLAVE: ética del abogado; Derecho de Familia; intereses del cliente.

KEYWORDS: *lawyers" ethics; Family Law; interests of the lawyers" client*

El ejercicio de la abogacía tiene aristas especialmente delicadas cuando la labor profesional se refiere a cuestiones o litigios vinculados al Derecho de Familia.

En este tipo de conflictos, en especial los vinculados a la nulidad de matrimonio, al divorcio y sus efectos, los efectos del cese de la unión convivencial, los deberes y los derechos de los parientes, a las acciones de filiación, las cuestiones relativas al ejercicio de la responsabilidad parental, y a algunos de los tópicos del Derecho Sucesorio como la indignidad, las afectaciones de la porción legítima, entre otros, la observancia y acatamiento de las reglas de la ética profesional revisten una importancia verdaderamente trascendental.

La razón de este significado primordial de la Ética en el campo del Derecho de Familia es el carácter complejo o compuesto del interés que el abogado que se dedica a atender asuntos de familia debe defender o resguardar.

Porque en los asuntos de corte patrimonial - civiles o comerciales- o en los que corresponden a la órbita del Derecho Laboral, o Administrativo, o del Derecho Tributario, el interés cuya defensa asume el abogado es singular, unívoco, y la labor profesional se identifica y ordena en una sola dirección.

El abogado que defiende al locador procura velar por sus derechos al cobro del alquiler pactado, a lograr que se mantenga el inmueble en buenas condiciones, a la restitución de la tenencia en el plazo convenido en el contrato. El embanderamiento es claro y rotundo. En un conflicto relacionado con el Derecho Laboral, el abogado toma un partido definido, enrolándose en la tutela de los derechos del empleador o velando por los derechos del trabajador.

En el Derecho de Familia la situación no tiene el mismo grado de definición. Porque el abogado que asume la defensa de uno de los cónyuges, o el de alguno de los progenitores en un litigio relativo al ejercicio de la responsabilidad parental, o el de quien pretende alimentos, o el del que debe satisfacerlos, o el del hijo no reconocido, o el de alguno de los herederos en un conflicto de indignidad o de afectación de la porción legítima, se identifica con el interés de su cliente ocasional, -como es lógico-, pero debe considerar también y velar porque no se conculque ni se lesione el interés de la familia.

El abogado de Familia es abogado de uno de los miembros de la familia, pero también es, en algún sentido, custodio del interés familiar y de la integridad de los vínculos y de las relaciones que existen desde antes de la aparición del conflicto y que seguirán existiendo en la época posterior a la dilucidación o resolución de la controversia.

Esta es una particularidad que hace al ejercicio del Derecho de Familia, y que exige una delicadeza y un cuidado especiales en el despliegue de la labor profesional.

Para ilustrar lo que planteo, puede pensarse en el caso de una madre divorciada que requiere autorización judicial para radicarse en el exterior en compañía de un hijo de pocos años. El padre se opone aduciendo que la pretensión materna importa una alteración sustancial en el régimen de comunicación que mantiene con su hijo, y una variación de su centro de vida. Los abogados de las partes tienen que hacer valer las razones que ambos progenitores tienen para fundamentar sus posiciones, pero más allá del interés particular de sus respectivos clientes, tienen que contemplar también, -aunque sea en un segundo plano-, si los planteos que formulan la madre y el padre del menor afectan el interés general de la familia, el derecho de la madre a su

propia realización, el derecho del niño a mantener su centro de vida, el derecho del progenitor a preservar un contacto fluido y frecuente con su hijo, el derecho de los otros hijos de los progenitores a conservar un trato cotidiano con el hermano que está por mudar su residencia.

La necesidad de esta doble mirada dificulta la observancia de la primera regla de la ética profesional que es la de la necesidad de velar por el interés del cliente.

Porque la madre puede tener interés en radicarse en el exterior en compañía de su hijo, pero también tiene que tener interés en preservar el vínculo del menor con su padre y con sus hermanos, evitando una ruptura o un quiebre que pueda afectar a todos. El padre, por su parte, procurará defender la estrecha y cotidiana vinculación con su hijo, pero también tiene que pensar en el Derecho de su exesposa a asegurar las condiciones de su mejor realización personal, en las ventajas que el cambio puede acarrear para el menor, y en la situación del resto de la familia.

En un conflicto de alimentos, el progenitor que conviva con el hijo menor titular del derecho alimentario procurará obtener el régimen más amplio y más completo, pero más allá de esta aspiración, -que es lógica-, también tiene que cuidar que el importe de la cuota que se establezca no constituya un peso excesivo que le impida al alimentante desenvolverse en un marco de relativa comodidad. Aquí también el interés del progenitor que está a cargo del cuidado personal del hijo común tiene que compaginarse con el del obligado al pago de los alimentos.

El abogado que patrocina a un supuesto padre demandado por filiación y daños y perjuicios puede recurrir a las defensas que su cliente pueda tener para demostrar la inexistencia de los presupuestos del pretendido vínculo, pero, al estructurar la defensa, también debe tener en cuenta el interés de quién reclama el reconocimiento de la filiación, y las consecuencias negativas que pueden resultar de una negativa cerrada u obstinada.

En casi todos los casos del Derecho de Familia, -los conflictos en torno a la supuesta indignidad sucesoria, los reclamos de una compensación económica, los conflictos vinculados al ejercicio del cuidado personal de los hijos-, el abogado de la parte tendrá que asumir que, junto con el interés más patente y más visible de su cliente, hay otro interés de corte más general que tiene que ver con la preservación de los vínculos familiares, y que puede afectar a otras personas y hasta a su propio cliente como integrante de la familia.

Esta suerte de duplicidad, o de interés compuesto, exige del abogado una sutileza muy especial. El abogado de familia se tiene que compenetrar con el interés primordial de su cliente, pero tiene que hacerlo de manera de no afectar grave e irreparablemente la estabilidad de los vínculos familiares y el interés de los otros integrantes de la estructura familiar.

En otros campos del Derecho, la identificación del interés que se defiende es más rotunda y excluyente. En un juicio de daños y perjuicios, el abogado de la víctima brega por obtener el resarcimiento más amplio que sea posible, y no debe preocuparse por el impacto que la indemnización puede llegar a generar en el patrimonio del responsable. En un caso de esta naturaleza, las partes que se enfrentan en el juicio son extrañas entre sí, y actúan movidas por expectativas opuestas que no se rozan ni se superponen.

Pero, -como creo haberlo demostrado-, no es esto lo que ocurre en el Derecho de Familia, en cuyo campo el componente moral tiene una trascendencia primordial.

Otro aspecto que dificulta el manejo de los parámetros éticos en el Derecho de Familia es el carácter eminentemente subjetivo de los intereses que entran en pugna en la mayoría de los litigios que corresponden a la especialidad.

En otras ramas del Derecho, el abogado de parte cuenta con una información sobre los antecedentes y expectativas de las distintas pretensiones que tiene una consistencia objetiva y más certera.

En un conflicto de índole comercial o administrativa o laboral, las posiciones de las partes se asientan, por lo general, en constancias documentales o en hechos más o menos precisos que admiten distintas interpretaciones pero que, en sustancia, responden a una realidad admitida y cierta.

En el Derecho de Familia, el abogado se encuentra con posiciones que reflejan sentimientos, frustraciones, ilusiones truncas, expectativas sobre el desenvolvimiento de un proyecto común o de una relación derivada de vínculos de filiación o de parentesco.

En los comienzos de la relación entre el abogado y el cliente, el profesional recibe la versión de la parte que acude a su consulta, pero esta primera exposición de los fundamentos de una determinada pretensión se va poniendo a prueba y se confronta con las otras interpretaciones sobre los mismos hechos, y con los sentimientos y enfoques subjetivos que explican las otras posiciones en pugna.

Este ejercicio desdoblado entre la identificación y la crítica es particularmente delicado, pues, en muchos casos, le exige al abogado una actitud analítica y confrontativa que puede comprometer la armónica relación entre el cliente y el profesional.

A pesar de esta dificultad, el cuestionamiento metódico es indispensable, pues, de no hacerlo, se corre el riesgo de acompañar posturas o reclamos que, a corto andar, pueden revelarse injustificados, o abusivos, o directamente impropios.

También es importante resaltar que el abogado que se dedica al Derecho de Familia tiene que poner especial cuidado para no sucumbir a dos tentaciones que son frecuentes y de implicancias ciertamente peligrosas.

La primera de ellas tiene que ver con la enorme facilidad que las partes tienen para lograr que los tribunales adopten medidas cautelares en resguardo de las pretensiones que se insinúan. En materia de cuidado personal de los hijos, o en reclamos tendientes a la fijación de un régimen alimentario, o en litigios vinculados a la calificación de los bienes o a la partición de la comunidad, es muy frecuente que se tomen resoluciones provisorias o que se avance sobre la órbita de la administración de los bienes pretendidamente gananciales. Estas resoluciones preliminares se dictan por lo general sin escuchar a la contraparte y sin una contracautela.

Esta amplitud favorece en muchos casos la atención inmediata del requerimiento de que se trate, asegurando la efectividad del propósito perseguido.

Pero también puede representar un instrumento de presión o un camino abreviado para lograr una primera posición favorable con miras al debate futuro.

Esta es la tentación que el abogado de Familia debe empeñarse en evitar.

Porque en muchos casos la parte que está por iniciar un litigio determinado puede sentirse inclinada a desfigurar los hechos o a exagerarlos para lograr una cuota de alimentos provisorios elevada que constituya un buen punto de partido para la discusión de fondo. O, en un litigio en torno a la partición de la comunidad, la parte actora puede querer forzar las cosas para lograr un embargo, o la inhibición de la contraparte, o el nombramiento de un interventor en el negocio del demandado con la intención de entorpecer su giro y de provocar una zozobra que debilite la posición del afectado y lo mueva a proponer un arreglo.

Las medidas cautelares apuntan al resguardo de determinadas situaciones, pero no pueden convertirse en instrumentos de presión o de ataque para lograr ventajas o posiciones de fuerza que van más allá de su propósito aparente.

La segunda tentación que puede asaltar al abogado de Familia es muchísimo más grave.

Ésta se combina con la proliferación de las situaciones de violencia o de abuso que desgraciadamente se presentan, -con creciente frecuencia-, en el marco de las familias.

Las disposiciones legales sancionadas en las últimas décadas se hacen cargo de estas lamentables realidades y brindan algunas soluciones expeditivas para apartar al supuesto responsable de la violencia o del abuso del entorno familiar.

Así, ante la denuncia de alguno de los miembros de la familia, es frecuente que los tribunales suspendan todo contacto del denunciado con la víctima, dispongan la exclusión del hogar del sospechoso, la prohibición de acercarse a menos de cierta distancia, y hasta la de mantener cualquier contacto virtual o telefónico.

Estas medidas de precaución se adoptan por lo general como cautelares, sin escuchar al acusado.

Aprovechándose de esta situación, hay abogados inescrupulosos que fomentan o agigantan estas denuncias de violencia o de abuso para obtener ventajas en el marco del enfrentamiento general. Porque la formulación de una denuncia por violencia familiar puede ser un medio extraordinariamente efectivo y rápido para obtener la exclusión del cónyuge acusado del hogar conyugal. Si el conflicto tiene que ver con el ejercicio de la responsabilidad parental sobre los hijos comunes, una denuncia de mal trato o de abuso puede ser la vía para apartar al supuesto autor de los excesos del contacto con la víctima.

El recurso es de un cinismo aterrador.

El abogado que alienta a su cliente a formular una denuncia falsa de violencia o de abuso para descolocar al contrario, alejándolo del escenario familiar, viola abierta y descaradamente los principios de la ética profesional.

El profesional podrá aducir que los planteos que sugirió se acomodaban a la versión de los hechos transmitida por el cliente. Pero, como se dice en el apartado anterior, el abogado tiene la obligación de analizar críticamente y hasta de exigir una cierta comprobación de la veracidad de los hechos referidos por el cliente, ya que, de lo contrario, se corre el riesgo de embarcarse, -con la parte-, en una maniobra desleal e intencionada tendiente a desacreditar al supuesto autor de la conducta ilícita.

También podrá escudarse en el hecho de que las medidas de apartamiento son transitorias y revocables, pero el argumento convence poco, pues el daño derivado de la exclusión del hogar o del contacto con los hijos resulta de la adopción misma de las resoluciones del Tribunal, y es muy difícil revertir el impacto negativo y recuperar la normalidad de las relaciones después de una acusación de semejante gravedad.

La ética es, según el diccionario, la “parte de la filosofía que trata de la moral y de las obligaciones del hombre”.

La ética profesional se refiere al comportamiento del abogado en el ejercicio de su labor, a la necesidad de que su conducta se ajuste a los principios de la moral.

Con relación al abogado que se desempeña en el campo del Derecho de Familia, lo más importante es que, antes de decidir los cursos de acción, el profesional realice un análisis interior y profundo sobre el sentido de los intereses que se propone defender.

Este examen no debe limitarse a los fines que el cliente procura alcanzar ni a los medios que la ley pone al alcance del profesional para lograrlos. El análisis tiene que ir más allá. Tiene que abarcar el sustento real y objetivo de las razones que la parte expresa en respaldo de sus pretensiones. Y tiene que contemplar los intereses de los otros miembros que componen la familia, y el interés familiar como concepto genérico y trascendente.

El abogado dedicado al Derecho de Familia no puede prescindir de esta valoración interior acerca del conjunto de los intereses comprometidos. Recién después de efectuar esta valoración en el ámbito de su conciencia, después de interrogarse acerca de los verdaderos motivos de la actuación requerida por el cliente, después de sopesar las probables repercusiones de un obrar determinado en los otros miembros de la familia, y en la estabilidad de la familia en sí, el abogado estará en condiciones de aconsejar los movimientos que juzgue más adecuados.

En el Derecho de Familia es inconcebible un obrar precipitado o irreflexivo, pues los sentimientos y las reacciones que se ponen en juego son particularmente delicados, y los daños que pueden causarse son realmente graves.

Por supuesto que en este análisis de las intenciones y de los propósitos, el abogado puede equivocarse, pero lo que es verdaderamente inexcusable es que el abogado prescinda de esta introspección y que se lance a la acción guiado por el deseo de ser materialmente eficaz o, -peor aún-, de obtener una retribución económica que pueda resultarle apetecible.

Es que la ética profesional no solamente le exige al abogado de Familia que actúe conforme a las reglas establecidas; le exige algo que es anterior y bien importante, y es la reflexión sobre el sentido de lo que se dispone a hacer, sobre la índole verdadera de los móviles que animan a su cliente, y sobre las probables repercusiones o consecuencias de su obrar en toda la estructura familiar.

Un abogado de Familia que le da la espalda a estas valoraciones que comprometen su conciencia y su experiencia, no actúa como un abogado, -de acuerdo con los requerimientos de la Ética Profesional-, sino como un simple operador jurídico, como un ejecutor mecánico de los deseos de su cliente que pueden estar mal inspirados o animados por propósitos innobles o dañinos.

JORGE A. M. MAZZINGHI

Abogado (UCA). Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA). Profesor de Derecho Civil (UBA). Exdirector del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires. Autor de libros y artículos sobre Derecho Civil y de Familia. jorge@mazzinghi.com.ar.

Lawyer (UCA). PhD in Law (UCA). Professor of Civil Law. Former member of the Board of Directors of the Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires. Author of books and articles on Civil and Family Law. jmre@estudiojmre.com.ar.

[\(Ir al INDICE\)](#)

PRINCIPIOS ÉTICOS PARA LOS ABOGADOS ÁRBITROS

PABLO A. PIROVANO

RESUMEN: El autor describe los principios éticos que deben primar en la actuación de los abogados; antes, durante y después de su actuación como árbitros jurisdiccionales. Las obligaciones de ser y mantener independencia e imparcialidad como contenedoras de los deberes éticos.

ABSTRACT: *The author describes the ethical principles that should prevail in the actions of lawyers; before, during and after their performance as judicial arbitrators. The obligations to be and maintain independence and impartiality as containers of ethical duties.*

PALABRAS CLAVE: árbitros; independencia de los árbitros; imparcialidad; ética de árbitros.

KEYWORDS: *arbitrators; independence; neutrality; ethic rules for arbitrators.*

“El estudio y el conocimiento especializado del Derecho le dan al hombre un rango aparte en la sociedad y hacen de los abogados una clase intelectual privilegiada. El ejercicio de su profesión diariamente les recuerda esta superioridad; son los maestros de una ciencia necesaria y no ampliamente conocida; sirven como árbitros entre los ciudadanos”.

Alexis de Tocqueville⁴²¹

Así refería Tocqueville al rol de los abogados en la incipiente democracia americana. Pero lo que en esta frase elegida parece ser un elogio, al reivindicarlos como “árbitros entre los ciudadanos”, a la vez disparaba una gran crítica a ellos por su aparente acomodo social entre la aristocracia y perfil conservador y antidemocrático.

Es por tal motivo que, el abogado árbitro debe ser y parecer en todo momento una persona dispuesta a cumplir firmemente el rol que le asigna el procedimiento. Su participación en el arbitraje no es producto de una designación estatal conforme los procedimientos constitucionales, sino que son los propios implicados en el conflicto quienes lo han elegido -directa o indirectamente- para resolver por ello.

Es necesario que el abogado árbitro entienda en la profundidad de su ser que las partes han puesto en valor la confianza que él y sus pares deben honrar mediante una conducta ética inexpugnable, incluso desde antes de aceptar la designación.

Existe en el marco del auge del arbitraje, una suerte de reivindicación de la dimensión ética de las relaciones humanas. Y es que el arbitraje no es una excepción dentro de las muchas formas de relaciones humanas y sociales, razón por la cual en una sociedad en que existe:

“una cultura de lo desechable, una clara desorientación valórica, y un hedonismo hacia el consumo, resulta de especial importancia la observancia de los principios éticos en el ejercicio profesional, dentro de lo cual está enmarcada la acción de los árbitros, tanto en el arbitraje nacional como internacional”⁴²².

Es conocido en el arbitraje el axioma que define un procedimiento arbitral como tan bueno como la calidad de los árbitros que lo conducen⁴²⁴.

Para sostener el axioma es que los árbitros -al igual que los abogados de parte- deben someterse a normas éticas de actuación. Ellas descansan sobre dos principios fundamentales que son recogidos por la mayoría de los reglamentos de los distintos centros de arbitrajes, tanto nacionales como internacionales, así como las legislaciones sobre arbitraje, ellos son, el de la independencia y el de la imparcialidad.

⁴²¹“Democracia en América”, parte II, cap. 8.

⁴²² Juan Eduardo Figueroa Valdés. La ética en el arbitraje internacional. <http://www.camsantiago.com/articulos/ARBITRAJE%20Y%20ETICA%202003.doc> p. 1

⁴²⁴ Hernán Palomino y Veytia, “EL perfil del árbitro comercial internacional” artículo publicado en la página web del Centro de Arbitrajes de México, página 4.

En la doctrina arbitral aparecen diversas obligaciones o deberes a cargo de los árbitros, que son clasificados en deberes impuestos por las partes, deberes impuestos por la ley, y deberes éticos; sin embargo, se advierte que en algunos casos ciertas obligaciones o deberes del árbitro, que podrían ser clasificados bajo alguno de los primeros dos rubros, pueden tener también un carácter ético.

Resulta indudable que las personas designadas como árbitros tienen a su cargo una tarea sumamente compleja y delicada, toda vez que deben componer una situación controvertida que enfrenta a las partes, casi como si se tratara de reconstruir un cristal que se ha quebrado. Por ello, se entiende que la actuación de estos árbitros tiene que sujetarse a determinados principios y estándares que garanticen la idoneidad de la decisión a la que arriben. Una parte muy importante de esos principios y estándares está constituida por los aspectos éticos del arbitraje⁴²⁶.

En el sentido apuntado, se ha sostenido que:

*“los árbitros se deben comportar de acuerdo con altos estándares morales y éticos y deben asegurarse de que se apliquen esos mismos estándares durante el proceso arbitral. Más aún, los árbitros son guardianes del orden público internacional, que incluye la dignidad e imparcialidad del proceso arbitral”*⁴²⁸.

Siendo sustancialmente importante la aplicación permanente de esos estándares para que el arbitraje sostenga su fortaleza como método alternativo de resolución de conflictos.

1. PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA

Es sustancial en el desempeño arbitral ser y permanecer independiente de las partes, de los co-árbitros y del centro de arbitraje al que pueden llegar a permanecer. En este último sentido, debe entenderse que el árbitro es quien debe decidir y no puede delegar su función en terceros, por lo que será solo él quien responderá de la decisión final, expresada en el laudo o sentencia arbitral.

Estas características deben encontrarse al momento de la designación, como también durante el restante tiempo que dure el procedimiento. Así es que, el árbitro no debe perder esa característica en ningún momento durante el arbitraje. Para ello, debe estar atento a cualquier circunstancia que pudiere modificar su independencia. Ya sea que se vean alteradas cuestiones profesionales de las partes con él y/o algunas de sus relaciones profesionales, como que se produzcan eventos personales que también sean demostrativos de una pérdida de independencia.

El Diccionario de la Real Academia Española define el vocablo “independiente” en su acepción tercera, como “[persona] que sostiene su modo de pensar o de actuar sin admitir intervención ajena”⁴²⁹.

El principio de la independencia en el arbitraje se traduce en que los árbitros no deben tener vínculos con las partes, o con las personas estrechamente vinculadas a éstas o a la disputa, ya sea en relaciones de carácter personal, social, económicas, financieras o de cualquier naturaleza.

De esta forma, para calificar si un árbitro es o no independiente deberán analizarse los vínculos “próximos, sustanciales, recientes y probados”⁴³⁰.

En el sentido apuntado, llegamos a la necesidad de determinar cuáles serán estos vínculos próximos, sustanciales, recientes y probados. Los que a todas luces parten de un análisis objetivo, ya que las características descriptas así lo imponen.

La proximidad está dada la cercanía profesional o personal que el árbitro pudiere tener con algunas de las personas involucradas de forma directa en el procedimiento arbitral.

Puede llegar a suceder que el árbitro tenga relación financiera o profesional con una de las partes. En el caso, no cabe analizar la posibilidad de una relación directa de empleo o servicios, la cual de plano no sería admisible, sino la existencia de una relación contractual entre una empresa o persona relacionada con la parte. Cuando aparecen estos supuestos grises, debe aplicarse el sentido común más que una norma formal y cabe esperar del abogado nominado que su juicio de independencia le haga no aceptar el caso si esa relación puede llegar a influir en su juicio y/o si pudiere levantar fundadas sospechas sobre su imparcialidad.

A los fines del análisis ético de cada situación, es necesario que sea el propio árbitro abogado quien evite colocarse en una posición de recusación. Así es que suele suceder que es nominado un abogado socio de un estudio jurídico con gran cantidad de clientes, quien, aun siendo un profesional con aptitudes reconocidas, se

⁴²⁶ Derik Latorre Boza. “Mitos y Quimeras: La Neutralidad en el Arbitraje”. Derecho & Sociedad, Asociación Civil. T*26, pág 357.

⁴²⁸ Bernard Hanotiau, en Estavillo 2013, Pág. 1122.

⁴²⁹ Diccionario de la Real Academia Española. <https://www.rae.es/dpd/independiente>

⁴³⁰ Francisco Gonzalez de Cossi. “Independencia, Imparcialidad y Apariencia de Imparcialidad de los Arbitros”. <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/INDEPENDENCIA%20IMPARCIALIDAD%20Y%20APARIENCIA%20DE%20LOS%20ARBITROS.pdf>. Con cita de Stephen Bond en “The Experience of the ICC in the Confirmation/Appointment Stage of an Arbitration, The Arbitral process and the independence of Arbitrators (ICC Publishing 1991) pág. 13.

encuentre frente al hecho que alguno de los miembros de su firma haya asesorado a una de las partes. Ello coloca al postulado en una situación de necesaria excusación. En este contexto no se duda de la profesionalidad del árbitro ni de su imparcialidad respecto a la resolución del caso, pero sigue existiendo un conflicto teórico de intereses económicos porque el estudio jurídico para el que el socio trabaja mantiene una relación económica con una de las partes y entonces la independencia se ve dañada aun en la apariencia. Y en este supuesto, la apariencia de independencia es fundamental.

Otra circunstancia que debe tenerse en cuenta es la eventual existencia de una relación económica o profesional anterior con una de las partes. Si bien en este supuesto el análisis es diferente en cuanto al grado de vinculación, importa precisar si el eventual interés económico o personal ha finalizado y si hay posibilidades que se reanude en el futuro. La relación generada por un vínculo laboral o profesional de larga duración muchas veces genera un nivel de cercanía que implica un necesario apartamiento por parte del abogado nominado, esencialmente por cuestiones éticas, ya que su independencia tendría reparos para las otras partes. En este tipo de supuestos, es muy común suponer que el abogado nominado tenga conocimiento de hechos relativos a la parte o a la marcha de sus negocios que, aun cuando no formen del caso presentado ante el tribunal, pueden incidir en su postura frente a la resolución del caso.

La Ley Argentina de Arbitraje Comercial Internacional⁴³¹ prevé de forma específica y sin admitir prueba en contrario que es inadmisibles la actuación del árbitro o de miembros del estudio jurídico, consultora u organización equivalente a la que perteneciere aquél, en otro arbitraje o proceso judicial:

a) Como patrocinante o representante de una de las partes, independientemente de la cuestión en debate, o;

b) Con la misma causa o con el mismo objeto, como patrocinante o representante de un tercero.

Aunque debe reconocerse que la opinión doctrinaria mayoritaria no adjudica a las relaciones pasadas bases sólidas para la recusación, desde el abogado nominado es muy necesario que haya una cabal convicción de que su independencia es tal que, no puede verse impactada en la imparcialidad para resolver la controversia.

Sea al ser nominado o bien con posterioridad, durante el procedimiento, el abogado debe informar, desde el primer momento que le sea posible, acerca de cualquier situación, hecho o circunstancia que pueda colocar en duda su independencia dentro del proceso.

Este deber ético se encuentra especialmente recogido por la *International Bar Association* en las Reglas Éticas sobre Arbitraje Internacional. De tal forma, existe el deber del árbitro de revelar a las partes cualquier relación comercial o social, directa o indirecta que haya tenido o tenga con ellas o con una persona que vaya a ser un importante testigo del juicio; agregándose que este deber de revelación debe cumplirse por escrito y ser comunicado a las partes y a los demás árbitros⁴³².

Por su parte, nuestra Ley de Arbitraje Comercial Internacional sanciona que:

*“la persona a quien se comuniquen su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas”*⁴³⁴.

De tal forma, dentro de las obligaciones de divulgación, los árbitros deben, al aceptar el nombramiento, hacer público cualquier interés financiero o personal directo o indirecto que pudiere tener en el resultado del arbitraje, como, asimismo, cualquier relación financiera, comercial, profesional, familiar o social, presente o pasada, que pudiere afectar su imparcialidad o que pudiese generar una aparente parcialidad o sesgo.

Esta obligación de revelación es de suma importancia y representa el núcleo del dilema ético, porque son necesarias las revelaciones para que las partes puedan ejercer su derecho a impugnar, ya que, a falta de un nivel adecuado de revelación, la imparcialidad del tribunal y su independencia sólo se basarían en la discreción del árbitro, sin ningún tipo posible de control sobre circunstancias que en la mayor parte del tiempo podrían permanecer desconocidas para las partes.

La otra cara de la misma moneda es el exceso de celo en la revelación. Parafraseando a Molière, el rigor excesivo a veces puede esconder un alma profundamente viciosa. La sospecha nunca ha permitido la creación de confianza. Por el contrario, la sospecha alimenta la sospecha. Un balance es lo que hay que encontrar. Hoy transparencia y ética son -con razón- una de las principales preocupaciones de la comunidad

⁴³¹ Art 28 de la Ley 27449.

⁴³² Vg. Art. 4º de las Reglas.

⁴³⁴ Art. 27 de la Ley N° 27.449

arbitral, la confianza es un bien volátil: se construye en décadas de esfuerzos, pero también puede desaparecer durante una noche⁴³⁵.

Por ello, es deber irrenunciable del árbitro meditar cuales son aquellas circunstancias serías que hacen necesaria una revelación, ello en pos de no generar innecesarias impugnaciones que solamente generan un dispendio innecesario dentro del procedimiento. A la vez, la excusación cuando no existe una causal puede privar al procedimiento de un buen árbitro, todo cual también puede recaer en una falta ética frente a la parte que lo ha designado.

Otro deber ético que el árbitro debe cuidar de respetar a rajatabla es la obligación de no comunicarse con sólo una de las partes o recibir informaciones o antecedentes que sirvan a la resolución de la controversia, en ausencia de la otra parte. Este es un deber ético que se encuentra recogido por las Reglas de Ética de la *International Bar Association*.

Surge del artículo 5º de las Reglas sobre Ética de la IBA que, durante el procedimiento arbitral, las comunicaciones entre el árbitro y la parte que lo designó deben evitarse. Incluso pueden ser la base para una recusación, demanda de nulidad o no reconocimiento del laudo arbitral.

En ese mismo sentido es muy importante que los árbitros se cuiden de no recibir regalos o aceptar muestras de hospitalidad directa o indirecta de una de las partes del arbitraje, debiendo a la vez evitar tener vida social o contactos profesionales con una de las partes.

Es importante remarcar la necesidad de que los árbitros no eviten comunicarse con una de las partes, sin la presencia de la otra, salvo cuando ambas partes sean citadas a una audiencia y sólo comparece una de ellas, o en el evento en que ambas partes autoricen que este tipo de comunicaciones se efectúen.

Otro deber ético del árbitro es el de confidencialidad. No pueden utilizarse las informaciones que pudieron ser recibidas durante el procedimiento arbitral para obtener ventajas personales o para favorecer o perjudicar a terceros. Esta obligación subsiste incluso una vez terminado el arbitraje. Si se trata de un tribunal arbitral colegiado, el árbitro debe mantener el sigilo acerca de las deliberaciones con los otros árbitros que llevarán a la decisión final⁴³⁷.

Este deber se encuentra, recogido por las Reglas de Ética de la IBA, las que establecen la obligación de confidencialidad en las deliberaciones del tribunal arbitral⁴³⁹. El árbitro obtiene muchas veces una relación de confianza con las partes que podría otorgarle un alto nivel de información, la que en ningún momento debiera utilizar durante el procedimiento arbitral en su propio beneficio, o de terceros o con el fin de afectar negativamente los intereses de otro; el árbitro debe mantener todas las cuestiones relacionadas con el proceso de arbitraje y la decisión adoptada bajo la más estricta confidencialidad.

2. EL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD

La *imparcialidad* es definida por el Diccionario de la Real Academia Española como la “falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud”⁴⁴¹.

La imparcialidad implica ausencia de preferencia o riesgo de preferencia, a una de las partes en el arbitraje a el asunto en particular, esto es, un criterio subjetivo difícil de verificar que alude al estado mental de un árbitro⁴⁴³.

En definitiva, consiste en poner entre paréntesis todas las consideraciones subjetivas del juzgador. Es un concepto que obedece a la esfera subjetiva del árbitro. Este debe sumergirse en el objeto, ser objetivo, olvidarse de su propia personalidad. La imparcialidad es en la esfera emocional lo que la objetividad es en la órbita intelectual⁴⁴⁵. La imparcialidad quiere decir desinterés por las circunstancias personales del caso y neutralidad.

La imparcialidad funciona como garantía procesal de un proceso justo. Es una cualidad consustancial a la propia función de juzgar; un juez parcial no es un verdadero juez. Aun así, la nota de imparcialidad no es equivalente al valor justicia, es decir, a su realización en un caso concreto, pese a su conexión con el derecho

⁴³⁵ María Laura Velazco. “La causal genérica de recusación en el Reglamento CEMA”, quien cita a Alex Moure y Alexandre Vagenheim, en “Conflicts of Interest: Towards Greater Transparency and Uniform Standards of Disclosure?”, 19 de mayo de 2009, Kluwer Arbitration. <http://www.medyar.org.ar/opinion-la%20causal%20generica.pdf>

⁴³⁷ Sobre esta materia puede consultarse el art. de Jan Paulsson y Nigel Rawding, publicado por la ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol.1, mayo de 1994, pág. 48 y siguientes.

⁴³⁹ Vg. Art. 9º de las Reglas.

⁴⁴¹ Diccionario de la real Academia Española. <https://dle.rae.es/imparcialidad?m=form>

⁴⁴³ Francisco González de Cossio. Ob. Cit.

⁴⁴⁵ Werner Goldschmidt, “Conducta y Norma, La Imparcialidad como principio básico del proceso” publicado en Revista Justicia y Verdad, Editorial La Ley, Buenos Aires, Argentina, año 1978, pág. 153.

a un juicio justo. Un juez estrictamente imparcial puede acabar por ser un juez injusto, pero es mucho más probable que un juez parcial sea injusto.

Con todo, el principio de la imparcialidad en el arbitraje no termina allí. A los árbitros se les exige también apariencia de imparcialidad, ya que no solo deben desplegar las credenciales intelectuales, académicas y profesionales requeridas por las partes, sino que además deben contar con las virtudes morales de un juzgador, debiendo ser virtuosos tanto en el fondo como en la forma.

Las apariencias son importantes para valorar si un árbitro es imparcial. No sólo debe hacerse justicia, sino parecer que se hace, con el fin de salvaguardar la confianza de los justiciables en los órganos judiciales.

Lo anterior cobra especial importancia en el arbitraje comercial internacional, desde el momento que es habitual que las partes provienen de distintas culturas y nacionalidades, lo que lleva a que muchas veces una conducta que para uno es imparcial para otro puede ser calificada de parcial, lo que requiere un mayor rigor y cuidado de los árbitros en la forma de conducirse, no solo siendo sino también pareciendo imparciales.⁴⁴⁶

La imparcialidad es una cualidad que el árbitro no puede permitirse que se ponga en duda en ningún momento del procedimiento. Entonces, no resulta posible que exista de su parte interés directo en el asunto objeto del arbitraje. En caso de que ello se dé, en cualquier momento que aparezca, el árbitro debe revelarlo en el marco del procedimiento. Resulta evidente que la exigencia de imparcialidad del árbitro pueda ponerse en duda cuando el árbitro tenga interés directo en el resultado del arbitraje, y tal circunstancia es sin duda una grave falta ética en caso de no ser revelada por el árbitro, tanto que se ha sostenido que, incluso cuando la parte recusante admita que no tiene sospechas de que el árbitro sea tendencioso o parcial, la recusación puede igualmente prosperar.

Otra circunstancia que el abogado nominado como árbitro debe evaluar antes de aceptar su designación, de modo tal que su imparcialidad no se vea afectada son sus opiniones sobre la materia objeto de controversia que hayan sido manifestadas con anterioridad. Claro está que estas opiniones deberán ser evaluadas por él teniendo presente si se tratan de dictámenes concretos sobre el caso, lo que, de modo certero, le impedirían intervenir, o bien son opiniones generales sobre la materia que pudiera involucrar la controversia, caso en el cual deberá evaluar con frialdad si sus convicciones pueden o no deparar en un juicio imparcial frente a los hechos concretos del caso. Y en tal análisis resolver sobre la aceptación o no de la nominación. De aceptar la nominación, lo aconsejable es que evite el nombramiento como presidente del tribunal a los fines de bajar el nivel de protagonismo dentro del tribunal.

Otro deber ético que el árbitro debe contemplar es el de mantenerse ajeno a las cuestiones personales que pueden darse durante el proceso. Y en caso de verse influido por alguna circunstancia que mine su imparcialidad, proponerse revelarla de inmediato para que las partes evalúen su continuidad en el procedimiento. Es fundamental que los árbitros deparen a las partes un trato procesal que no despierte ninguna sospecha sobre la eventual existencia de violación a alguna garantía procesal. En ese marco, la flexibilidad en la admisión de pruebas, celebraciones de audiencias, y/o pericias, como la concesión tiempo insuficiente e igual para presentar cualquier tipo de alegato es preponderante a los fines de mostrar que la imparcialidad se encuentra garantizada.

Por supuesto que el árbitro no puede ser genuflexo a los pedidos de las partes ni tampoco aspirar a un nivel de amplitud probatoria tal que, el procedimiento se vea desvirtuado por la cantidad de medidas probatorias, que pueden ser la mayoría de las veces, inoficiosas. En esos supuestos, siendo la toma de decisiones procesales uno de los poderes discrecionales de la mayoría de los tribunales, no habría juicio ético posible. Solo en casos de flagrante violación del derecho a un proceso debido, que ocasionen un perjuicio real a la parte, podrá tener éxito una recusación fundada en el argumento del proceso debido.

En consonancia con lo descrito precedentemente, resulta esencial que durante el procedimiento el árbitro disponga de toda su voluntad para llevar el arbitraje en forma diligente, eficiente, y en el menor tiempo posible, todo ello con el objeto de obtener una solución justa del conflicto. El ejercicio diligente de las funciones arbitrales es, sin duda, el mejor antídoto contra las eventuales tácticas dilatorias que pudieren darse durante el procedimiento arbitral⁴⁴⁷.

Cuando un árbitro se vea impedido, de jure o de facto, en el ejercicio de sus funciones o por otros motivos no las ejerza dentro de un plazo razonable, es su deber revelarlo y cesar en su cargo. La ley 27.449⁴⁴⁹ de Arbitraje Comercial Internacional dispone que de lo contrario “cualquiera de las partes podrá solicitar del tribunal competente conforme al artículo 13 una decisión que declare la cesación del mandato, decisión que será irrecurrible”.

⁴⁴⁶ Francisco González de Cossio. Ob. cit. pág. 3 y siguientes.

⁴⁴⁷ Bernardo Cremades, Momento Actual del Arbitraje Comercial Internacional en América Latina, publicado en revista N° 14 del Colegio de Abogados de Chile.

⁴⁴⁹ Art. 32 de la Ley N° 27449.

El deber de diligencia también es recogido por el Código de Ética de la IBA en su artículo 7º donde se determina la obligación del árbitro de conducir el arbitraje en forma diligente, de modo que los costos de este no aumenten desproporcionadamente. Es entonces una cualidad valorada que el árbitro lleve a cabo el procedimiento en forma ecuánime y diligente, que significa nada más y nada menos que procurar concluir el arbitraje dentro del menor tiempo posible en función de las condiciones del caso. Ello juega en tono a la posibilidad o no de procurarle al caso el tiempo y la atención que este se merece para que las partes obtengan el Laudo en los tiempos que ellas han previsto conforme al reglamento aplicable al caso.

A modo de conclusión puede decirse que el cumplimiento de los deberes éticos hace que los árbitros sean realmente imparciales, independientes, competentes, diligentes y discretos, todo lo cual redundará en obtener y en su caso preservar, la credibilidad y el prestigio del arbitraje como un mecanismo alterativo adecuado para la resolución de controversias.

PABLO A. PIROVANO

Abogado, Universidad de Buenos Aires, coautor de dos libros y de arts. relacionados al Derecho empresario y el arbitraje comercial. Socio de P&BA Pirovano & Bello Abogados. Árbitro del Centro Empresarial de Mediación y Arbitraje. Miembro y expresidente y actual miembro de la Comisión de Justicia, Organización Judicial y Ejercicio de la Profesión del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires. Miembro de FORES. papirovano@pyba.com.ar

Lawyer, Universidad de Buenos Aires, coauthor of two books and of articles related to business law and commercial arbitration. Partner at P&BA Pirovano & Bello Lawyers. Arbitrator of the Business Center for Mediation and Arbitration. Member and Former president of the Commission of Justice, Judicial Organization and Exercise of the Profession of the Bar Association of the City of Buenos Aires. Member of FORES. papirovano@pyba.com.ar

[\(Ir al INDICE\)](#)

EL ABOGADO NO PUEDE SER OBLIGADO A PRESTAR DECLARACIÓN TESTIMONIAL SI OPTA POR GUARDAR EL SECRETO PROFESIONAL

HERNÁN MUNILLA LACASA (*)

RESUMEN: El autor afirma que el secreto profesional y la confidencialidad de las comunicaciones con su cliente pertenecen a la conciencia del abogado, que debe prevalecer sobre los deseos de su cliente y que no puede ser condicionada por ninguna regulación. Sostiene que la voluntad del cliente no es la única fuente que obliga a callar, y que la misión del abogado se vería afectada si se convirtiera en testigo obligado a divulgar lo que ha sabido bajo secreto profesional. hmunillalacasa@mlsdp.com.ar

ABSTRACT: *The author asserts that secrecy and professional (or “attorney-client”) privilege are ruled by to the lawyer’s conscience, which prevails over his or her client’s wishes and cannot be affected by any regulation. He asserts also that the client’s will is not the only source that forces silence. The lawyers’ mission would be affected if he could suddenly become a witness and be forced to disclose what he has learned under professional secrecy.* hmunillalacasa@mlsdp.com.ar

PALABRAS CLAVE: abogado; ética profesional; abogado penalista; secreto profesional.

KEYWORDS: *lawyer; ethics; criminal lawyer; attorney-client privilege.*

1. EL CASO

Un cliente concurre al estudio de un abogado a fin de consultarle el grave problema legal que lo aqueja. La empresa que preside está atravesando una etapa de aguda crisis financiera; se encuentra ahogado por las deudas y jaqueado por los reclamos de los acreedores. Hombre avezado en negocios, preocupado por la preservación del patrimonio societario, quiere saber qué alternativas legítimas tiene a su alcance para lograr tal objetivo. También pretende conocer las sanciones que podrían corresponderle, para el supuesto de no respetar aquellas opciones que le son enunciadas. El abogado pondera el planteo, expone cuales son las alternativas válidas a su disposición y responde todas las inquietudes del cliente, quien da por concluido el servicio profesional. El abogado no vuelve a tener noticias del mismo, hasta que un tiempo después recibe una citación de un Juzgado Penal, para que comparezca a prestar declaración testimonial. Allí se entera que el cliente llevó a cabo actos de disposición patrimonial, los cuales fueron interpretados por un acreedor, devenido en querellante, como constitutivos del delito de quiebra fraudulenta.

El cliente, quien se encuentra imputado en la causa, argumentó en su defensa, para descartar la concurrencia de la culpabilidad dolosa requerida por la figura, que no estaba anoticiado de que tales actos podían ser considerados como fraudulentos, asegurando que los había realizado de buena fe. El querellante replicó sosteniendo que sí estaba interiorizado de ello, puesto que previo a adoptarlos consultó con un abogado, quien necesariamente debió informarle acerca de la situación legal, esto es, lo que podía y no podía hacer conforme a Derecho.

El juzgado le requiere al abogado de nuestro ejemplo que preste juramento de ley, y le pregunta si efectivamente dicha entrevista existió. También le hace saber que el cliente lo relevó del secreto profesional⁴⁵⁰.

¿El abogado está obligado a declarar?

2. REGULACIÓN NORMATIVA DEL SECRETO PROFESIONAL

Los fundamentos que sustentan la protección penal del secreto profesional son claros e indiscutibles. Nadie se animaría, seriamente, a controvertir su esencia, ni su alcance, ni su basamento dogmático, en fin, su razón de ser. Cualquier elogio que se ensaye de tales características hasta pecaría de sobreabundante. Sin embargo, al mismo tiempo que el Código Penal tipifica como delito la “revelación del secreto sin justa causa” (art. 156), el Código Procesal Penal, en su artículo 244, segundo párrafo, establece que el abogado,

Originalmente publicado en La Ley, 2 de junio de 2004.

⁴⁵⁰ Un ejemplo similar al expuesto brinda Alastair Watt, en Revista de Derecho Procesal, 1946-VI-Secc.1º, traducido del inglés por Manuel López-Rey Arrojo.

entre otras personas allí enumeradas, “no podrá negar su testimonio cuando sea liberado del deber de guardar secreto por el interesado”.

Surge así, a primera vista, pero en todo caso como premisa a verificar, que la ley procesal viene a introducir la “justa causa” requerida por la ley sustantiva. En dicho entendimiento, el abogado que quisiera conservar la confidencialidad de los secretos que le fueron oportunamente confiados, para el supuesto de que su cliente decida “liberarlo” del secreto, estará obligado a deponer bajo juramento legal. Si no lo hace, esto es, si se niega a declarar, el abogado a su vez será pasible de incurrir en el delito tipificado en el artículo 243 del Código Penal (“Será reprimido con prisión de quince días a un mes, el que siendo legalmente citado como testigo ... se abstuviera de ... prestar la declaración respectiva”), amén de que tal negativa puede significarle sufrir hasta dos días de arresto, conforme lo estipulado en el artículo 247, segunda parte, del citado ordenamiento.

Como vemos, el Código Procesal Penal le confiere al cliente la potestad de guardar o de levantar, a su entera discreción, el secreto profesional que depositó en su abogado, obligando a éste, en el último supuesto, a enfrentar la seria disyuntiva de acatar su voluntad, o de quedar sometido él mismo a proceso en caso de no querer complacerlo. En otras palabras, la integración del tipo penal, en lo que concierne a la “justa causa” mencionada por el artículo 156 del Código Penal, es a la sazón definida por el cliente, quien puede, si así lo desea, obligar a su abogado a declarar testimonialmente en una causa de su interés. Todo lo cual es lo mismo que decir que la “justa causa” se identifica con la voluntad del cliente. Ahora bien, debemos preguntarnos ¿el cliente alberga siempre una justa motivación para convertir en no operativa, esto es, en disponible, la figura penal que encierra el artículo 156 del Código Penal?

Al margen del interrogante propuesto, que debe ser respondido negativamente -aunque más adelante volveré sobre ello-, podría también sostenerse, desde otro enfoque, que el tipo penal acuñado en dicha norma es una suerte de tipo penal en blanco, pues la “justa causa”, como elemento normativo contenido en la previsión legal, habrá de ser dirimida, finalmente, en el marco del Código Procesal Penal (artículo 244, segundo párrafo), por imperio de la valoración y decisión que adopte el “interesado”. Si el “interesado” libera a su abogado del secreto confiado, como dijimos, éste no podrá negar ya su testimonio, y por cierto no cometerá el delito de violación de secretos, pues habrá concurrido la “justa causa” a la que alude el artículo 156 del Código Penal. En cierta forma, conforme el criterio expuesto, la ley procesal viene a ostentar así una mayor jerarquía normativa que la ley penal, pues tiene aptitud derogatoria de ésta.

¿Es esto admisible?

Me parece que no. Núñez explica en su tratado que el Derecho material prima sobre el Derecho procesal, y apunta que “cuando se trata de la justa causa para revelar el secreto profesional, en el Derecho procesal no se puede prescindir de la estructura que a ese secreto le ha dado el Derecho material”⁴⁵¹.

En esta dirección, no debe perderse de vista que la obligación de prestar declaración, cuando media relevamiento del interesado, está impuesta por una norma procesal (artículo 244, 2º párrafo), mientras que la obligación de guardar el secreto profesional está fijada por una disposición de fondo, que tiene una jerarquía normativa superior (artículo 156 del Código Penal).

Así, con relación a las personas obligadas a denunciar un delito, Creus afirma que:

“...el artículo 277 depende, en la apreciación de quiénes pueden ser autores, de la ley procesal, que es la que determina quienes tienen la obligación de denunciar. Pero la ley procesal no puede establecer una regla que se oponga a las de la ley penal...”⁴⁵². En igual sentido se expiden Soler ⁴⁵³ y Fontán Balestra ⁴⁵⁴.

Para completar la reseña del marco normativo relativo al secreto profesional, conviene señalar aquellas especificaciones que regulan la materia, dictadas en el ámbito de los colegios de abogados.

Así, la ley 23.187, que rige el ejercicio de la abogacía en la Capital Federal, impone a los abogados el deber de “observar con fidelidad el secreto profesional, salvo autorización fehaciente del interesado” (artículo 6, inciso f). A su vez, el Código de Ética del Colegio Público (artículo 10, inciso h), permite al abogado revelar el secreto profesional cuando así lo autoriza su cliente.

En la vereda opuesta, el Código de Ética de la Provincia de Buenos Aires, en su regla 11º establece, en su segundo apartado:

“La obligación de guardar secreto es absoluta. El abogado no debe admitir que se le exima de ella por ninguna autoridad o persona, ni por los mismos confidentes. Ella da derecho ante los jueces de oponer el secreto profesional y de negarse a contestar las preguntas que lo expongan a violarlo”.

⁴⁵¹ Ricardo Núñez, “Tratado de Derecho Penal”, T. IV, pág. 131.

⁴⁵² Carlos Creus, en “Protección penal y procesal del secreto profesional”, Colegio de Magistrados de la Provincia de Santa Fe, 1971, pág. 48.

⁴⁵³ Sebastián Soler, “Tratado de Derecho Penal”, T. IV, pág. 127.

⁴⁵⁴ Carlos Fontán Balestra, “Tratado de Derecho Penal”, T. V, pág. 385.

En igual sentido, entre las Normas de Ética Profesional del Abogado de la Federación Argentina de colegios de abogados (N° 16), se prevé:

“El secreto profesional constituye a la vez un deber y un derecho del abogado. Es hacia los clientes un deber de cuyo cumplimiento ni ellos mismos pueden eximirlo; es un derecho del abogado hacia los jueces, pues no podría escuchar expresiones confidenciales si supiese que podía ser obligado a revelarlas...” (Proyectadas por J.M. González Sabathié y sancionadas por la Federación en mayo de 1932).

Finalmente, el Código de Ética de la Orden de los Abogados de San Pablo establece que “prevalece el deber del secreto aun cuando fuere llamado como testigo”.

El lector comprenderá, en definitiva, que estamos en presencia de un serio conflicto de intereses, el cual no logra conciliarse ni siquiera en el ámbito donde rigen las normas éticas que regulan el ejercicio de la abogacía. Esto es, se enfrentan por un lado el interés social enderezado a probar, testimonio mediante, la verdad en juicio, aspecto que tiende a proteger la administración de justicia, y por otro lado el interés, también social, de resguardar el secreto, con lo cual se afianza la libertad individual, tomada ésta desde la dimensión que abarca la intimidad de las personas. ¿Cuál ha de prevalecer?

A no dudar, si los abogados pudieran ser conminados a declarar bajo juramento, para que ventilen las confidencias recibidas en el ejercicio de su magisterio, se estaría vulnerando la inviolabilidad de la defensa en juicio (artículo 18 Constitución Nacional). No concebimos que esta medular garantía, sobre la cual reposa todo nuestro andamiaje legal, pueda estar menguada por disposiciones de forma, contenidas en el Código Procesal Penal⁴⁵⁵.

Me he anticipado, es cierto, a emitir un rotundo juicio de valor acerca del planteo propuesto en este ensayo. Pero tal apresuramiento no significa, en modo alguno, que haya renunciado a analizar aquellos otros aspectos de la materia que indudablemente encierran cuestiones de suma relevancia. Cumpliendo tal premisa, debemos detenernos, seguidamente, en el concepto de “justa causa”.

3. ¿QUÉ ES LA JUSTA CAUSA?

Como dice Soler, de ordinario consiste en un verdadero estado de necesidad, en el cual se legitima la revelación por evitar un mal mayor. La justa causa excluye así la antijuricidad de la revelación del secreto. Ahora bien, si en verdad tiene por finalidad quitar al hecho el carácter de secreto, puede concluirse, según el autor citado, que la primera circunstancia constitutiva de justa causa sería el consentimiento del interesado.

Algunos autores sostienen que ni aun mediando dicho consentimiento el abogado puede declarar, pues con el interés puramente privado concurre, en forma simultánea, un interés público. Ello, sin dejar de mencionar, que no era necesario que el artículo 156 hablara de la existencia de una “justa causa”, pues ella existe cada vez que media una de las causales de justificación mencionadas en el artículo 34 del Código Penal.

Zeballos Cristobo, un autor que en esta materia nos parece insoslayable, aunque discrepemos con él en algunos aspectos, apunta que:

“El Código Penal Argentino, al final de su artículo 156, habla de justa causa. Esta expresión está mal empleada por una sencilla razón: porque para el Derecho penal argentino, la violación del secreto profesional es de orden público, y como tal, la revelación debe provenir de la ley y no de una justa causa, considerando está dentro, exclusivamente, de un carácter privado y personal entre el sujeto activo y el pasivo”⁴⁵⁷. Este autor piensa que solo la ley puede liberar de la obligación del secreto profesional, y no la voluntad del particular. Asimismo, tras reafirmar que el objeto de la tutela penal es el interés público, sostiene que “el sujeto pasivo de Derecho se reduce, en su importancia legal, a una mínima expresión. Como derivación de esto, el principio de la „justa causa“ desaparece”. Así piensa también Manzini⁴⁵⁸, para quien “la violación del Derecho atinge en su origen y en su justificación a razones de moralidad y de orden social, superiores a cualquier consideración y dispensa de carácter privado”.

Repasemos la opinión de otros autores. Chauveau-Hélie señala:

“En tesis general, la intervención de la justicia no modifica en absoluto las obligaciones de las personas a las cuales se confían secretos en razón de su estado o de su profesión, y ellas deben

⁴⁵⁵ “El sagrado Derecho de defensa exige, para su mejor cumplimiento y garantía, la inviolabilidad del secreto confidencialmente comunicado, reconocido en todos los tiempos por ser tan antiguo como la misma magistratura y consagrado definitivamente por los códigos como una tradición digna del mayor respeto: No patroni in causa cui patrocinium proestituerunt, testimonium dixant (lib. 22, tit. 5, Ley N° 25, Digesto), citado en Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo V, pág. 701.

⁴⁵⁷ “El secreto profesional del abogado”, en “Revista de la Universidad de Córdoba”, N° 1 y 2, de 1928.

⁴⁵⁸ En su “Tratado de Derecho Penal”, T. IV, pág. 710.

*abstenerse. Cuando son citadas como testigos, de responder a las interpelaciones que le son dirigidas, limitándose a declarar el título que les impone el silencio”*⁴⁵⁹.

*Este mismo autor refiere: “El abogado, como el sacerdote, recibe en el ejercicio de su profesión las confidencias de las partes, y debe considerar estas confidencias como un depósito inviolable. La confianza que sólo su profesión le atrae, sería una detestable emboscada si pudiera abusar de ella en perjuicio de sus clientes; el secreto es, por tanto, la primera ley de su profesión; si la infringe, prevarica”*⁴⁶⁰.

De la misma idea es J. des Cressonnières⁴⁶², para quien el secreto profesional se funda en el orden público:

“El abogado no podría recibir confidencias si pudiera ser obligado a revelarlas”. Más adelante dice: “Llamado a prestar declaración en justicia sobre los secretos que se le confíen en razón de su profesión, el abogado tiene el derecho de declarar o de escudarse en el secreto profesional; este derecho personal, es ejercido libremente por él, sin control, de acuerdo a su conciencia... Incumbe sólo al abogado, invitado a declarar, apreciar si debe o no responder al interrogatorio”.

Repárese hasta dónde se remontan los antecedentes de este criterio, que fue receptado en un antiguo fallo del Tribunal de Niort, dictado en 1844, en el cual se expresó:

*“El abogado está obligado siempre a guardar un secreto inviolable acerca de todo lo que conozca por ese título. Esa obligación es absoluta, es de orden público, y por ello no puede corresponder a nadie el derecho a liberarle de ella. El abogado no tiene en su declaración más regla que su conciencia, y debe abstenerse de todas las respuestas que ella le prohíba”*⁴⁶⁴.

Adolfo Parry, autor del conocidísimo libro sobre la “ética de la abogacía”, con cita de André Perraud-Charmantier, señala que:

*“la obligación del secreto ha sido establecida en un interés general; su violación no hiere solamente a la persona que ha confiado el secreto, hiere a la sociedad entera, porque quita a profesiones en las que la sociedad se apoya, la confianza que las debe rodear”. Y prosigue su reflexión de esta manera: “El consentimiento, dado a la divulgación, por la persona que ha confiado el secreto, no podría desligar, al depositario, del deber impuesto a su profesión; él puede, pues, y debe, abstenerse de declarar hechos de que ha recibido la confidencia en el ejercicio de sus funciones”. Incluso llega a sostener que “El nombre mismo del cliente que ha concurrido a su estudio, debe quedar en secreto”*⁴⁶⁵.

Por su parte, Rafael Bielsa, al referirse al secreto profesional, sin titubeos afirma que el fundamento del mismo es:

*“desde luego, el orden público en general, la defensa del cliente y el decoro profesional, puesto que si el abogado estuviera obligado a declarar lo que ha sabido en el ejercicio de su profesión, no podría honradamente aceptar confidencias; todo esto explica el secreto profesional”*⁴⁶⁶.

Un enfoque diferente sostiene Soler, que sigue en esto a Binding. Para el destacado penalista la posición correcta es que en caso de mediar consentimiento del interesado desaparece el secreto, desaparece el derecho a callar, pues lo que se incrimina es la voluntad de mantenerlo y, como hemos visto, en el caso analizado precisamente ocurre al revés, ya que la voluntad del interesado es la de revelar o dar a conocer el secreto.

En este punto nos permitimos disentir con la opinión del eminente profesor, pues su posición supone, a nuestro criterio, una interpretación extensiva del tipo penal, demandando en el sujeto pasivo la existencia de un propósito explícito, no requerido en la figura, esto es, la voluntad del interesado en mantener oculto el secreto confiado al profesional; cuando lo que el texto legal exige no es más que la concurrencia de “justa causa”, la cual no necesariamente debe identificarse con el consentimiento del interesado de que se libere el secreto.

La cuestión atinente a la primacía del interés público sobre el interés privado, o viceversa, nos conduce a repasar las diversas concepciones que han esgrimido los autores, enderezadas a explicar la compleja naturaleza jurídica que enlaza la relación entre abogado y su cliente.

⁴⁵⁹ Citado por Soler, en su Tratado, op. cit., Pág. 144.

⁴⁶⁰ Citado en este punto por Clara Campoamor, “El secreto profesional”, en J.A. 1943-IV,88.

⁴⁶² “Reflexiones sobre la profesión de abogado y las reglas profesionales”, Rosario, 1927, pág. 61.

⁴⁶⁴ Fallo recordado por Clara Campoamor. Op. cit. J.A., 1943-IV,90.

⁴⁶⁵ E.D., 1962, T.II, pág. 184.

⁴⁶⁶ “La abogacía”, Buenos Aires, 1934, pág. 182 y sgtes., aunque para el citado autor, la obligación del secreto no es absoluta, ya que ésta cede cuando con eso mejora la defensa de su cliente, o cuando un interés superior lo exige.

Están quienes, dentro del Derecho privado y bajo la influencia del Derecho romano, entienden que se trata de un contrato de mandato. La refutación que de esta postura realiza Ángel Ossorio en su recordada obra “El alma de la toga”, me exime de abundar en otras disquisiciones. Señala el célebre jurista español y Decano del Colegio de Abogados de Madrid que el mandato es una función de representación, mientras que el abogado, por regla general, no representa o no debe representar a su cliente, sino que lo asesora y ampara. Además, apunta bien Ossorio:

*“en el mandato es esencial la obligación por el mandatario de obedecer al mandante, en tanto que el abogado se deshonraría si aceptase el deber de obedecer a su cliente, pues en su especialísima relación ocurre todo lo contrario: que el cliente le obedece a él o que él abandona la defensa”*⁴⁶⁷.

Otros autores refieren que se trata de una locación de servicios, posición que incluso ha concitado la opinión dominante, según nos lo recuerda Bielsa:

*“(…) pero ello solo es verdad respecto de los abogados a sueldo que renuncian a su libertad para asistir a quien les paga y cumplir las órdenes que se le dan, pero ello no ocurre con los abogados libres que no aceptan compromiso ninguno, sino que defienden el asunto mientras les parece bien y lo abandonan en cuanto les parece mal, según la acertada apreciación de Ossorio”*⁴⁷⁰.

Finalmente, y sin dejar de mencionar aquellos que califican la naturaleza de la relación como de contrato sui generis o innominado, están quienes pregonan la tesis de que el secreto es un depósito, como dice Merger, “necesario, inviolable y sagrado”.

La tesis del depósito, fundamentada por Perraud-Charmentier, es categóricamente rechazada por Gómez⁴⁷².

“Es indefendible semejante opinión, porque, de acuerdo con la ley y con la doctrina, el contrato de depósito se verifica cuando una de las partes se obliga a guardar gratuitamente una cosa mueble o inmueble que la otra le confía, y a restituir la misma e idéntica cosa. En el supuesto no hay cosa -mueble o inmueble- que sea su objeto, porque no puede atribuirse tal carácter al secreto confiado. Atribuírselo, importa un contrasentido, si la palabra cosa ha de conservar, como corresponde, su significado jurídico. Además ¿cómo se opera la devolución del secreto? Y la devolución de la cosa que forma su objeto es de la esencia del contrato de depósito”.

También Ossorio critica la postura del contrato-depósito. Con sensatez afirma:

*“a cualquiera se le ocurre que un depósito sólo puede constituirse sobre objetos muebles y que una confidencia, una relación, un estado de espíritu no pueden depositarse aunque al que lo recibe se le llame, en lenguaje figurado, depositario del secreto”*⁴⁷⁴.

¿En cuál tesis se enrola nuestro Código Procesal Penal?

La norma consagrada en el artículo 244, segundo párrafo, parece ajustarse a la tesis del contrato depósito, pues de acuerdo con la naturaleza jurídica de tal instituto, sólo puede disponer del secreto, esto es, del depósito, su dueño, o sea, el interesado, el cliente.

Dicha teoría se basa en que el secreto profesional tiene por objeto prevenir un daño, el cual, de producirse, daría lugar a una acción por indemnización de daños y perjuicios (artículos. 1068 y 1109 del Código Civil). De ello se desprende que si el interesado releva al testigo, a su abogado, de la obligación de guardar el secreto, renuncia implícitamente a la acción y éste no podrá ya negarse a declarar⁴⁷⁵.

Tras analizar las diferentes posturas antes mencionadas, concluyo afiliándome, sin duda, en la tesis que propugna la primacía del interés público. Quien más ha influido para convencerme es Gómez, con el siguiente razonamiento: “desaparecida la confianza en los profesionales, a todos asaltaría el temor de requerir, a los únicos que se la pueden dispensar, la asistencia de sus intereses morales y materiales”⁴⁷⁷.

Este argumento nos conduce a responder otro interrogante: ¿a quién pertenece el secreto?

4. LA NATURALEZA DEL SECRETO. ¿A QUIÉN PERTENECE?

El concepto de “secreto” es muy laxo y de acuerdo con nuestro texto legal (artículo 156), comprende diversas categorías: estado, oficio, arte, empleo o profesión. Ello significa que abarca a sacerdotes, religiosos y numerosas actividades que no poseen carácter profesional, como los tutores, curadores, administradores.

⁴⁶⁷ “El alma de la toga”, pág. 53.

⁴⁷⁰ Op. cit., pág. 200.

⁴⁷² Eusebio Gómez, “Tratado de Derecho Penal”, T. III, pág. 432.

⁴⁷⁴ Op. cit. Pág. 57.

⁴⁷⁵ Así, Hugo Alsina, en “Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial”, T. III, pág. 547, y entre los penalistas: Florián, Elementos..., pág. 468; González Roura, III, pág. 180; Manzini, VIII, pág. 833; Díaz, pág. 287.

⁴⁷⁷ Op. cit. Pág. 432.

Puede sostenerse entonces que la condición secreta de un conocimiento no depende de la naturaleza del mismo, ni de la materia sobre la cual verse, sino, como apunta Molinario, del interés legítimo que alguien pueda tener en que aquél conocimiento no se revele ni divulgue. En este sentido acota Gómez, “Los hechos son secretos o dejan de serlo, por la reserva que a su respecto se guarde, o por la revelación o divulgación que de ellos se haga”⁴⁷⁹.

Se pregunta este autor:

“¿Quién decide acerca de la posibilidad de revelar el secreto sin daño para la persona que lo confió o a quién pertenece? No, ciertamente, los tribunales, que no conocen ese hecho, sus modalidades, sus consecuencias. No puede haber otro juez que la conciencia del profesional para pronunciarse respecto de la naturaleza secreta del hecho, cuando la justicia exige su revelación”.

Y de inmediato agrega, “El secreto, una vez confiado, no pertenece al que hace la confidencia; no pertenece, tampoco, al que la recibe, pertenece a la profesión que ejerce: pertenece a la sociedad, que reclama esa garantía de los hombres a quienes entrega el cuidado de sus más respetables intereses”.

Coincido plenamente con el citado autor, pero solo en la primera parte. He seguido y comparto, como se ha visto, muchos de los razonamientos vertidos en esta materia por Gómez, pero que el secreto profesional, una vez confiado, pertenezca a la sociedad, como ente difuso e innominado, me parece constituye una bien intencionada declamación, o una alegoría algo distante de la realidad y, por cierto, de la objetivación que requiere la tutela del bien jurídico bajo examen. No obstante, sirve para ilustrar, de manera elocuente, el lugar sublime, casi intangible, en que el destacado penalista sitúa la protección del secreto profesional.

La opinión de Núñez sobre la cuestión no ayuda a despejar el interrogante, y hasta diría que añade algo más de confusión⁴⁸¹. Dice el profesor cordobés “El interesado en el secreto no es su poseedor, ni quien lo lleva a noticia del obligado a guardarlo, sino aquel al que pertenece, se relaciona o afecta directamente el hecho que constituye el objeto del secreto”.

Hugo Alsina, por su parte, señala que:

*“No es exacto que el dueño del secreto sea la parte, pues media también una cuestión de ética profesional. No es sólo a aquélla a quien interesa la reserva, sino también al testigo, en cuya probidad y decoro confía la sociedad por razones de orden público. Por consiguiente, ni la parte ni el juez pueden obligar al testigo a revelar un hecho que en su concepto debe reservarlo por respeto a su dignidad profesional”*⁴⁸².

Existen otros autores que se enrolan definitivamente en la tesis contraria a la defendida, entre otros, por Gómez y por Alsina. Tal el caso de Horacio López Miró, quien señala que:

*“El “carácter de confidencialidad de las comunicaciones entre clientes y abogado está dado exclusivamente en resguardo y beneficio de los intereses del cliente, y así, la facultad o no de divulgar la información confidencial es un Derecho privado de la parte y, en consecuencia, ella misma puede decidir, con toda libertad, cuándo exigir o renunciar su cumplimiento. Sólo al cliente le interesa que algo que ha confiado a su abogado, se sepa o no se sepa, de modo que puede, sin duda alguna, dispensar al profesional de la obligación de guardar el secreto profesional”.*⁴⁸⁴

El criterio esbozado por López Miró nos parece que muy poco contribuye a afianzar la dignidad de la profesión de abogado, por cuanto lo ubica casi como mero dependiente de la voluntad de su cliente; como simple receptor y ejecutor de sus decisiones. Tal concepción le resta esencia, autonomía y valor al magisterio de la abogacía, rebajándola, en forma inconsulta, a las coyunturales conveniencias del cliente, de quien dependerá, en definitiva, que el testimonio del abogado sea utilizado como elemento probatorio, cual estilete en manos del esgrimista. Puesto a servir como instrumento, su dignidad estaría a la merced de quienes se valen de él. “El abogado, conservando la apariencia del patrono, serviría en la medida que resultara útil a los clientes”, según la inspirada pluma de Francisco P. Laplaza, quien en su imperdible “Elogio del Abogado”, refiriéndose a la utilidad que presta el abogado, remata diciendo: “El aparente honor de servir como siervo de la clientela, no debiera ser reivindicado por nuestros colegas”⁴⁸⁵.

López Miró, que por sus reflexiones parece adherir a la tesis del mandato, no tiene en cuenta que cuando el abogado ejerce la representación de los intereses de su cliente, no pasa a deberle sumisión, acatamiento ni obediencia de ninguna especie, puesto que, de lo contrario, al decir de Ossorio, se “deshonraría” a sí mismo.

⁴⁷⁹ Op. cit. T. III, pág. 441.

⁴⁸¹ Op. cit. T. IV. Pág. 127.

⁴⁸² Op. cit. Pág. 547.

⁴⁸⁴ “La ética del abogado”, Edit. Abeledo Perrot, 1995, pág. 112.

⁴⁸⁵ L.L., T. 129, pág. 1220.

Existen otros autores que postulan el mismo criterio. Así, el ya citado Alastair Watt, dice que el abogado convocado como testigo puede hablar o callar, pero él, el testigo:

“no es juez de dicha cuestión. No basta que consulte su conciencia profesional y que llegue a una decisión, que no es revisable, pues se olvida a veces que el privilegio de guardar silencio es a favor del cliente y no del testigo”.

Agrega que quien debe decidir tan delicada cuestión es el juez que interviene en el caso. Y añade:

“¿Se puede imaginar la escena, en una audiencia, en la que a un profesional se le permite guardar silencio mientras su cliente le insta a que hable y protesta diciendo que la cuestión no es confidencial para finalmente comparecer en el lugar de los testigos y exponer toda la historia? Para evitar tales absurdos, la corte debe obligar al testigo a responder cuando el mismo ha sido relevado de guardar secreto”.

Me permito señalar que la postura de Watt, en cierta forma semejante a la de López Miró, considera al abogado como mero depositario de una confidencia ajena, cuyo titular, así como la dispensa la puede retirar, de acuerdo con su discrecional parecer y sin necesidad de consultar la opinión de su otrora custodio⁴⁸⁷. Este enfoque, reitero, desvaloriza el rol del abogado, convirtiéndolo en un mero dependiente de la voluntad de su cliente. Más adelante desarrollaré los argumentos en que fundo mi discrepancia con esta postura.

En similar dirección se pronuncian Molinario-Aguirre Obarrio, quienes sostienen que no existen derechos absolutos. Concretamente dicen:

“El derecho del profesional a la reserva del secreto aparecería así como un derecho absoluto, como un derecho de cuya existencia y extensión sería único juez su propio titular. Semejante afirmación contraría principios elementales de nuestra organización jurídica. No hay, dentro de nuestra Constitución, derechos absolutos”⁴⁸⁹.

Al respecto diré que si bien no hay derechos absolutos (confr. Artículo 14 de la C.N.), cuando las leyes reglamentan el ejercicio de tales derechos muchas veces crean situaciones dilemáticas, generadoras de intereses encontrados, que terminan siendo superadas, leyes o fallos mediante, con la salvaguarda de unos en detrimento de otros, sin que ello autorice a consagrar el absolutismo de ningún derecho. Así, para no desviarnos mucho del tema, solo para mencionar algunos ejemplos vinculados con la materia, repárese la contraposición de intereses entre el médico obligado a denunciar los delitos contra la vida que conozca en el desempeño de su profesión y el secreto profesional; o el abogado, funcionario público, que conoce de la comisión de un delito a raíz de la confidencia que le hace un cliente, y el secreto profesional⁴⁹⁰.

Clariá Olmedo también se inscribe en la misma posición que venimos comentando. Sostiene:

“Nada puede impedir que se imponga el testimonio sobre hechos que prácticamente dejaron de ser secretos porque ya se han divulgado suficientemente o el propio interesado pide su revelación en juicio. ¿Acaso no se favorecería el imputado con ese testimonio? ¿Cómo habrá de evitarse la introducción en el proceso de un valioso elemento probatorio ante la invocación de un escrupulo profesional?”⁴⁹²

Como se ve, estos simples ejemplos muestran una clara contraposición de derechos, entre la administración de justicia de conocer un hecho delictivo y de obtener un testimonio; y el derecho de aquellas personas que son custodios de confidencias recibidas en el desempeño de su magisterio, por cuanto lo que en este caso se tutela no es el capricho antojadizo de los profesionales en retacear su colaboración a la justicia, sino la incoercibilidad de su libertad, de su intimidad, de su conciencia, por cuanto en ella alojan un secreto del cual no pueden liberarse, ni aun mediando consentimiento del interesado, a quien le ha dejado de pertenecer.

La inviolabilidad de ese secreto está fundada en la propia ley material, que acuña su punición en el artículo 156, pues resulta evidente el interés público de que se protejan las confidencias obtenidas por razón del ejercicio profesional. El interés público, claro está, no puede ser víctima de un contrasentido. En efecto, la ley material que obliga al abogado a guardar un secreto no puede luego ceder ante la ley adjetiva que lo fuerza a revelarlo.

Sobre el tópico rescatamos el siguiente fallo:

⁴⁸⁷ Lo más probable es que cuando el cliente releve a su abogado de la obligación de guardar secreto, lo haga con el propósito de mejorar su situación procesal, de afirmar sus pretensiones o sus Derechos. Difícilmente haya de pedirle al abogado que declare bajo juramento para perjudicarlo. ¿Debemos en tal caso prestarnos a ser utilizados como herramientas por el cliente?

⁴⁸⁹ “Los delitos”, T. II, pág. 144.

⁴⁹⁰ Confr. Martín López Olaciregui, “La doble obligación de los abogados que ejercen su profesión como funcionarios públicos, de guardar el secreto profesional y el de denunciar los delitos de acción pública que conozcan en el ejercicio de sus funciones”, Bs. As. mayo 30 de 2001, Suplemento N° 6248.

⁴⁹² “Tratado de Derecho Procesal Penal”, T. III, pág. 324.

“No ayuda a eludir la investigación de la justicia ni a sustraerse a su accionar, el abogado que cumple con el deber legal de guardar el secreto profesional, porque en caso contrario la seguridad jurídica de quienes confían sus conductas a sus apoderados se vería constantemente amenazada, no pudiéndosele exigir en la emergencia otra conducta al profesional, quien, de lo contrario, caería dentro del tipo penal de violación de secretos”⁴⁹³.

Por su parte, el Tribunal de Disciplina del Colegio Público de Abogados ha dicho que:

“El deber de reserva constituye un derecho pero primordialmente un deber del abogado, y su violación hiere a la sociedad entera porque quita, a las profesiones en las que la sociedad se apoya, la confianza”⁴⁹⁵.

Volviendo al interrogante propuesto al comienzo de este capítulo, esto es, ¿a quién pertenece el secreto?, hemos visto que no hay uniformidad de criterio entre los autores para brindar una respuesta unívoca, y ello demuestra, palmariamente, que no es tarea sencilla definir la naturaleza jurídica de la relación existente entre abogado y cliente.

5. EL SECRETO PROFESIONAL PERTENECE A LA CONCIENCIA DEL ABOGADO

Por mi parte, considero que el secreto pertenece a la conciencia del abogado. “Es a su conciencia y a su tacto a quienes corresponde fijar los límites que deba tener el secreto”, según palabras de Appleton. La conciencia del abogado actúa siempre por encima de los deseos del interesado, y no puede ser condicionada por ninguna otra regulación.

Nadie puede negar el obvio interés del confidente en que se guarde el secreto, pero, como dice Florián, éste resulta insuficiente, pues:

“(…) el deber de secreto tiene su razón de ser no en la voluntad del que lo confía, sino en la especialidad de la profesión en virtud de la cual es confiado y en la naturaleza de los deberes que, en el interés general, son impuestos a los profesionales”.

Permítaseme explicar las razones en que fundo mi convicción.

La norma que tipifica el delito de violación de secretos (art. 156 del C.P.), se refiere al sujeto activo de la conducta reprimida, como aquél que “teniendo noticias, por razón de ...su profesión... de un secreto, lo revela sin justa causa”. Es decir, abarca no sólo el secreto confiado, sino también aquel que el abogado haya conocido en el desempeño de su mandato. En otras palabras, puede tratarse de un secreto comunicado, como de un secreto advertido por el profesional (Soler). En forma similar lo expone Parry: “El secreto se debe no solamente sobre lo que el abogado „aprende“, sino sobre lo que el abogado „sorprende“ en el ejercicio de su profesión”.

Por lo dicho, puede ocurrir que el abogado haya conocido algo acerca de lo cual ni el propio cliente está impuesto. En este caso no hay voluntad del interesado en guardarlo, porque no conoce el hecho, y sin embargo el secreto existe y es igualmente exigible para el profesional. Esto demuestra que el bien jurídico protegido es algo difuso⁴⁹⁷. Reitero, la reserva que debe observar el abogado no está limitada a lo que le confíe su cliente, sino también a otros aspectos que obviamente deben quedar bajo estricta reserva. En otras palabras, la voluntad del interesado no es la única fuente que obliga a callar. Allí se advierte, a mi criterio, el error en el que incurre López Miró, quien vacía de contenido la noble función del abogado.

¿Por qué se le sustrae al abogado la entidad de sujeto autónomo de la relación profesional?

Probablemente porque no se haya terminado de comprender, en su verdadera dimensión, que el abogado en el ejercicio de su profesión cumple con un altísimo magisterio; y que ese mismo magisterio, para merecer el respeto indisputable y desinteresado de la comunidad, debe estar coronado con el sello inexpugnable de la confidencialidad.

Repárese que, al abogado, como al médico, es necesario recurrir. Es una imperiosa necesidad de orden práctico. No se concibe el desenvolvimiento de una sociedad jurídicamente organizada sin la tarea de los abogados (advocatus, vocatus ad: “llamado a socorrer”). Se lo consulta sobre los más diversos quehaceres y, muy especialmente, con relación a hechos referentes a la vida privada de las personas que no están al alcance de terceros, o de cualquiera; aunque no necesariamente deben constituir hechos ilícitos o inmorales.

Se requiere la opinión de abogados en cuestiones patrimoniales, de orden moral, societarias, familiares, laborales. Cualquier emprendimiento, privado o público, comercial o de la índole que fuera, reclama la consulta y participación de asesores letrados. Cualquier acto de la administración pública, o de particulares, que tiende a restringir los derechos de las personas, su capacidad volitiva, espiritual, intelectual y física,

⁴⁹³ Cámara de Acusación, Salta, Sala 2°, “Mansilla y otros”, rta. el 7/5/92.

⁴⁹⁵ T.D., causa N° 3174, Sala III, rta. el 10/9/93.

⁴⁹⁷ Para Florián es supraindividual (Elementos... pág. 455).

genera la inmediata intervención de abogados, en sus diferentes especialidades. A todas estas personas que necesitan dicho auxilio, la ley penal les garantiza que aquellos a quienes recurren guardarán estricto secreto de todas las noticias que hubieran obtenido, en forma revelada o descubierta, en el ejercicio de dicha profesión.

Es más, no sólo se necesita el asesoramiento de un abogado, también es menester tener la seguridad de que nadie, si así le conviniese, habrá de enterarse de las causas determinantes de su necesidad. Lo que el cliente revela al abogado, se trata por lo general de hechos no conocidos y que el autor de la confidencia aspira a que no se divulguen, que no trasciendan, ni siquiera a una sola persona. El bien jurídico, entonces, reposa en la protección de la intimidad de las personas, o de la libertad civil, como la llama Molinario. Porque ese interés en que se conserven tales secretos gravita en el espíritu de las personas de tal forma que constriñe su desenvolvimiento o comportamiento. Esta circunstancia no puede resultar indiferente a la ley penal. Si la ley no protegiese esa confianza, dice Gómez, estatuyendo una pena “para los que la traicionan, para aquellos que entregan su patrimonio moral, los ciudadanos se verían cohibidos en su libertad de buscar la defensa para sus bienes morales y materiales”⁴⁹⁹.

Con envidiable claridad reflexiona Rafael Gallinal:

“El ministerio del abogado exige de parte del cliente las confidencias más íntimas y absolutas; cómo podría él dar una opinión sin tener bajo sus ojos todos los actos que directa o indirectamente se relacionen. Y la ley que provoca, que impone estas confidencias de los ciudadanos para con los abogados, no puede exigir de éstos que la traicionen. Las leyes que acuerdan al abogado el título de consultor no pueden forzarlo después a que revele las confesiones que se le han hecho. Tal sistema pondría a la ley en contradicción consigo misma, sería inmoral, inicuo y absurdo. La inviolabilidad del secreto no es sólo para los abogados una cuestión de honor, sino también de la esencia de su ministerio”⁵⁰¹.

El abogado, en el ejercicio de su magisterio, ha conocido de parte de su cliente las revelaciones más íntimas, detalladas y secretas, ¿acaso no se afectaría notablemente la libertad de tal ministerio si el abogado fuera convertido de pronto en testigo, y obligado a la divulgación pública de lo que ha sabido merced al secreto profesional?⁵⁰³

La relación que se entabla entre cliente y abogado es bilateral, compuesta e integral. Se genera una corriente de comunicación en ambos sentidos, fecunda y desinhibida, en la cual el cliente va abriendo poco a poco su alma, entregando hasta los más nimios detalles de los hechos materia de consulta o, en su caso, de proceso. El abogado conoce así, ilimitadamente, la intimidad de todos esos componentes, y para él ese conocimiento es sagrado, porque el cliente, al decir de Zeballos, “le confió el destino de su vida”.

Entre otras tareas del abogado figuran las de reunir datos y coordinarlos, encontrando el hilo que los vincula; descubrir gestos y miradas; ordenar y guardar, bajo el escudo de su silencio, todos esos elementos que laten en lo más íntimo del ser. Algunas veces tendrá que penetrar en capas más recónditas, sin ofender ni lastimar. Otras veces tendrá que sosegar pasiones que enturbian el entendimiento y, con paciencia, aportar claridad y mesura para percibir e incorporar las confidencias del cliente.

Como ha dicho magistralmente Ceferino Merbilháa:

“El abogado goza de la más amplia libertad, a diferencia de los jueces, que se ven constreñidos a ignorar oficialmente todo lo que no esté cosido en el expediente. El abogado puede interrogar a las partes y a los testigos sin cortapisas, y obtener de ellos el mayor grado de sinceridad de que sean capaces, pues el cliente se confiesa con su letrado y los demás hablan en su presencia con menos inhibiciones que ante el juez y puede enfrentarlos sobre el terreno mismo donde las cosas mal llamadas inanimadas suelen tener un lenguaje más expresivo que el de los hombres. Le es dado interpelar, sorprender, pesquisar”⁵⁰⁴.

Si fuese el juez, como sostienen algunos de los autores antes citados, quien debe evaluar la pertinencia de relevar el secreto del abogado, ¿no implica ello, acaso, que el juez deba interiorizarse, en primer término, de todos los detalles que, precisamente, se trata de reservar? Que el magistrado pueda juzgar la aplicación de la regla y de la excepción, acatando la reserva o relevándola según fueran las circunstancias de hecho, ¿no atentaría contra la inviolabilidad del secreto?⁵⁰⁵

⁴⁹⁹ Op. cit. pág. 453.

⁵⁰¹ Acerca de sus estudios sobre el Código de Procedimientos civil del Uruguay, citado por M.M. Cristoforetti en J.A. t. 1, pág. 491.

⁵⁰³ Parry, en su obra, vierte una reflexión semejante y comenta la siguiente referencia: “Una consulta de los veinticinco más antiguos abogados de la Corte de Casación de Francia fue de opinión que el abogado debe ser dispensado de declarar como testigo sobre los hechos profesionales”. Y de inmediato agrega: “Todos los autores, civilistas y criminalistas, salvo algunas raras excepciones, reconocen este Derecho al abogado”.

⁵⁰⁴ Conferencia del autor citado sobre “El alma del abogado”, en el Instituto Popular de Conferencias, septiembre de 1945.

⁵⁰⁵ Confr. Raymundo L. Fernández, en J.A., t. 48, pág. 486, en relación al secreto médico.

Buen abogado, y la ley obviamente no pudo ser concebida en su desmedro, es aquél que se distingue por ser orgulloso poseedor de su independencia, porque sabe que está exento de toda clase de servidumbres, porque dicha independencia, como apunta Bielsa, lo “puede hacer al hombre, noble sin nacimiento, rico sin bienes, elevado sin dignidades, feliz sin ayuda de la fortuna”.

El abogado, en el ejercicio de su magisterio no obra en forma imparcial, y no lo hace porque no debe hacerlo. De la misma forma procede su adversario. Es el juez quien debe buscar, encontrar y dispensar imparcialidad⁵⁰⁶. Y si el defensor es y debe ser un razonador parcial, “un razonador que trae agua a su molino”, según el expresivo concepto de Carnelutti, ¿cómo puede forzarse su declaración testimonial, que por definición exige revelar la cruda verdad de cuanto supiere, admonición punitiva mediante, sin sacrificar la parcialidad para la cual fue educado, sin martirizar su conciencia, sin despojarlo de su intimidad?

Suscribo íntegramente la recordada máxima de Juan Manuel González Sabathié:

*“El secreto profesional constituye a la vez un deber y un Derecho del abogado. Es hacia los clientes un deber de cuyo cumplimiento ni ellos mismos pueden eximirle; es un derecho del abogado hacia los jueces, pues no podría escuchar expresiones confidenciales si supiese que podía ser obligado a revelarlas”.*⁵⁰⁸

Frente al imperativo de los jueces que pretenden torcer la convicción de la inviolabilidad del secreto, pregona Zeballos, el abogado debe oponer la severidad del juramento prestado y el escudo de su propia conciencia, la cual, como concepto cultural inherente a la formación moral de cada ciudadano, tendrá diferente grado de rigidez, pero no por ello podrá arrebatársele la posesión del secreto a aquél a quien la sociedad y la propia ley sustantiva han destinado como su digno custodio⁵⁰⁹.

6. CONCLUSIÓN

La conciencia es un juicio de la razón práctica sobre la bondad o malicia de los actos morales que se realizan y han de realizarse. La conciencia, todos lo sabemos, acusa, excusa, remuerde, alaba y justifica; también nos traiciona, nos combate y hasta nos delata⁵¹¹.

Se nos podrá señalar que atribuirle la pertenencia del secreto a la conciencia del abogado sería, valga el juego de palabras, una contumaz inconsciencia, una concesión inmerecida porque hay abogados que carecen de ella, o bien la tienen anestesiada; como si se pretendiese resguardar una valiosa pintura en una habitación sin techo ni ventanas.⁵¹³

Sí, indudablemente, la integridad, vigor y sensibilidad de la conciencia tiene que ver con las virtudes morales de su poseedor. Ciertamente es que la conciencia no es un vestido que, cual sombrero, pueda ser advertido a simple vista. Pero el cliente busca un abogado cuya conciencia, o lo que quede de ella, no le resulta indiferente. Con lo cual, si la conciencia es un atributo que nos distingue de los demás seres animados, cabría hacer la misma observación a quienes sostienen que el secreto pertenece al cliente. ¿Es digno éste, según el espesor de su conciencia, de conminar a su abogado a revelar el secreto confiado? ¿Acaso el mismo juez puede escapar a esta reflexión?

Entregarle al abogado la llave que cierra y abre el cofre donde guarda el secreto ¿es más peligroso que hacerlo con el cliente, o con el propio magistrado? ¿No son éstos últimos tan humanos y falibles como el primero, entrenado y educado para ser un celoso guardián de las más íntimas confidencias?

Si se repara que al cliente que decide relevar a su abogado del secreto confiado sólo lo inspira un interés particular, que no siempre ha de coincidir con el interés de la justicia, dualidad ésta sólo cognoscible por el abogado; si se repara que a éste último lo guía el legítimo propósito de mantener incólume la confianza que en su magisterio deposita la comunidad, entequeia compuesta por cientos de hipotéticos clientes, que así verán en él una ciudadela incoercible, entonces se comprenderá, sin demasiado esfuerzo, que conceder prioridad a la decisión interesada del ocasional particular, como lo hace el Código Procesal en su artículo

⁵⁰⁶ “El abogado que pretendiese ejercer su ministerio con imparcialidad, no sólo constituiría una embarazosa repetición del juez, sino que sería el peor enemigo de éste; porque no llenando su cometido, que es el de oponer a la parcialidad del contradictor la reacción equilibradora de una parcialidad en sentido inverso, favorecería, creyendo ayudar a la justicia, el triunfo de la injusticia contraria”, Piero Calamandrei, “Elogio de los Jueces”, Librería El Foro, Buenos Aires, 1997, pág. 126/7.

⁵⁰⁸ Norma de Ética Profesional del Abogado, Colegio de Abogados de Rosario, 1982.

⁵⁰⁹ “El abogado tiene el Derecho y el deber de abstenerse de contestar a toda pregunta que se les haga por un juez instructor, y ellos son los únicos jueces para discernir si las respuestas pedidas pueden o no comprometer el secreto que deben guardar”, Moreu, citado por Clara Campoamor, op. cit.

⁵¹¹ “Ella misma nos sirve de verdugo y nos azota sin cesar con su látigo invisible”, Juvenal XIII, 195.

⁵¹³ “Existe siempre una masa de hombres que estudian el Derecho como hubieran estudiado cualquier cosa; sin pena ni gloria; no para obedecer un mandato íntimo sino por motivos externos y circunstanciales”, nos recuerda Ceferino Marbilaháa, antes citado. Por mi parte diré que los malos abogados, escoria de todas las épocas, no lograron nunca impedir la existencia de los abogados honestos y decentes.

244 con el eufemismo de “justa causa”, terminará por aniquilar el magisterio mismo de la abogacía y, en consecuencia, de socavar la seguridad jurídica que la nutre y ampara.

HERNÁN MUNILLA LACASA

Abogado, Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA), Profesor Titular de Derecho Penal, en grado y posgrado (UCA). Miembro del Consejo Directivo de la Facultad de Derecho (UCA). Ex presidente de la Comisión de Derecho Penal y Procesal Penal del Colegio de Abogados de la ciudad de Buenos Aires, Co-Director de la Comisión de Compliance Penal Estratégico de la Asociación Argentina de Ética y Compliance. Hmunillalacasa@mlsdp.com.ar.

Lawyer. PhD in Legal Sciences (UCA). Professor of Criminal Law (UCA, undergraduate and graduate schools). Former president of the Criminal Law Committee of the Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires. Co-Director of the Criminal Compliance Committee of the Asociación Argentina de Ética y Compliance. Hmunillalacasa@mlsdp.com.ar.

[\(Ir al INDICE\)](#)

HONORARIOS PROFESIONALES Y LAVADO DE ACTIVOS

MARÍA EUGENIA TALERICO

RESUMEN: La estrategia global de lucha contra el lavado de activos y el financiamiento de terrorismo requiere coordinación, homogeneidad, compromiso y cooperación nacional e internacional. El esfuerzo conjunto del sector público y del sector privado pueden contribuir de manera determinante a ser más eficientes en la prevención, detección y represión de este flagelo que compromete el orden económico y la paz mundial.

ABSTRACT: *The global strategy to fight money laundering and terrorist financing requires national and international coordination, homogeneity, commitment and cooperation. The joint effort of the public and private sectors can make a decisive contribution to being more efficient in the prevention, detection and repression of this scourge that compromises the economic order and world peace.*

PALABRAS CLAVE: lavado de dinero; abogados; honorarios de abogados; ética profesional.

KEYWORDS: *money laundering; lawyers; attorneys' fees ethical rules.*

1. QUÉ ES EL LAVADO DE ACTIVOS

Sin pretender esbozar una descripción técnica sobre el delito de lavado de activos, diré que el mismo consiste en una serie de acciones tendientes a introducir en el mercado económico y financiero fondos y activos provenientes de actividades ilícitas dándole apariencia de licitud.

Para lograr lavar sus activos, el delincuente o la organización criminal deben acudir a sectores y actividades formales adquiriendo bienes y servicios para introducir su dinero de ese modo, exponiéndose en esa instancia a ser detectado y arriesgando entonces lo que más valora y le otorga verdadero poder: su dinero y sus bienes.

Para entender la magnitud del fenómeno y la amenaza que representa a nivel global el lavado de dinero, destacamos que los montos involucrados en la empresa del crimen, ronda según cálculos de las Naciones Unidas entre el 2 y el 4 % del PIB Mundial o USD 1,6 billones a USD 4 billones al año⁵¹⁴, sumas astronómicas que sin lugar a dudas tienen la capacidad de afectar la integridad económico-financiera de países y regiones enteras, alterando los equilibrios naturales del mercado y creando severos riesgos de inestabilidad.

Tratándose de delitos transnacionales, resulta lógico que la respuesta para su combate surja de un consenso internacional y apunte a asegurar la más amplia coordinación y cooperación posible entre países bajo reglas de juego estandarizadas.

Existen por ello, diversos instrumentos internacionales⁵¹⁵ todos ellos ratificados por nuestro país, Argentina, que sientan las bases legales para la lucha contra estos delitos y que requieren la sanción de leyes internas adicionales para cumplir con dichos acuerdos internacionales en sus respectivas jurisdicciones.

2. EFECTOS NOCIVOS DEL LAVADO DE DINERO

Como he afirmado más arriba, el ingreso y movimiento de fondos y activos provenientes del delito tiene la potencialidad de afectar el orden económico financiero comprometiendo además la reputación del país que se muestra débil a la hora de prevenir, detectar y reprimir a estos ilícitos, alterando las reglas de la sana competencia en los mercados, desalentando la inversión genuina, distorsionando precios y creando burbujas

⁵¹⁴ <https://www.anti-moneylaundering.org>

⁵¹⁵ La Convención de Viena Contra el Narcotráfico y Sustancias Psicotrópicas de 1988; La Convención de Nueva York para la Supresión de la Financiación del Terrorismo de 1999; La Convención de Palermo contra la Criminalidad Organizada Transnacional del 2000; La Convención de Mérida contra la Corrupción de 2003.

artificiales, fomentando flujos especulativos y fugas de capitales y, eventualmente, incluso desestabilizando al sistema financiero ya la economía en sentido más amplio. Las sumas que se movilizan podrían representar el PBI de un país que se encontraría dentro del ranking de los veinte países más desarrollados del mundo.

Dichos riesgos a la estabilidad atentan asimismo contra los objetivos de crecimiento y desarrollo sustentables, las políticas de atracción de inversión productiva y la creación de empleo formal, generándose grandes circuitos de economía informal, obstruyéndose aún más las posibilidades de detección y control.

En ambientes informales, los delincuentes encuentran mayores oportunidades de mover y utilizar dinero en efectivo de manera anónima, borrando y encubriendo con mayor facilidad los rastros que lo conectan con la actividad ilícita que le diera origen.

No caben dudas que el objetivo principal de la empresa criminal es el lucro y la acumulación de riqueza. Es precisamente el poder económico el que les otorga poder real. En efecto, el poder territorial, el poder de fuego y el poder corruptor, entre otras fortalezas del crimen organizado, se sustentan y dependen todas del poder económico que el emprendimiento criminal resulte capaz de generar.

Es ese poder económico del crimen organizado lo que les permite también contaminar procesos electorales, facilitando el acceso de delincuentes a cargos públicos y poniendo en riesgo así la calidad institucional y democrática. El desborde de dicha amenaza podría comprometer incluso la capacidad del Estado para dar respuesta a los problemas de inseguridad que el crimen organizado trae aparejados, comprometiendo el orden público interno y poniendo en jaque la gobernabilidad y la estabilidad misma del Estado.

Sin poder económico, la capacidad de sufrir daños de semejante magnitud se reduce sustancialmente. Es por ello que, para ser efectivos en el debilitamiento de la mencionada amenaza, resulta fundamental el compromiso de todos los sectores que son llamados a cooperar con la disminución u combate de esta amenaza.

3. ROL DE LA UNIDAD DE INFORMACIÓN FINANCIERA

Las unidades de inteligencia financiera (UIF) son el órgano operativo por excelencia en la lucha contra el lavado de activos, la financiación del terrorismo, así como de los delitos principales contra el orden económico financiero. La definición de una UIF surge del estándar internacional del Grupo de Acción Financiera (GAFI), ente rector del sistema antilavado de activos y contra la financiación del terrorismo.⁵¹⁶

Las UIF, conforme la recomendación internacional, deben ser los únicos centros de recepción, análisis y diseminación de sospechas de lavado de activos y financiación del terrorismo. La capacidad de recibir información a partir de los sujetos obligados u otras fuentes públicas o privadas de información (aunque no sean sujetos obligados), resulta ser clave para la oportuna detección de sospechas de operaciones de lavado de activos y financiación de terrorismo. Por esta razón (análisis de la mayor cantidad de información disponible) se recomienda en el estándar internacional y muchas legislaciones lo han adoptado, el desvanecimiento de los secretos legales vigentes en distintos ámbitos (bancarios, bursátiles, fiscales, profesionales) que puedan obstruir el acceso a información por parte de una UIF⁵¹⁷.

También la UIF debe poder requerir y compartir la información con sus contrapartes internacionales⁵¹⁹ para con todo ello, nutrir su análisis y eventualmente confirmar la sospecha con la mayor cantidad de elementos de convicción que le fuera posible obtener. Confirmada la sospecha, la responsabilidad de la UIF sería en tal punto la de divulgar la misma a las autoridades competentes en materia de investigación penal para contribuir a la búsqueda de la verdad y la justicia.

En dicho contexto, la UIF representa un órgano fundamental del sistema, debido a sus potestades legales, recursos capacitados y herramientas técnicas de prevención, rastreo y detección de operaciones sospechosas, para contribuir con el avance de las investigaciones penales del Lavado de Activos, Financiación del Terrorismo y sus delitos precedentes⁵²⁰.

⁵¹⁶ Recomendación 29: “Los países deben establecer Unidades de Inteligencia Financieras (UIFs) que sirvan como centros nacionales para la recepción y el análisis de (a) reportes de operación sospechosa, y (b) otra información relevante al lavado de activos, los delitos precedentes vinculados, y la financiación del terrorismo, y para la diseminación de los resultados de dicho análisis. Las UIF deben ser capaces de obtener información adicional de los sujetos obligados, y deben tener acceso oportuno a información financiera, administrativa y policial, que pueda precisar para realizar sus funciones apropiadamente”.

⁵¹⁷ Art. 14 inc 1 de la Ley N° 25.246.

⁵¹⁹ El Grupo Egmont está conformado por más de 150 Unidades de Inteligencia Financiera (UIF), que funcionan como una red internacional para intercambiar información financiera, conocimientos y tecnología en pos de luchar contra el Lavado de Activos y la Financiación del Terrorismo. Los Principios para el Intercambio de la Información son: Confidencialidad; Reciprocidad, Celeridad, Seguridad e Informalidad.

⁵²⁰ Art. 6 Ley N° 25.246.

4. ROL DEL SECTOR PRIVADO. SUJETOS OBLIGADOS

La estrategia global de lucha contra el lavado de activos prevista en los Tratados Internacionales y los estándares del GAFI, se implementa sobre una serie de medidas legislativas, regulatorias e institucionales adoptadas por los gobiernos que apuntan al desarrollo de un sistema nacional que gira en torno a tres ejes fundamentales que son: la prevención, la detección y la represión penal.

Adentrándonos en las particularidades de la estrategia en lo que respecta a prevención, destacamos el involucramiento necesario del sector privado pues resulta ser el que cuenta con la información primaria de las operaciones acontecidas en el mercado económico y financiero.

El sistema convirtió así al sector privado (obligando a ciertos sujetos estratégicamente posicionados)⁵²¹ en la primera barrera de contención y filtro inicial de las operaciones, exigiéndole prestar especial atención a las inusualidades en la operatoria, es decir aquellas operaciones que se aparten de los usos y costumbres habituales del mercado o que no guarden razonabilidad jurídica y económica, para reportar como sospechosas las que de esa categoría no resulten debidamente justificadas.

A quienes resulten sujetos obligados en las legislaciones locales⁵²² se les exige lograr un conocimiento profundo del cliente, a través de un proceso de debida diligencia, que permita perfilarlo y parametrizar su operatoria de manera precisa para facilitar la detección de cualquier operación inusual. Ante la alerta de inusualidad, es responsabilidad del sujeto obligado indagar sobre la situación a fin de, por un lado, aclarar si existen razones que justifiquen el desvío de la operación de los parámetros establecidos y, por otro, recolectar información que sirva para fundamentar la sospecha. Este ejercicio requiere de una buena capacitación, ya que la indagación debe llevarse a cabo sin advertirle al cliente que puede resultar objeto de una operación sospechosa.⁵²³

La determinación de la sospecha puede consumir una cantidad razonable de tiempo y análisis, pero una vez determinada la misma debe ser puesta sin demora en conocimiento de la autoridad competente (la unidad de inteligencia financiera) para su consideración, y dicha comunicación se concreta a través del reporte de operación sospechosa. Con el tiempo, el reporte de operación sospechosa se fue complementando con otro tipo de reportes exigidos que apuntan a comunicar de manera automática la ocurrencia de ciertas operaciones que por su naturaleza conllevan un riesgo de tipo inherente. Tal es el caso de los reportes sistemáticos de operaciones en efectivo, o de transferencias internacionales.

Finalmente destacamos que los sujetos obligados del sistema de prevención del lavado de activos y financiación del terrorismo se encuentran sujetos no sólo a regulaciones específicas en la materia sino también son sujetos de supervisión de la autoridad (puede ser la UIF u otros organismos designados) y a regímenes administrativos de sanciones.

5. ROL DE LOS ABOGADOS. HONORARIOS PROFESIONALES

En la Recomendación 22 inciso (d) del estándar internacional se establece que deben cumplir con las exigibles imponibles a los sujetos obligados “los abogados, notarios, otros profesionales jurídicos independientes y contadores, siempre que se dispongan a realizar o realicen transacciones para sus clientes sobre las siguientes actividades: compra y venta de bienes inmobiliarios; administración del dinero, valores u otros activos del cliente; administración de cuentas bancarias, de ahorros o valores; organización de contribuciones para la creación, operación o administración de empresas; creación operación o administración de personas jurídicas u otras estructurad jurídicas, y compra y venta de entidades comerciales”.

Si bien muchas jurisdicciones han nominado en sus legislaciones locales a los abogados que cumplen dichas tareas como sujetos obligados, ese no resulta ser el caso de nuestro país ni de varios países de la región. En nota al pie, por recopilación realizada por la *International Bar Association*⁵²⁴ pueden observarse los países donde la exigencia del estándar se encuentra directamente cumplida y en cuáles no.

No obstante ello, las facultades legales de la UIF, en el marco de pedidos de colaboración judicial por investigaciones relacionadas con lavado de activos o sus delitos precedentes o bien, en el marco de su propia

⁵²¹ El Estándar Internacional del GAFI designa como Sujetos Obligados a las Instituciones Financieras y también a Actividades y Profesiones No Financieras. En la Recomendación 22 inc. d) nombra a los abogados, notarios, otros profesionales jurídicos independientes y contadores, siempre que se dispongan a realizar o realicen transacciones para sus clientes sobre las siguientes actividades: compra y venta de bienes inmobiliarios; administración del dinero, valores u otros activos del cliente; administración de cuentas bancarias, de ahorros o valores; organización de contribuciones para la creación, operación o administración de empresas; creación operación o administración de personas jurídicas u otras estructurad jurídicas, y compra y venta de entidades comerciales.

⁵²² Art. 20 Ley N° 25.246.

⁵²³ Art 21 inc. c) Ley N° 25.246.

⁵²⁴ <https://www.anti-moneylaundering.org>

misión, funciones y facultades legales, podría dirigir a los abogados pedidos de informes sobre aspectos vinculados al análisis de operaciones sospechosas de lavado de activos y financiación del terrorismo⁵²⁵.

En ese contexto, si bien el abogado no es sujeto obligado y no tiene deberes de debida diligencia del cliente (v.g. conocer origen de los fondos) ni está sujeto a supervisión o sanción por parte de la UIF, podría verse requerido por el organismo de contralor. Debo destacar, que este trabajo no profundiza en el caso de requerimientos directos que provengan de la autoridad judicial.

En el mencionado supuesto, ¿podría el abogado negarse a responder sin cometer por ello el delito de desobediencia? ¿Puede el abogado ampararse en el derecho/deber ético relacionado con la obligación de guardar el secreto profesional? ¿O alegar la afectación al derecho de defensa en juicio de su cliente o un ataque al libre y digno ejercicio profesional?

¿Hasta qué punto se le puede exigir al abogado que es libremente elegido por un cliente, para contribuir con el esfuerzo global contra el crimen organizado y el lavado de activos que sus honorarios sean percibidos con dinero de origen legal?, ¿Puede exigirse al abogado defensor no beneficiarse del producido ilícito para que el delito no rinda sus frutos?

Pues bien, profundizar en cada una de las respuestas al sugerido cuestionario, podría llevar varios capítulos del presente libro, por ello he de dar algunas ideas que develan las incógnitas y proponen extensos debates que giran en torno a las mismas.

En primer lugar, creo que podemos estar de acuerdo en que como principio el dinero ilícito no puede canalizarse para pagar bienes, ni servicios pues como hipótesis serían hechos adicionales de lavado de activos.

Como hemos visto pueden constituir hipótesis de ese delito, los hechos en los que el dinero que se introduce en la economía ha sido generado por los delitos precedentes como ser el narcotráfico, la corrupción, el contrabando, el tráfico de personas, de armas o los ilícitos fiscales, entre otros.

Por ello, podemos también afirmar que los honorarios que se pactan y se pagan a los abogados para contratar sus servicios profesionales deberían ser afrontados con dinero de origen lícito pues de otro modo, y existiendo sospechas sobre su origen es posible se esté ante una hipótesis de lavado de activos y las potestades de la UIF en sus tareas de análisis podrían conducir a formalizar pedidos a personas cuyos servicios profesionales puedan verse alcanzados por ese movimiento sospechoso.

Tal afirmación resulta desde mi punto de vista absolutamente independiente del rol de sujeto obligado o no de los abogados, así como de otra participación que pueda detentar un profesional del Derecho, cuando de modo doloso realiza aportes concretos para la organización criminal dedicada a lavar dinero ilícito (tema que no es motivo de este análisis).

Recibido entonces, un pedido de la UIF, que además se formula bajo apercibimiento de ley (delito de desobediencia) es mi opinión que sólo determinado supuesto podría excusar al abogado de responder tal requerimiento de modo legítimo.

En efecto, el secreto profesional *per se*, como derecho y deber del abogado/cliente, no ampara la falta de respuesta si no es entendido bajo las premisas del derecho de defensa en juicio del cliente (pues lo que se revela puede involucrar los ilícitos penales cometidos por éste o dar pistas que se vuelvan en su contra).

En efecto, el secreto profesional, resguarda las confidencias del cliente para asegurar una defensa adecuada de sus derechos, más en modo alguno se relaciona con el pago de los honorarios a sus abogados y menos aún puede de otorgar impunidad al uso del dinero ilícito para pagar abogados.⁵²⁷

Un requerimiento de información sobre honorarios que el abogado cobra, o como se pagan, no lo vulnera pues nada se pregunta sobre el hecho bajo investigación, la participación del cliente o la estrategia de la defensa. El deber de secreto no podría extenderse a situaciones o hechos que queden fuera de la materia objeto de asesoramiento por la cual el cliente se contactó con su abogado y en esos casos, ampararse en el secreto sería una interpretación extensiva e irrazonable de ese derecho/deber que podría ocultar un acuerdo ilegítimo entre abogado/cliente que permitiría canalizar mediante la contratación de servicios profesionales producto del dinero ilícito.

No obstante lo expuesto, está claro que el derecho de defensa en juicio se organiza a través de la abogacía como una profesión liberal y el mismo comprende la seguridad que tiene todo ciudadano que, cuando recurre a un abogado para su defensa, éste cumplirá la obligación de guardar el secreto profesional y no revelará a las autoridades ni a nadie cualquier confidencia relacionada con los hechos -incluso la confesión de la autoría del delito- que realice en su consulta.

⁵²⁵ Art. 14 Ley N° 25.246.

⁵²⁷ Se destaca que este análisis puede ser independiente a si se han facturado o no los honorarios, tema de incumbencia de AFIP, aunque también pueda serlo de la UIF, en la medida que el ilícito fiscal es delito precedente del lavado de activos.

Por lo dicho, el abogado, ante un requerimiento judicial respecto al monto y forma de pago de los honorarios por parte de un cliente determinado, deberá valorar si al brindar esa información puede incriminar a su cliente o violar su confidencialidad afectando el derecho de defensa en juicio.

Otra reflexión se impone si se encuentra en juego la garantía de no auto incriminación, siendo que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo y quizás estos requerimientos ponen en aprietos al propio profesional.

En todos los casos, ante el planteo de alguna controversia, será la Justicia la que deba dirimir sobre la posible comisión del delito de desobediencia por parte del abogado, sobre el deber de responder estos requerimientos y eventualmente sobre la posible comisión de un hecho de lavado de activos autónomo.

Finalmente quiero agregar que el libre y digno ejercicio profesional, se encuentra plenamente garantizado si se perciben honorarios generados con actividades lícitas y que la relación abogado/cliente no puede exceder el límite de un contrato con objeto lícito. Lo mismo que el derecho a la libre elección de un abogado de confianza, ya que en la medida que los costos de dicha contratación deben ser afrontados con dinero de origen lícito, no se suscita conflicto normativo ni ético alguno.

6. COROLARIO

La idea de este trabajo ha sido principalmente la de instalar el tema para su debate, introducir al lector sobre la estrategia y esfuerzo global en materia de lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo, los deberes que se les han impuesto a los abogados en el estándar internacional, el deber de responder requerimientos de la UIF, aunque no sean sujetos obligados y los que deberían cumplir con base en principios éticos.

No podemos obviar que los abogados tenemos el deber de comportarnos con lealtad, probidad y buena fe, siendo un deber esencial de abogado como factor social, preservar y profundizar el Estado de Derecho, no beneficiándose económicamente del dinero ilícito.

Creo que debemos ponderar, las consecuencias a la integridad económica y financiera, a la estabilidad, a la seguridad y paz de las naciones versus los derechos individuales de las personas investigadas por los organismos competentes o la justicia y la asistencia que deben prestar de abogados llamados a representarlos o asistirlos.

En ese contexto, el resguardo de la información por parte del abogado, a partir del alcance del secreto profesional y la ligazón indisoluble que el mismo tiene con el derecho de defensa en juicio y la garantía de no auto incriminación, debe ser un tema objeto de reflexión.

Finalmente debería analizarse, si tal como lo planteaban las preguntas, los abogados cometen algún delito a partir de la percepción de honorarios profesionales con dinero que se sospecha o se tiene la certeza de su origen ilícito cuando son elegidos como letrados de confianza de personas involucradas en temas de lavado de activos o financiamiento de terrorismo, y las distintas soluciones que han sido encontradas en países como Alemania, Francia, los Estados Unidos y Gran Bretaña.

MARÍA EUGENIA TALERICO

Abogada (Universidad de Belgrano, con Diploma de Honor). Consultora en temas relacionados con delitos financieros, lavado de activos y financiación del terrorismo. Miembro fundadora y Vicepresidenta de la ONG Será Justicia. Exvicepresidenta de la Unidad de Información Financiera Argentina y coordinadora del Grupo de Evaluaciones Mutuas de GAFILAT. Ex miembro del Tribunal de Disciplina del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires. eugenia.talerico@gmail.com.

Lawyer (Universidad the Belgrano, with honors). Consultant on issues related financial crime, money laundering and financing of terrorism. Founding member and Vice President of the NGO Será Justicia. She served as Vice President of the Unidad de Información financiera (anti-money laundering federal agency) and coordinator of the GAFILAT Mutual Evaluations Group. Former member of the Disciplinary Court of the Colegio Público de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires. Jury for the Prosecution of Magistrates, of the Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires. eugenia.talerico@email.com.

[\(Ir al INDICE\)](#)

LA ÉTICA PROFESIONAL Y LOS HONORARIOS DEL ABOGADO

ROSALÍA SILVESTRE MIRÁS^(*)

RESUMEN: La autora explica y relaciona los conceptos de ética y honorarios profesionales de los abogados. Indaga sobre el conocimiento que tienen los estudiantes de abogacía y los noveles o experimentados abogados al respecto. Indica que se legisló alternativamente en favor del orden público y de la autonomía de la voluntad. Pone en evidencia lo que falta recorrer y la imperiosa necesidad de hacerlo sin más dilaciones.

ABSTRACT: *The author explains and relates the concepts of ethics and lawyers' fees. She wonders about how acquainted Law students and lawyers, either young or experienced, are with the matter. She points out that laws have ruled alternatively in favor either of "public policy" or freedom regarding fees. She highlights urgent pending tasks.*

PALABRAS CLAVE: ética; abogados; honorarios; orden público

KEYWORDS: *lawyers' ethics; attorneys' fees; public policy.*

1.- ¿SE PUEDE APLICAR LO QUE NO SE CONOCE? LLAMADO DE ATENCIÓN A LA ACADEMIA

Estimo conveniente comenzar definiendo la mayor precisión posible qué es el honorario. Tradicionalmente se lo define indistintamente como contraprestación, gaje, sueldo o estipendio que se paga por un trabajo o servicio. Personalmente, prefiero el concepto que habla de "retribución" por un servicio determinado.

La palabra honorario suele emplearse en plural ya que proviene del latín *honorarius* y se aplicaba para referir a la retribución que se concedía "con honores" y que generalmente aludía al pago de médicos, abogados y otras profesiones liberales a quienes por el honor de su profesión no correspondía que percibieran sueldo o salario. Ese origen ya distingue a este tipo de retribución de acuerdo a quien la recibe: alguien honorable o que realiza una tarea honorable, esto es: trascendente. Es esta una muy importante característica que distingue a dicha retribución de otras contraprestaciones, ya que, si bien el trabajo *per se* dignifica a todo ser humano, para muchos trabajadores el salario o remuneración probablemente sea el fin último de su tarea. En cambio, para el abogado el honorario será una consecuencia legítima de su trabajo, pero accesoria al servicio que presta que tiene un objetivo superior en cuanto excede a su persona: el alcance del bien común, la verdad, la justicia.

Por su parte, la ética profesional es el conjunto de reglas que determinan el comportamiento ejemplar que una sociedad espera del profesional, en un tiempo y lugar determinado.

Como vemos, tanto la ética como los honorarios profesionales están emparentados de raíz: el último lleva implícito el honor de la tarea del profesional que la realiza y la primera es el conjunto de normas que guían la conducta profesional que -como dice el Dr. Enrique del Carril-:

*"... busca primordialmente el mejor ejercicio de la abogacía contribuyendo así al buen funcionamiento del sistema de Justicia como institución fundamental del Estado."*⁵²⁸

En el derecho positivo local están legislados tanto los honorarios profesionales, mediante v.g. la ley de Honorarios de Abogados y Procuradores 27.423, como la ética profesional del abogado en v.g. la ley 23.187 de Ejercicio de la Abogacía y el Código de Ética del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. Esto significa que el modo, *quantum*, participación, forma, oportunidad y demás circunstancias vinculadas a los honorarios de los abogados, no es algo absolutamente discrecional y arbitrario, desprovisto de reglas; por

* Originalmente publicado en ABOGADOS.COM, del día 8 de abril de 2020.

⁵²⁸ del Carril, Enrique V. en su La ética del abogado, Premio Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, publicado por Abeledo Perrot.

el contrario, hay normas que en algunos casos sugerirán conductas y en otros pondrán límites que, de ser vulnerados, ocasionarán al profesional las consecuencias que en ellas se establece.

Esto es así más allá de la justicia intrínseca de dichas reglas, de las críticas a los criterios que se adoptan en un lugar y tiempo determinados, del debate sobre la conveniencia o no de un sistema sobre otro. Lo que quiero decir es que la ética aplicada a los honorarios de los abogados no es algo difuso o incierto, no es una entelequia, en la medida que existen normas que disponen, por ejemplo, que un abogado no puede participar sus honorarios a una persona que no tiene título habilitante para el ejercicio profesional. Esto lo prohíbe expresamente el artículo 10, inciso d), de la ley 23.187.

Es cierto que podríamos debatir si es justo, conveniente o no, las razones que llevan a dicha prohibición, etc. Sin embargo, lo que en este trabajo quiero llamar la atención es que lo que los abogados no podemos hacer es desconocer la existencia de la norma, porque, además, su incumplimiento puede traer aparejado denuncias y sanciones en el Tribunal de Disciplina que la ley citada creó al efecto. ¿Cuántos estudiantes de abogacía, cuántos nóveles y también experimentados abogados, conocen estas normas? ¿Qué importancia le dan los abogados académicos y prácticos a la ética profesional?

Dejo la respuesta a mis colegas lectores, pero sirva el siguiente ejemplo de comparación para aquellas reflexiones. En los Estados Unidos, v.g. en Nueva York, para poder ejercer la abogacía una vez que se ha obtenido el título de grado, el postulante debe rendir una serie de exámenes de la Barra de una altísima exigencia, que algunos califican como una “pesadilla”; entre las asignaturas a rendir una es Ética. De este modo la institución se asegura de que el abogado efectivamente tiene los conocimientos que su título indica, incluyendo los referidos al Código de Ética que lo va a regir. Pero aun así le falta un último paso. La Barra realiza una investigación sobre cada uno de los postulantes para determinar que sea una persona que no vaya a poner en riesgo el prestigio de la institución.

Parece innegable entonces la necesidad que se enseñen y se difundan las normas legales que tratan sobre distintos institutos como el de honorarios profesionales y las normas éticas que indican las conductas esperables en el ejercicio profesional al respecto, como así también las sanciones en caso de incumplimiento. Ya en las Primeras Jornadas de Ética de la Abogacía organizadas por el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal llevadas a cabo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UBA) en septiembre de 1989, el Dr. Horacio M. Lynch ⁵²⁹ señalaba la preocupación por la falta de enseñanza de ética a los abogados, reflejada en v.g. la práctica del Tribunal de Disciplina del Colegio Público de Abogados. Allí señalaba el prestigioso jurista que “No es posible mejorar el nivel de la abogacía si no se da un especial énfasis a estas cuestiones”.

En materia de ética profesional se actúa por intuición, no por conocimiento de las normas siendo que esto último además permitiría el sano debate sobre su necesidad, justicia, aplicación, amplitud, etc.

En el tema propuesto, la ética y los honorarios, es interesante abordar una cuestión que ha sido, y recurrentemente lo es, materia de debate legislativo, doctrinario y jurisprudencial: el orden público en el arancel de honorarios.

A modo de prefacio, valga insistir en que la profesión de abogado tiene por objeto excelso el de colaborar en la administración de justicia. Los honorarios profesionales son entonces, legítimos pero accesorios y “...nunca pueden constituir decorosamente el móvil determinante de los actos profesionales” ⁵³⁰.

2. EL ORDEN PÚBLICO EN EL ARANCEL DE HONORARIOS, ¿EN CONTRADICCIÓN CON UNA NORMA DE ÉTICA PROFESIONAL?

El orden público es un instituto que generalmente da lugar a la discusión. Veamos brevemente la evolución legislativa.

La necesidad de una legislación arancelaria ha contado históricamente con adeptos y detractores. Entre los primeros, en 1924 en la Comisión Directiva del Colegio de Abogados, presidida por el Dr. Mario A. Rivarola, se abogó para que se brinde una “solución legislativa” al tema de los honorarios, que en ese momento era materia totalmente discrecional ⁵³².

Más tarde, en 1940 Parry fue partidario de la sanción de una ley en resguardo del interés social, la que permitiría tener cierta previsibilidad sobre el monto de los gastos que se devengarían en el juicio. Dicho autor puso énfasis en lo que denominó como uno de los principios éticos del abogado: el de “no convenir honorarios míseros”, pues ello tiende a prostituir la dignidad de la profesión ⁵³³.

⁵²⁹ Trabajo presentado por Horacio M. Lynch bajo el título “La enseñanza de la ética a los abogados”.

⁵³⁰ Conf. “Reglas de Ética Profesional de la Abogacía del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires” art. 33.

⁵³² “El Colegio de Abogados y las regulaciones de honorarios”, Archivo General de la Nación, citado en Pesaresi-Passarón, “Honorarios de profesionales”, pág. 73, nota 74.

⁵³³ Parry, Adolfo E., “Ética de la abogacía”, t. II, 1940, Editorial Jurídica Argentina, págs. 165 y 169, y nota 2, in fine.

Sin embargo, podemos asegurar que una vez dictada la ley arancelaria, la misma fue convalidada por la jurisprudencia, en tanto desterraba una suerte de anarquía que imperaba en nuestro medio judicial en cuanto a la retribución de servicios profesionales⁵³⁵.

Otras voces, en cambio, se han levantado en contra de una legislación en la materia. En tal sentido, se destaca por vehemente, la disidencia planteada por el diputado Aguiar en el Congreso Nacional en 1942 cuando sostuvo que la condición del abogado no es un oficio, sino un alto ministerio destinado a coadyuvar en la tarea de administrar justicia, y que si bien no puede predicarse que su trabajo no deba ser remunerado:

*“(…) jamás el estipendio que por sus tareas se les abone debe ser convertido en salario tarifado y de fijación automática en la ley, sino que debe mantenerse en la categoría de honorario, como corresponde a la jerarquía de las funciones que aquéllos desempeñan en el foro”*⁵³⁷.

A la misma altura se puede colocar a Ángel Ossorio al calificar al arancel como una “depresión del abogado”, ya que un arancel es apropiado para una función mecánica como podría ser copiar un escrito, realizar un viaje a tantos kilómetros, levantar hileras de ladrillos, etc., pero no para discurrir los modos de defensa, buscar la paz o dirigir la guerra, ejercitar o renunciar los recursos que la ley establece, dar razonamientos convincentes, ingeniarse para que las pruebas den resultado, sacar consecuencias atinadas de los estados de hecho y de Derecho, etc., que son cosas confiadas al talento, la experiencia, la buena redacción literaria y la elocuencia persuasiva, conceptos que nada tienen que ver con las dimensiones de la labor; de manera que cobrar “a tanto la línea o a tanto la hora, o a tanto el peso discutido” implica rebajar al abogado, equiparándolo con el delineante o con el albañil, y ello “es algo que fundamentalmente no tiene sentido”⁵³⁹.

A esta altura ya podemos convenir que hoy el centro de la discusión no pasa ya por la necesidad o no de legislar en materia de honorarios cuyo beneficio para el interés general parecería estar comprobado, sino por su obligatoriedad, el orden público, o la supletoriedad. Así, otro criterio es el que fue bien expuesto por José Neira al decir:

*“(…) si bien no es imprescindible un sistema de orden público aplicable a la relación abogado-cliente, si lo es, en cambio, en términos racionales, la existencia de un ordenamiento que complemente la legislación sobre costas y realmente sirva para que pague los gastos judiciales quien dio lugar al litigio y para que se sepa de antemano cuánto puede ser el costo de resultar perdedor en un juicio”*⁵⁴¹.

De cara entonces al orden público arancelario vigente actualmente en la ley 27.423, un argumento que resulta también atendible es que el abogado no sufre las inhibiciones que pesan sobre otros trabajadores, el obrero o el empleado, pues es una persona especialmente preparada, capacitada para la defensa de derechos de terceros y obviamente de los propios, es como tal una persona libre en tal sentido y ejerce esa libertad aceptando o rechazando un asunto, por lo que imponer en esta materia el orden público no le aporta una protección necesaria, sino más bien conculca su libertad de contratar, de rango constitucional. Algunos van más allá aún y entienden, como Ponisio, que aquel atenta contra su dignidad, probidad y conciencia profesional⁵⁴³.

En esta línea de pensamiento se enrola Horacio Lynch quien al tiempo de la ley 24.432 consideró saludable la defensa de la libertad de contratación y con especial vehemencia sostuvo que “pedir el paraguas del orden público, demuestra inseguridad en los colegios para supervisar el ejercicio profesional”, agregando que, “en verdad, el orden público no ha servido para impedir ‘remates de honorarios’ y, por el contrario, ha facilitado consumir estafas contra los clientes. Falta aquí un sinceramiento de la abogacía (investigación mediante) tendiente a determinar si el orden público ha protegido a la profesión o la ha perjudicado por el descrédito que provoca”, y dejando de lado el ingrediente que significan el ámbito recaudatorio de colegios, cajas, tasas de justicia⁵⁴⁵.

También hay quienes llaman la atención, como se ha hecho en otros tiempos cuando imperó el orden público en esta materia, que imponer un “piso” a los honorarios que debe percibir un abogado es una hipocresía ya que la norma ha sido y será violada cuando el cliente no esté dispuesto a pagar ese monto, ya sea por ejemplo porque el acuerdo comprender una gran derivación de asuntos y el volumen justificaría un honorario menor lo que beneficia a ambas partes.

⁵³⁵ Cámara Fed. Mendoza, 4/8/1945, JA 1945-III-916, voto de la mayoría.

⁵³⁷ DSD 1942-III-633.

⁵³⁹ Ossorio, Ángel, “El abogado”, t. II, 1956, Ediciones Jurídicas Europa- América, págs. 162 y 163.

⁵⁴¹ Neira, José C., “Honorarios y desregulación”, II Jornadas de Estudio de la Ley de Aranceles, CPACF., 1997, ponencia N° 13.

⁵⁴³ Ponisio, Mario V., “Sobre aranceles de abogados”, LL 38-1108 a 1110.

⁵⁴⁵ Lynch, Horacio M., “Los honorarios de los abogados (los fundamentos de un proyecto de reformas)”, LL 1994-E-985 y 986

Pero claro está que la corriente contraria a la que acabo de exponer, esto es, la que considera que debe imperar el orden público arancelario, es la que prevaleció y hoy nos rige. Tomo textualmente los argumentos que entiendo más importantes con los que sus promotores sostiene la posición. Así:

“(…) se busca dignificar la profesión de los abogados y los procuradores a través de disposiciones que: - Limíten la discrecionalidad judicial para regular honorarios. - Determinen mínimos arancelarios. - Restablezcan la calidad de orden público para la ley que regule los honorarios y aranceles que perciban los profesionales del Derecho. - - Aseguren a los matriculados la obtención de una recompensa justa y equitativa por el ejercicio de su labor profesional.”

Creo válido apuntar que algunas de estas premisas colocan claramente el interés del abogado por encima del de su cliente lo que está en manifiesta contradicción con el Código de Ética del propio Colegio Público de Abogados de la Capital Federal autor del Proyecto que se convirtió en la ley 27.423 de Honorarios Profesionales, que reinstala el orden público en la materia. El capítulo 6, dedicado a los deberes fundamentales del abogado para con su cliente, artículo 19, inciso h), del dicho Código de Ética vigente, reza: “No anteponer su propio interés al de su cliente, ni solicitar o aceptar beneficios económicos de la otra parte o de su abogado”

Tengo para mí que esta es la norma más importante de ese cuerpo legal, y que resulta un verdadero “faro” a la hora de dilucidar algunos dilemas éticos que se nos presentan en el ejercicio de nuestra profesión.

Espero que este breve trabajo sirva al doble propósito de hacer reflexionar sobre el recurrente tema del orden público en la ley de aranceles profesionales, y además sobre una asignatura siempre olvidada, la ética profesional, que paradójicamente sea de las más necesarias e importantes tanto en la carrera de abogacía como en su ejercicio, para que nuestra querida profesión vuelva a gozar del prestigio que tuvo en otro tiempo.

ROSALÍA SILVESTRE MIRÁS

Abogada (UBA, Diploma de Honor). Socia Fundadora y miembro de la Mesa Directiva de CARAT (Comité Argentino de Arbitraje Nacional y Transnacional). Ex miembro del Directorio y Vicepresidenta del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires. Árbitro nacional e internacional. Profesora de Ética Profesional en la Universidad Austral y FORES, y profesora invitada en la Universidad Católica Argentina. Especialista en derechos de autor y del seguro. rs@bflegal.com.ar.

Lawyer (UBA, with honors). Founder and member of the Board of CARAT (Comité Argentino de Arbitraje Nacional y Transnacional). Former member of the Board of Directors and Vicepresident of the Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires. Arbitrator in both domestic and international matters. Professor of Ethics at Universidad Austral and FORES, and visiting professor of Ethics at Universidad Católica Argentina. Specialist in copyright law and insurance. rs@bflegal.com.ar.

[\(Ir al INDICE\)](#)

HONORARIOS MÍNIMOS Y ORDEN PÚBLICO: UNA PERSPECTIVA DEONTOLÓGICA

MARCELO GOBBI

RESUMEN: El autor examina las consecuencias de los honorarios mínimos obligatorios de los abogados desde una perspectiva ética.

ABSTRACT: *The author examines the consequences of mandatory attorneys' fees from an ethic perspective.*

PALABRAS CLAVE: honorarios de abogado; honorarios mínimos obligatorios; orden público

KEYWORDS: *attorneys' fees; mandatory minimum fees; public policy*

1. PROPÓSITO

En un trabajo anterior opiné que es inconstitucional en los términos del artículo 42 de la Constitución Nacional el usualmente llamado “orden público de los honorarios mínimos de los abogados”, entendido como la sanción de nulidad absoluta de cualquier acuerdo de honorarios inferiores a los mínimos arancelarios.⁵⁴⁷

Examino ahora el aspecto deontológico de la cuestión.

2. HETERODOXIAS

A semejanza de algunas provincias argentinas que contienen una norma similar⁵⁴⁸, en el orden nacional una disposición de ese tipo fue restablecida mediante el artículo 5 de la ley 27.423 de 2017, que tuvo su origen en un anteproyecto que reconoció haber redactado el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal.

Se trata de una decisión por lo menos heterodoxa desde varios puntos de vista.

Nuestros jueces han resuelto que no basta que una ley diga que es de orden público para que lo sea, y no encuentro ningún principio de ese tipo que esté en juego en la cuestión de la retribución de los abogados.

La libertad de contratación es norma en varios países de Latinoamérica, y en la Unión Europea se sanciona como un acto anticompetitivo no sólo fijar honorarios mínimos obligatorios, sino también la publicación de honorarios meramente orientativos, una práctica difundida entre nosotros en muchas profesiones. Un precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de restricciones a la competencia de los servicios profesionales confirma, creo, mi tesis⁵⁴⁹.

3. PLANO VALORATIVO

No he conocido colegios profesionales que hubieran manifestado alguna objeción sobre el punto en el plano deontológico⁵⁵¹.

No he encontrado ninguna justificación al llamado orden público de los mínimos arancelarios. En lugar de razones, sus defensores suelen utilizar referencias vacías, cuando no meros sentimientos. Por lo general se echa mano del concepto de dignidad, aunque nadie ha explicado cuál es la relación entre ese atributo, que se predica de conductas concretas y no se puede atribuir *ex ante* mediante una norma, y el precio de algo. No he

⁵⁴⁷ Gobbi, Marcelo, Honorarios mínimos, consumo y competencia, La Ley, Edición Especial Honorarios Profesionales, LL 2018-C.

⁵⁴⁸ Por ejemplo, la ley 9131 de Mendoza y la Ley N° 7046 de Entre Ríos. La Ley N° 12.851 de Santa Fe indica que el abogado puede pactar honorarios superiores al arancel (lo que parecía innecesario aclarar) lo que podría interpretarse como que prohíbe hacerlo por menos. La Ley N° 8035 de Salta expresa que los honorarios “no podrán ser inferiores” a los del arancel, pero no indica si se refiere a los regulados o también a los convenidos. Al contrario, en Córdoba la Ley N° 9459 reconoce la libertad de contratación.

⁵⁴⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 11/10/2001, Cámara Argentina de Empresas de Servicios Jurídicos Prepagos s/ denuncia c. Colegio de Abogados de San Nicolás s/ Ley N° 22.262.

⁵⁵¹ Si lo han hecho FORES (<https://foresjusticia.org/2017/12/01/declaracion-honorarios-de-abogados/>) y la agrupación de abogados Bloque Constitucional (<https://bloqueconstitucional.blogspot.com/2015/11/ley-de-honorarios-profesionales-media.html>).

conocido a nadie capaz de sostener que un vendedor de caramelos, producto de escaso precio unitario, es más digno que alguien que vende automóviles (tampoco ocurre al revés, por supuesto).

Es incoherente haber limitado la obligatoriedad de los honorarios mínimos a la labor judicial con fundamento en la “función social” del abogado, como se explica en el mensaje de elevación del proyecto que firmo el Poder Ejecutivo, y haber dejado desregulados los honorarios por tareas de asesoramiento. Si se tratara de función social (otra referencia bastante vacía en este caso, pues todo servicio se presta a otro), o acaso de contribución al bien común, habría que premiar mucho más al que evita los pleitos y propende a la paz mediante gestiones extrajudiciales que al litigante.

En términos de regulación económica es excéntrico pasar de un sistema de precios (como tales, libres) a otro de tarifas reguladas porque “hay demasiada competencia”, y no porque falta competencia (el encomillado obedece a que nunca puede sobrar competencia, hay competencia efectiva o no), y además hacerlo como precios mínimos, y no máximos como son por ejemplo las tarifas de los servicios públicos, respecto de los cuales el mundo parece bastante de acuerdo en la conveniencia del régimen conocido como precios-límite o *price cap*. Tengo además mis dudas de que el llamado orden público beneficie al “pequeño abogado” como categoría opuesta a la gran firma. No sólo por el fenómeno de la elasticidad (disminución de la demanda por aumento de precio), sino porque el cuentapropista pocas veces compite con las grandes firmas en el mismo segmento de clientes y servicios, y en caso de que lo haga la norma lo priva precisamente de la herramienta competitiva consistente en aprovechar sus costos más reducidos y cobrar menos.

Los mínimos arancelarios son ajenos a la tradición jurídica anglosajona.

En Brasil y en México los honorarios pueden ser pactados⁵⁵³. En Chile están prohibidos los honorarios mínimos o máximos. Incluso, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia puso condiciones muy estrictas para que un colegio profesional de odontólogos pudiera publicar honorarios meramente sugeridos u orientativos⁵⁵⁵. En Uruguay rige un arancel publicado por el propio Colegio de Abogados que contiene una norma algo ambigua pero que es interpretada y aplicada en el sentido de la libertad en materia de precios⁵⁵⁷.

Aunque una norma que declara obligatorios los honorarios mínimos legales persiste en Alemania,⁵⁵⁹ en el nivel nacional europeo los países que la mantenían debieron eliminarla. Italia lo hizo mediante el *Decreto Bersani* de 2006, luego aprobado y complementado por otras normas. Lo mismo ocurrió en España con la llamada Ley Ómnibus 25/2009 que adecuó diversas leyes a los principios comunitarios y nacionales en materia de competencia. Por eso las normas disciplinarias de Italia⁵⁶⁰, España⁵⁶² y Francia⁵⁶³ recogen el principio de que los honorarios son libremente pactables.

4. EL PASADO QUE VUELVE: “MIJALOVICH C. NOGUEROL”

Por obvio que parezca, una persona concurre a un abogado en busca de un saber del que carece: el conocimiento del Derecho.

La licencia de que dispone el abogado lo obliga, entre otras cosas, a ser leal con su cliente (artículo 6, inciso e, la ley 23.187). También lo obliga a cumplir con las normas disciplinarias (artículo 1, la ley 23187) que a su turno le mandan decir la verdad a su cliente, atender sus intereses con celo y no anteponer su interés al de su cliente (artículo 19, Código de Ética del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, normas similares hay en todas las provincias argentinas). Todas esas obligaciones serían letra muerta si fuera nulo el acuerdo de un abogado con su cliente que estableciera un honorario inferior al mínimo legal. Porque hoy es posible que el abogado, para asistir a alguien que le pide ayuda en una cuestión jurídica, le proponga un contrato que determine un honorario inferior al mínimo del arancel, y más tarde le reclame con éxito la diferencia.

⁵⁵³ Art. 22 de la Ley N° 8906/1984 de Brasil, que aprueba el Estatuto de la Abogacía y de la Orden de los Abogados, art. 2 de Ley Mexicana de Arancel para el pago de Honorarios de Abogados y Costas Judiciales.

⁵⁵⁵ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile, sentencia 45/2014, Colegio de Cirujanos Dentistas s/ determinación de aranceles de referencia, 12/12/2014, http://www.tdlc.cl/tdlc/wp-content/uploads/resoluciones/Resolucion_45_2014.pdf.

⁵⁵⁷ “3. (Deber de aplicación). Los abogados tienen la obligación de ajustar el cobro de sus honorarios a lo preceptuado en este Arancel. Sin embargo, por razones de delicadeza o cuando la situación del cliente así lo aconseje, a juicio del abogado, podrán ser rebajados y aún renunciados.” http://www.colegiodeabogados.org/2011/cms/descargables/s1340048405m39877400_descargable_02_Arancel%20del%20Colegio%20de%20Abogados%20del%20Uruguay.pdf. El Código de Ética de ese mismo colegio presenta la misma imprecisión pues establece: “3.10.1. Los honorarios profesionales se ajustarán a los usos y costumbres del lugar de actuación, respetando el Arancel de Honorarios del Colegio de Abogados del Uruguay. El abogado podrá acordar con el cliente regímenes especiales de honorarios para casos concretos.” http://www.colegiodeabogados.org/2011/cms/descargables/s1340385991m90284900_descargable_02_CodigodeETICA.pdf

⁵⁵⁹ El art. 4 de la Ley sobre Remuneración de los Abogados (Rechtsanwaltsvergütungsgesetz) permite pactar honorarios inferiores a los mínimos legales en asuntos extrajudiciales. Texto en inglés en https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_rvg/englisch_rvg.html

⁵⁶⁰ Art. 25 del Código Deontológico Forense de Italia.

⁵⁶² Art. 14 del Código Deontológico de la Abogacía Española.

⁵⁶³ Art. 11.2 del Código Deontológico de los Abogados de Francia adoptados por el Colegio de Abogados de París (art. 11.2).

Esa situación, en la que un auxiliar de la Justicia provoca un conflicto nada menos que con quien ha depositado en él su confianza al pedirle ayuda en una cuestión precisamente jurídica y que en la cuestión del acuerdo de honorarios es alguien técnicamente indefenso, ya fue resuelta en *Mijalovich c. Noguerol*, un fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de 1963. Su doctrina perdió vigencia por la ley 24.307, de desregulación económica. Pero hace casi medio siglo la CN no había reconocido aún en general los Derechos de los consumidores y en particular los beneficios derivados de la competencia (artículo 42, Constitución Nacional). Como todo indica que volverá a plantearse casi sesenta años después, me parece útil hacer una referencia a ese fallo.

Por mayoría, el tribunal legitimó la posición del abogado demandado que se había negado a cumplir un convenio por el cual había prometido a su cliente que le devolvería parte de los honorarios cobrados si lograba cobrárselos además a la contraparte. Cuando eso efectivamente ocurrió y los herederos del cliente le exigieron que cumpliera con lo prometido, el abogado alegó que el convenio que él mismo había redactado y firmado era nulo porque violaba el orden público.

Es verdad que en esa causa no había ningún planteo que habilitara una decisión sobre la constitucionalidad de una ley. Pero también es cierto que esos jueces no vieron nada que atentara contra ese mismo concepto unitario del orden público en la inmoral actitud de un abogado porque, según resolvieron, eso correspondía al plano ético y no al jurídico, planos que entendieron del todo disociados. Ello a pesar de que la sanción de nulidad absoluta también corresponde frente a una actitud inmoral (art. 953, Cód. Civil entonces vigente).

El entonces juez Guillermo A. Borda lideró a la mayoría. Aceptó, al igual que sus colegas disidentes, que una norma no es de orden público sólo porque lo diga el legislador, pues esa calificación debe ser compartida por el juez, pero construyó su postura alrededor de dos teorías que presentó de manera apodíctica y con las que me permito discrepar.

La primera teoría de Borda es que al ser el honorario establecido en el arancel “lo justo”, el cliente al que se lo intenta cobrar a pesar de existir un convenio por un importe menor no sufre daño. En una algo posición mecánicamente positivista, el juez pareció razonar que todo acto estatal de fijación de una tarifa lleva consigo el atributo de la justicia (suele ser todo lo contrario, por eso se regulan) y que frente a ese acto de autoridad nada vale la voluntad coincidente de los dos particulares de cuyos intereses se trata. Personalmente, creo que es el acuerdo y no la decisión del gobernante lo que hace que pueda predicarse de un intercambio que tiene el atributo de la justicia conmutativa, que de ella se trata.

La segunda teoría de Borda es la presunción *hominis* de que cualquier pacto de honorarios celebrado por debajo de esa tarifa mínima surge de una situación de lesión en la que el lesionado es el abogado y el explotador, el cliente. No usó Borda el término “lesión” ni habló de “explotación”, pero afirmó lo siguiente: “se desea evitar el feo regateo con el cliente, en el que el abogado llevará siempre la peor parte porque necesita vivir de su trabajo y aceptará las imposiciones de su cliente en desmedro de lo que es justo”. Pareció describir con eso una especie de Derecho del Consumidor al revés, uno que presume que la parte vulnerable de la relación es el proveedor y no el consumidor. Me parece que si fuera cierta semejante tesis, esa vulnerabilidad del profesional debería aplicarse a cualquier individuo u organización que prestara un servicio o vendiera una cosa, excepto a los empleados públicos y a los monopolistas privados. Por lo demás, nada explica por qué el abogado cederá a cualquier cosa porque necesita el dinero para vivir y eso mismo no vaya a pasárselo al cliente que enfrenta un problema que no puede resolver (más aun, que tiene prohibido resolver solo) solo y que, si es demandado, usualmente necesita hacerlo en un plazo breve y perentorio. El juez Borda fue coherente: comenzó indicando que la finalidad de la norma era la defensa de la profesión del abogado y terminó sosteniendo implícitamente que el agresor es el cliente y la víctima que hay que defender, el profesional.

Entre los votos de la minoría, el juez Demaría sostuvo que la disposición del arancel era contraria al artículo 1627 del Código Civil. El juez Foutel indicó que no debe convalidarse una situación en que un profesional toma un asunto induciendo a error a su cliente para después lucrar con su propio dolo, porque permitirlo también iría en contra de la dignidad de la abogacía, que proviene de la conducta personal y no de una reglamentación, y que los hechos contrarios a la moral y a las buenas costumbres, como es el reclamo de honorarios antes renunciados, no pueden fundar una obligación por lo dispuesto en el art. 953 del entonces vigente Cód. Civil. Acertadamente expresó: “Es incongruente considerar como parte débil del contrato a una clase profesional que, por rara ironía, es la que se halla en mejores condiciones para defenderse legalmente”. El juez Llambías sólo votó, y en forma negativa, sobre si había o no una contradicción que habilitara a dictar un fallo plenario. De todos modos, indicó que se trataba de resolver si el orden público parcial relacionado con los honorarios del abogado prevalecía sobre el orden público general que condena por inmoral la conducta de alguien que pacta algo y luego alega su propia torpeza para desconocerlo.

A mi juicio, más allá del problema constitucional no hay fundamento deontológico alguno para sostener la prohibición de convenir honorarios inferiores a lo que sea. Ello por varios motivos.

En primer lugar, porque no existe el menor parámetro objetivo que permita a un legislador sostener que un precio es justo. Si, como ya ha ocurrido y ocurrirá cada vez más, un abogado o estudio jurídico desarrollara una plataforma de Inteligencia Artificial que le permitiera abaratar significativamente el costo de gestionar, por ejemplo, los procesos de indemnización de daños por accidentes de tránsito, y eso le permitiera ofrecer el servicio de representación y patrocinio con las ventajas de la automatización a cambio de un honorario “disruptivamente” bajo (del mismo modo que ya existen plataformas para que cualquier persona componga contratos muy buenos a un precio despreciable), ¿qué motivo habría para obligarlo a cobrar a sus clientes lo mismo que un colega que sigue gestionando los procesos de manera artesanal y sin los beneficios de la economía de escala? Los economistas llamarían al resultado de esa situación un caso de “excedente del productor”, que es la diferencia entre el precio que estaría dispuesto a aceptar el productor y el que efectivamente el consumidor efectivamente paga.

Filosóficamente es bastante extraña una norma ética “grata”, que beneficie y no que incomode al obligado. Por lo general, las normas éticas operan cuando se trata de obligar a alguien a adoptar una conducta que no estaría dispuesto naturalmente a cumplir. Menos aún es posible sostener que haya una obligación que tenga como obligado a un colega o competidor y que se cumpla a expensas de un tercero como es el cliente. Semejante idea implica tanto como subvertir las categorías de cualquier obligación, sea ética o jurídica. Finalmente, si de “función social” se tratara, facilitar el acceso a la Justicia sería cumplir con esa misión.

En suma, la ley ha otorgado a un auxiliar de la Justicia una heterodoxa licencia para engañar con una cuestión jurídica a quien lo ha buscado precisamente para que lo ayudara con eso.

MARCELO GOBBI

Abogado, Universidad Católica Argentina, Diploma de Honor, coautor de dos libros y varios artículos sobre abogacía y resolución de conflictos. Se desempeñó como abogado externo y también como director corporativo de asuntos legales. Miembro de FORES. Email marcelo@marcelogobbi.com.

Lawyer, Universidad Católica Argentina, with honors, co-author of two books and several articles on the profession and dispute resolution. He practiced both privately and as corporate general counsel. Member of FORES. marcelo@marcelogobbi.com.

[\(Ir al INDICE\)](#)

DECÁLOGO PARA EL ABOGADO EXTERNO DE EMPRESA

JUAN MANUEL VAQUER

RESUMEN: El autor resume las actitudes y habilidades necesarias para actuar como abogado de empresas.

ABSTRACT: *The author sums up the attitudes and skills necessary to practice as business lawyer.*

PALABRAS CLAVE: abogado; abogado de empresa

KEYWORDS: *lawyer; in-house lawyer; business lawyer.*

Durante casi treinta años trabajé en una prestigiosa empresa multinacional como abogado interno y en funciones ejecutivas. Lo hice tanto en Argentina como en Europa y, durante los quince últimos años en la empresa, con responsabilidades en toda la región de América Latina. En esa extensa trayectoria me tocó interactuar con profesionales del Derecho con mucha frecuencia, ya sea que trabajaran en relación de dependencia de la compañía -los “abogados internos”- o miembros de estudios jurídicos -los “abogados externos”-.

En este artículo intento resumir las diez características del abogado externo que, de acuerdo con mi experiencia personal, considero más importantes para el empresario a la hora de decidir con qué profesionales del Derecho trabajar.

I. CONOCIMIENTO DEL DERECHO

Comienzo por lo obvio. El abogado externo debe tener un profundo conocimiento del Derecho positivo. Estar familiarizado con las normas y con las decisiones de los tribunales. Pero ese conocimiento, que es condición necesaria, es insuficiente para convertirse en un buen asesor jurídico.

La función primordial del abogado consiste en predecir ciertos aspectos del futuro con la mayor precisión posible. Efectivamente, ese futuro que debe predecir son las decisiones que los tribunales adoptarían ante un hipotético caso y, en función de esas predicciones, recomendar a su cliente el curso de acción, la redacción de una cláusula contractual o el mejor modo de estructurar jurídicamente un negocio.

Como nos enseñaba el brillante profesor Julio César Cueto Rúa, para que un abogado pueda predecir cómo decidirán los jueces, además de conocer las normas debe tener una acabada comprensión del contexto social, económico y político. Es que esos aspectos sin duda incidirán en las decisiones judiciales. Por eso, el abogado deber ser alguien siempre bien informado sobre la actualidad y comprenderla.

II. CONOCIMIENTO DEL NEGOCIO DE SU CLIENTE

El asesor jurídico externo debe conocer muy bien el negocio de su cliente. Es decir, entender su tecnología; conocer cuáles son sus ventajas competitivas que debe proteger; qué restricciones o limitaciones tiene; cómo es el mercado en el cual opera; quiénes son sus principales clientes; hasta dónde puede asumir obligaciones y cuáles riesgos sería poco razonable correr. Usando jerga de *management*, debe conocer las fortalezas, debilidades, amenazas y oportunidades de la empresa que asesora. Eso se logra dedicando suficiente tiempo para interrogar adecuadamente a su cliente, visitar sus instalaciones comerciales y productivas, y conocer las personas claves en su organización. Esto le permitirá entender las implicancias que sus consejos tendrán para la empresa.

Para ilustrarlo con un simple ejemplo, si el abogado sabe que el proceso productivo de su cliente enfrenta habitualmente cuellos de botella derivados de cuestiones técnicas en su fábrica, lo podrá

tener en cuenta a la hora de elaborar los contratos de suministro con los distribuidores de su cliente, de modo de minimizar los riesgos de incumplimiento por demora en las entregas.

III. PROACTIVIDAD

El mundo de los negocios exige cada vez mayor agilidad y velocidad en la toma de decisiones. En ese contexto, es muy valioso para quien tiene que conducir una empresa que su asesor jurídico sea proactivo; que esté atento a los cambios normativos, jurisprudenciales, económicos y políticos que puedan impactar -para bien o para mal- la actividad de su cliente y que alerte a éste, sin esperar a que le llegue una consulta.

Basta un breve mensaje informando al cliente sobre la nueva circunstancia y su posible impacto, poniéndose a disposición para el caso que pudiera ser de ayuda. Eso, como señalé, es bien apreciado pues ayudará a anticipar riesgos y oportunidades y actuar para minimizar aquéllos o aprovechar al máximo éstas. Muchas veces las pequeñas ganancias de tiempo permiten ventajas competitivas que hacen que un negocio sea rentable.

Por cierto, que este aspecto se vincula necesariamente con el punto anterior, el de conocer en profundidad el negocio del cliente, pues es ese conocimiento el que permitirá al abogado detectar cuáles cambios pueden tener impacto en la empresa asesorada, incluso aquéllos que no son tan obvios.

IV. DISPONIBILIDAD Y USO DE TECNOLOGÍA

Debido a la importancia que tiene para el empresario el recibir un buen y oportuno asesoramiento jurídico y, como ya he señalado, la velocidad con que el mundo de los negocios exige hoy tomar decisiones, es muy importante que el abogado esté disponible cuando el cliente lo necesita. Esto puede ocurrir fuera del horario habitual de trabajo o en días inhábiles.

Este requisito, que suele no molestar demasiado a quienes somos *baby boomers*, pareciera ser bastante menos apreciado por los abogados más jóvenes quienes, tal vez demostrando mayor sabiduría que los de mi generación, valoran el equilibrio entre el tiempo dedicado a sus obligaciones laborales y el destinado a la familia, amigos y actividades recreativas o culturales.

A alguno le puede haber llamado la atención que en el título de este acápite mencioné el uso de tecnología conjuntamente con la disponibilidad; es que, precisamente, considero que a través de la inteligente utilización de las tecnologías de comunicación disponibles es como se puede resolver el conflicto entre la demanda de disponibilidad del cliente y el legítimo deseo de disponer de tiempo suficiente para cuestiones personales. En efecto, el teletrabajo brinda la posibilidad de evitar dispendio de tiempo en traslados -especialmente en grandes ciudades- y hay sistemas muy eficientes para trabajar documentos a distancia y de modo asincrónico, minimizando horas de reuniones. Lo recomendable es conversar sobre estas cuestiones con el cliente, acordando metodologías de trabajo aceptables para ambos, de modo que no haya expectativas irrazonables de ninguna de ambas partes.

V. DECISIÓN Y CREATIVIDAD

Uno de los momentos más críticos y difíciles para quien conduce una empresa es el de la toma de decisiones importantes. La mayoría de las veces debe hacerse con información limitada lo cual supone asumir riesgos que pueden ser muy significativos. Y es precisamente en esas circunstancias cuando contar con consejeros que faciliten la tarea animándose a arriesgar sus propias opiniones resulta de gran ayuda.

El abogado puede jugar un papel especialmente valioso a la hora de colaborar con el empresario en su toma de decisiones. Pero para ello hay que evitar la actitud de limitarse a enumerar riesgos sin tomar posición alguna, o la de cubrirse planteando siempre el peor escenario posible sin medir la probabilidad de que el mismo ocurra.

Es claro que para que ello pueda suceder es necesario generar una relación de confianza entre el abogado y su cliente, de modo que el primero no tema que lo culpen si las cosas no resultan como se previó, y éste no dude de la buena intención de su asesor.

De igual modo, es especialmente valioso que el abogado sea creativo; que tenga el coraje de recomendar soluciones innovadoras, aunque ello implique asumir algún riesgo adicional.

VI. COMUNICACIÓN

La capacidad de comunicar eficazmente, de modo verbal y escrito, es una de las principales virtudes del buen abogado externo. Y esa habilidad tiene dos aspectos que podemos diferenciar, uno cualitativo y otro cuantitativo.

El cualitativo implica comunicar con lenguaje llano, comprensible por quien no tiene formación jurídica. Hay que dejar la jerga técnica y las numerosas citas de normas y decisiones jurisprudenciales para documentos académicos o, eventualmente, para escritos judiciales (aunque mi aspiración sería que el lenguaje usado en el ámbito tribunalicio también pudiera ser comprendido por un lego, pues permitiría un servicio de justicia más transparente y cercano al ciudadano).

En cuanto a lo cuantitativo, recomiendo que la comunicación sea concisa y relevante, evitando extensos documentos que difícilmente serán leídos.

Dentro de esta faceta cuantitativa, creo que cabe dedicar un párrafo a una cuestión muy específica, que es la conveniencia de informar periódicamente al cliente sobre el estado de los litigios. Sabemos bien que, desafortunadamente, los juicios pueden demandar varios años y que es común que transcurran largos períodos sin que haya avances relevantes. Mi recomendación es que, independientemente de que hayan sucedido o no novedades en el juicio, se envíen breves informes periódicos al cliente -por ejemplo, cada dos meses-. Aunque dicho informe no contenga mucho más que un simple “sin novedad”, le dará al cliente la tranquilidad de que el asunto está siendo atendido.

VII. PRAGMATISMO Y TRABAJO EN EQUIPO

Es bien sabido que el asesor jurídico debe privilegiar los intereses de su cliente. Sin embargo, a veces puede ocurrir que el abogado se deje llevar por el deseo de obtener un triunfo profesional aunque ello no sea lo más conveniente para su cliente.

Por ejemplo, hay situaciones en las que ante un conflicto legal, aunque el cliente tenga buenas probabilidades de ganar un eventual juicio y la obtención de esa sentencia favorable pueda significar para el abogado un destacado logro profesional, digno inclusive de publicación y comentario en las revistas jurisprudenciales, lo mejor para la empresa asesorada sea arribar a un acuerdo que le permita poner fin al conflicto rápidamente, liberando recursos financieros y humanos para cuestiones más relevantes. El buen abogado no dudará en recomendar lo mejor para la compañía cliente.

Nuevamente aquí se pone de manifiesto la importancia de conocer en profundidad el negocio asesorado, para poder sopesar adecuadamente lo que es mejor para él.

El abogado externo debe también adaptarse a trabajar en equipo con profesionales de otras disciplinas -ingenieros, científicos, financieros, etc.- independientemente de si le toca o no liderar dicho equipo. Sentirse cómodo y hacer que los otros integrantes del equipo también se sientan cómodos en esas circunstancias es una valiosa virtud.

Lógicamente, la buena relación y colaboración con los abogados internos de la empresa cliente, en caso de que la misma cuente con ellos, es de especial relevancia.

VIII. EFICIENCIA Y COSTO COMPETITIVO

En un mundo tan globalizado y competitivo como el actual, es casi imposible tener una empresa rentable y sustentable en el tiempo si todos los eslabones de su cadena de valor no aportan a esa competitividad. Eso, sin duda, aplica también a quienes le brindan asesoramiento jurídico.

En tal sentido, y como aporte a esa eficiencia, es menester que el abogado sea criterioso a la hora de asignar recursos a una cuestión determinada. Hay que evitar “usar cañones para matar moscas”. Como regla general, es bueno respetar el principio de subsidiariedad, asignando a cada tema el recurso más económico que lo pueda manejar eficiente y eficazmente.

También contribuye a la competitividad la utilización de herramientas de gerenciamiento que permitan estimar adecuadamente, y anticipar, tiempos y recursos que demandará un proyecto (por

ejemplo, un litigio o una transacción importante). Estar familiarizado con técnicas de planificación y gerenciamiento de proyectos es sumamente útil.

Puede que les haya sorprendido que me voy acercando a las secciones finales de este art. y no he mencionado el costo de los honorarios de los abogados o el “precio de su hora”, cuando sea ese el mecanismo de remuneración convenido. Es que, sin menospreciar la importancia de este tema, creo que si el abogado reúne las características que enumero en este documento su costo pasa a ser una cuestión secundaria, obviamente siempre que no esté desfasado con lo que serían condiciones de mercado razonables.

IX. SENTIDO COMÚN

En mi experiencia, el profesional del Derecho normalmente está capacitado para aportar una visión desapasionada y equilibrada a la hora de analizar cuestiones complejas. Es muchas veces el que trae a la mesa la cuota de sentido común imprescindible en el momento de tomar decisiones. No tengo fundamentos científicos para sustentar mi afirmación, pero sospecho que tal vez puede deberse a la formación humanista que caracteriza a los abogados y que no siempre tienen otros de los profesionales que habitan en el ámbito empresarial. Creo que el buen abogado es consciente de ese aporte y lo brinda generosamente.

Otra característica valiosa del buen abogado es la de asumir las propias limitaciones y tener la prudencia de explicitar cuando una cuestión lo excede y es aconsejable consultar con otro profesional del Derecho que se especialice en la materia. Reconocer las limitaciones no es una debilidad sino, por el contrario, una virtud apreciable.

X. ÉTICA

Ninguna compañía puede ser sustentable si no se conduce de acuerdo con sólidos valores éticos. Una empresa que carezca de integridad podrá tener éxitos circunstanciales pero, más temprano que tarde, su mala conducta será conocida, perderá la confianza de clientes, inversores, empleados y sufrirá costosísimas consecuencias.

Hay muchos y conocidos ejemplos de empresas que se presentaban como modelos de éxito y que, al descubrirse que tenían conductas fraudulentas, terminaron envueltas en escándalos y desapareciendo, haciendo perder enormes fortunas a sus accionistas.

Esta realidad es cada vez más evidente, pues con los medios de captura y difusión de información actuales resulta casi imposible ocultar por mucho tiempo las conductas reprochables.

En este contexto, puede sorprender al lector que haya dejado para el final la cuestión de la ética del abogado externo. Lo hice no para quitarle relevancia al tema sino, por el contrario, porque si una sola cosa me gustaría que el lector retuviera de mi art. es ésta. Supuse que tratarla como último punto ayudaría a que fuera recordada.

Efectivamente, considero imprescindible que el abogado se conduzca con los más estrictos estándares éticos y que, mediante su consejo y asesoramiento, contribuya a que cliente lleve adelante su negocio de un modo irreprochable.

Si aspiramos a vivir en un país sustentado en valores como la honestidad, la sinceridad, el respeto por los compromisos y la cultura del trabajo, debemos empezar por hacer que las organizaciones que nos toca liderar sean un ejemplo, en pequeña escala, de ese país que deseamos. Los abogados pueden contribuir de modo fundamental en esa construcción.

JUAN MANUEL VAQUER

Abogado (Universidad Católica Argentina, Diploma de Honor), coautor de dos libros y varios artículos sobre abogacía y resolución de conflictos. Se desempeñó como abogado externo y también como director corporativo de asuntos legales. Miembro de FORES. Ex presidente de DuPont América Latina. juanmvaquer@gmail.com.

Lawyer (Universidad Católica Argentina, with honors), co-author of two books and several articles on the profession and dispute resolution. He practiced both privately and as corporate

general counsel. Former President of Dupont Latin America. Member of FORES.
juanmvaquer@gmail.com.

[\(Ir al INDICE\)](#)

ABOGACÍA INTERNA EN LA ARGENTINA

REFLEXIONES A PARTIR DE UNA SENTENCIA EUROPEA SOBRE CONFIDENCIALIDAD DE LA COMUNICACIÓN ENTRE CLIENTES Y ABOGADOS

MARCELO GOBBI

RESUMEN:El autor imagina cómo un caso sobre confidencialidad de las comunicaciones entre los abogados internos de una empresa y sus clientes-empleadores similar al caso Akzo (Tribunal Europeo de Justicia) debería haber sido resuelto según las leyes de Argentina.

ABSTRACT: *The author imagines how a case on confidentiality of communications between in-house lawyers and their clients-employers similar to the Akzo case (European Court of Justice) should have been resolved under the laws of Argentina.*

PALABRAS CLAVE: abogado interno; departamento legal; secreto profesional; confidencialidad de comunicaciones

KEYWORDS: *in-house attorney; legal department, confidentiality; attorney-client privilege*

1. PROPÓSITO

Reflexiono sobre la condición de abogado interno desde la perspectiva del Derecho argentino. Utilizo como excusa una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (el “Tribunal”) que tuvo que resolver si las comunicaciones entre el departamento legal y sus clientes internos eran confidenciales o, al contrario, podían incorporarse en un expediente que se había formado para investigar actos presuntamente anticompetitivos⁵⁶⁴.

2. EL CASO

El Tribunal negó el carácter confidencial, propio del llamado Legal Professional Privilege (“LPP”), a ciertos documentos vinculados con la comunicación entre directivo y abogados internos de una empresa, y convalidó su utilización como prueba en la investigación que llevaba a cabo la Comisión Europea (“la Comisión”) en tanto autoridad de competencia.

Los hechos del caso, muy resumidos:

Durante un procedimiento realizado en las oficinas inglesas de una compañía de origen holandés, la Comisión requirió la incorporación de dos grupos de documentos respecto de los cuales la empresa había alegado que debía regir el LPP, por lo cual solicitó que se reservaran, sin antes leerlos, en un sobre cerrado para que la cuestión fuera resuelta por el Tribunal.

El primer grupo de documentos consistía en dos ejemplares de un memorando redactado por un ejecutivo de la empresa y destinado a su superior corporativo (ninguno de ellos abogado), que en uno de los ejemplares presentaba anotaciones manuscritas en el margen que indicaban la necesidad de consultar el tema con determinado estudio jurídico. A su respecto, la Comisión dispuso realizar una “mirada superficial” (cursory look), rechazó la impugnación y los incorporó en el expediente. Aunque no es el objeto de este comentario, destacamos que el Tribunal censuró la decisión de la Comisión de hacer una “mirada superficial” sobre los documentos, porque obviamente así se obtiene el efecto que correspondería impedir si a la postre el material fuera confidencial. Señaló que los documentos objetados debieron haberse guardado en un sobre sellado para su ulterior examen judicial. La Comisión había hecho eso solamente con los mensajes de correo electrónico, no con el memorando.

⁵⁶⁴ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, 14/9/2020, Akzo Nobel Chemicals, Ltd. and Ackros Chemicals, Ltd. vs. Commission of the European Community, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62007CJ0550&from=GA>, Primera instancia (17/9/2007): <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62003A0125:EN:HTML>.

El segundo grupo de documentos consistía en comunicaciones de correo electrónico entre el gerente general y un abogado interno de la empresa. A su respecto, la Comisión aceptó incorporarlos en un sobre sellado para que la cuestión fuera resuelta por el Tribunal.

La empresa recurrió al Tribunal para que se declarara aplicable el LPP respecto de ambos grupos de documentos.

Sumario de los fundamentos de la sentencia del Tribunal, que rechazó el recurso:

El LPP se justifica por la garantía de la defensa en juicio, para cuya vigencia existen los abogados como auxiliares de la justicia.

El LPP solamente protege a la documentación que ha sido preparada con la finalidad exclusiva de obtener asesoramiento jurídico independiente.

El abogado interno no puede prestar un asesoramiento jurídico independiente, porque forma parte estructural, funcional y jerárquicamente de la empresa, y tiene un jefe que no es abogado.

Algunos países de la Unión Europea admiten en la matrícula a los abogados internos y los someten a la fiscalización disciplinaria propia de la profesión, pero otros no, de modo que el Tribunal, llamado a definir una regla uniforme de nivel comunitario, se inclinó por la segunda posición.

3. ¿EL INTERNO ES REALMENTE UN ABOGADO?

La ley argentina define las tareas propias de esta profesión como “Derechos específicos del abogado”: evacuar consultas jurídicas y percibir remuneración, defender, patrocinar y representar judicialmente a sus clientes⁵⁶⁶.

Por “abogado interno” me refiero a quien que trabaja bajo relación de dependencia laboral respecto de una organización (empresaria, estatal u organización no gubernamental) y desempeña allí esas tareas.

Kemelmajer de Carlucci describe así la función que analizo:

*“Este abogado interno se caracteriza por las siguientes notas: su fuerza de trabajo está puesta a disposición de ese cliente; actúa dentro de la organización jerárquica de éste; sus ingresos dependen total o casi totalmente de él; si bien mantiene en medida apreciable su independencia de criterio técnico, no determina por sí mismo cómo, dónde, cuándo y cuánto trabaja; forma parte del staff, o sea, no pertenece a la línea que toma las decisiones sino que asesora al que las toma; forma parte del microclima empresarial, depende siempre directa o indirectamente de alguien que no es abogado y está en permanente contacto con gente que no lo es”*⁵⁶⁸.

A mi juicio, se trata de una correcta descripción, salvo en cuanto manifiesta que el abogado interno no pertenece a la línea que toma las decisiones sino que sólo asesora, característica que puede ser cierta en algunos casos pero que no se ajusta a la realidad de, por lo menos, las grandes empresas, en las que el responsable jurídico integra los equipos directivos (comités de dirección, staff del CEO o como se llame la primera línea de la gestión) y como tal participa del proceso de toma de decisiones. Me parece que Kemelmajer de Carlucci “importa” al mundo de la empresa lo que se suele ver con mayor frecuencia en la tarea de un abogado externo, a veces mero asesor, sin percibir que la participación en la toma de decisiones es, precisamente, uno de los atributos que llevan a las empresas a formar equipos jurídicos internos⁵⁶⁹.

Opino que según el Derecho argentino un abogado que trabaja como tal bajo relación de dependencia mantiene su condición de abogado, y que el régimen laboral no lo priva de los Derechos ni lo exime de las obligaciones inherentes al ejercicio de su profesión⁵⁷⁰.

En el plano normativo me fundo en lo siguiente:

la ley 23.187 no hace ninguna distinción que excluya de la matrícula o que prive de Derechos ni dispense de las obligaciones inherentes al ejercicio profesional a quienes trabajan en relación de dependencia.

La ley de Arancel de Abogados y Procuradores dispone que sus normas no se aplican a los honorarios de los abogados que trabajen bajo relación de dependencia, en tanto los obligados al pago sean sus empleadores. Si el abogado puede ejecutar honorarios a la contraparte condenada en costas es porque la relación de empleo

⁵⁶⁶ Ley N° 23.187, art. 7.

⁵⁶⁸ Kemelmajer de Carlucci, Aída: Daños causados por abogados y procuradores, JA 1993, III-704.

⁵⁶⁹ Una encuesta preguntó a gerentes generales (CEOs) de grandes empresas norteamericanas qué razones justifican mantener un departamento jurídico. El 89%, contestó que los abogados internos “participan del planeamiento estratégico y de negocio” (“Survey. In-house Counsel for the 21st Century”, Association of Corporate Counsel and Spherion Corporation, 2001), <http://www.acc.com/Surveys/CEO>. No conozco un estudio similar que se refiera a la Argentina.

⁵⁷⁰ No he encontrado jurisprudencia de casos en que se haya cuestionado la condición de abogado de un empleado, pero sí en que un abogado alegó una relación de empleo encubierta bajo la locación de servicios profesionales. Estos casos han sido resueltos en uno u otro sentido pero siempre sobre la base de que es posible la coexistencia de ambas condiciones (ej., entre muchos otros, C. Nac. Trab., sala 10°, 28/11/2005, Ontiveros, Adriana N. v. Instituto Nacional de Reaseguros Sociedad del Estado /en liquidación decreto 171/1992 s/despido, Lexis N° 13/10466).

(respecto de la que es ajeno el obligado) en nada afecta la condición profesional del beneficiario de la regulación⁵⁷¹.

Nuestro Colegio declara aplicables sus Reglas de Ética a quienes presten sus servicios “en el departamento legal de empresas de cualquier tipo”⁵⁷³.

El Código de Ética que por disposición de la ley aprobó el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal sí se refiere al abogado interno al considerar esta situación al regular la libertad del abogado de rechazar asuntos (sobre lo cual volvemos en el capítulo 5)⁵⁷⁵.

El plano de las conductas acompaña a las normas y confirma la respuesta afirmativa, en tanto los abogados internos:

- se matriculan y cumplen con las obligaciones derivadas de la colegiación obligatoria⁵⁷⁷;
- reciben nombramientos de oficio;
- están sujetos al poder disciplinario de quien fiscaliza la matrícula;
- pueden representar y patrocinar a sus empleadores en juicio, y suelen hacerlo, sin que los tribunales se ocupen de comprobar en qué condición han sido contratados.

La respuesta afirmativa me parece, además, valiosa. De entre las diversas funciones que comprende la tarea del abogado, a mi juicio la que determina con mayor nitidez su esencia es la de “abogar”, y no por mera comodidad semántica (la primera acepción del verbo abogar que muestra el Diccionario de la Real Academia Española es “defender en juicio, por escrito o de palabra”) sino porque esa tarea envuelve, a su vez, la de defender frente a reclamos patrimoniales o imputaciones realizadas en el marco de investigaciones o procedimientos sancionatorios, judiciales o administrativos.

La función de defensa no es meramente “conveniente”. Como ha escrito Kemelmajer de Carlucci con cita de Cattaneo:

*“el abogado es un auxiliar de la justicia y el buen funcionamiento de este poder del Estado interesa a toda la comunidad; en consecuencia, aunque la relación con el cliente configure un contrato, en muchos aspectos está dominada por principios inderogables. Con razón se ha dicho que esta profesión, aunque no configure el ejercicio de una función pública en sentido propio, tiene una particular relevancia publicística”*⁵⁷⁹.

Creo que la función permite hacer realidad el estado de Derecho según lo define el constitucionalismo moderno, en tanto comprende las garantías del debido proceso (artículo 18, Constitución Nacional). Por eso la ley garantiza que un imputado penalmente sea asistido por un abogado cuyo servicio, en caso necesario, será provisto por el Estado⁵⁸⁰.

⁵⁷¹ Ley N° 21.839, art. 2: “Los profesionales que actúen para su cliente con asignación fija, periódica, por un monto global o en relación de dependencia, no están comprendidos en la presente ley, excepto respecto de los asuntos cuya materia fuere ajena a aquella relación o cuando mediare condena en costas a cargo de otra de las partes intervinientes en el proceso”. Una cuestión ética muy interesante y no estudiada en nuestro país es la relativa al destino que deben tener los honorarios que se regulan a los abogados internos que representan o patrocinan a su cliente-empedor en juicio cuando la contraparte es condenada en costas. El análisis de la cuestión excede las posibilidades de este trabajo, pero, si se nos tolera la simplificación, podemos afirmar que la praxis muestra dos modelos. Ciertas empresas y organismos públicos permiten que esos honorarios puedan ser retenidos por los abogados beneficiarios de las regulaciones, pues funcionan como un suplemento de su retribución, con fundamento en lo dispuesto en la ley de arancel y por la censura que merece para muchos -no para nosotros- la práctica de compartir la retribución con quienes no tengan título de abogado, lo que ocurriría si los honorarios fueran a parar finalmente a la empresa. Otras sostienen que el importe de esos honorarios debe ser ingresado en la empresa porque ésta ya ha retribuido el trabajo de sus abogados mediante el salario y los honorarios regulados funcionan como resarcimiento de ese gasto por aplicación de los principios generales de la responsabilidad civil. Muchos colegas apoyan esta segunda posición porque, sostienen, debe evitarse la creación de un conflicto de interés entre el abogado y su cliente, porque el primero se vería estimulado a continuar litigando con la esperanza de que su parte pudiera resultar vencedora en costas en situaciones en que podría convenir al cliente una transacción con costas por su orden (no nos convence como argumento autónomo, porque este conflicto objetivo de interés es de la esencia de la profesión y, como tal, se presenta también cuando actúan profesionales externos).

⁵⁷³ Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires: Reglas de Ética, art. 46.

⁵⁷⁵ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal: Código de Ética, art. 20.

⁵⁷⁷ La Corte Suprema de Justicia de la Nación remarcó la condición de matriculados de los integrantes del Cuerpo de Abogados del Estado al declarar inconstitucional el decreto del Poder Ejecutivo que los eximió de matricularse y de pagar el bono de Derecho fijo (CSJN, 4/11/08, Colegio Público de Abogados de la Capital Federal c/ Estado Nacional - PEN, Ley N° 25.414 - dto. 1204/01 s/ amparo, considerando 7°).

⁵⁷⁹ Kemelmajer de Carlucci, Aída: op. cit. en nota 4.

⁵⁸⁰ Por eso no nos parece conveniente reunir en una misma persona, como hacen algunas compañías, la función de abogado interno (director o gerente de asuntos jurídicos) y la responsabilidad de cumplimiento o compliance (Chief Compliance Officer o CCO), cada vez más difundido sobre todo en empresas que hacen oferta pública de sus acciones o son controladas por empresas cotizadas. Creemos que esa confusión va en desmedro, en general, de la posibilidad de un verdadero ejercicio de la abogacía en el ámbito corporativo. Es poco probable que un ejecutivo se vea estimulado a comunicarse sincera y plenamente con un abogado de la empresa que, al mismo tiempo, sea el encargado de velar por el cumplimiento de las normas externas o internas que regulan la operación. Este argumento no se mitiga señalando que el cliente es la empresa y no el individuo que allí trabaja; aunque esto es cierto, la empresa soporta de manera refleja la responsabilidad civil y las consecuencias regulatorias de los actos que cometen los individuos, respecto de los cuales se ejerce también la tarea de defender.

4. LA CONFIDENCIALIDAD, ENTRE LOS “PRIVILEGIOS” DEL ABOGADO (*RECTIUS*: DEL CLIENTE)

Precisamente por su vinculación con garantías constitucionales, a la función de abogar se la rodea de ciertos atributos que no son privilegios del abogado sino herramientas que tienden a que el cliente pueda ejercer mejor su Derecho de defensa.

La confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y cliente (usualmente llamada attorney-client privilege en los Estados Unidos y legal professional privilege en Europa) es, para nosotros, uno de los aspectos de la protección más general que en nuestro Derecho agrupamos bajo el concepto de secreto profesional, a la vez un Derecho y una obligación del abogado, aunque conceptualmente pueda hacerse un matiz entre ambos institutos: mientras el secreto profesional es la prohibición de revelar información que está en poder del abogado sin dispensa del cliente (una obligación de no hacer del abogado), la confidencialidad que analizamos e refiere específicamente a las comunicaciones con el cliente e involucra también a documentos que estén en poder de éste pero que se relacionen con su interacción con el abogado, lo que comprende además una prohibición de que los terceros accedan a esa información.

En nuestra ley la confidencialidad de las comunicaciones que el cliente mantiene con su abogado se induce sin dificultad de diversas normas:

- la prohibición de declarar contra sí mismo⁵⁸²;
- la obligación del abogado de guardar el secreto profesional y la consecuente tipificación de su violación como delito penal⁵⁸⁴;
- el Derecho del abogado a comunicarse libremente con sus clientes cuando éstos se hallaren privados de libertad⁵⁸⁶;
- la inviolabilidad del estudio profesional y su consecuencia, el control más intenso a que está sujeto su allanamiento⁵⁸⁸.

En la Argentina no existen disposiciones legales ni precedentes que establezcan excepciones a esta confidencialidad, ni se ha desarrollado una doctrina respecto de si la información debe reunir ciertas condiciones para su protección.

En los Estados Unidos, aunque con variantes según el estado, la confidencialidad aplicada específicamente a los abogados internos existe si la comunicación:

- es hecha por un empleado de la empresa a un abogado con el fin de obtener asesoramiento jurídico, o a un superior jerárquico que requiere el asesoramiento jurídico;
- se refiere a cuestiones que están dentro del ámbito de las funciones de ese empleado; y
- no ha sido diseminada más allá de aquellos que necesitan conocer su contenido⁵⁹⁰.

5. LA INDEPENDENCIA Y EL ABOGADO INTERNO

El Tribunal consideró a la independencia un elemento central para negar la plena condición de abogado a un profesional interno a los fines de proteger como confidencial cierta información.

Independencia no quiere decir aquí “imparcialidad”, pues desde cierto punto de vista no hay nadie más parcial, y por ende en cierto sentido menos independiente, que un abogado (de advocatus y éste, a su vez, probablemente de la expresión *ad auxilium vocatus*, el llamado para ayudar).

El Tribunal utilizó el término en el sentido de la libertad del abogado para aplicar su criterio jurídico y de acción profesional para que la abogacía cumpla con su función de garantizar el Derecho de defensa, lo que entiende que sólo puede ser provisto por un abogado que sea un tercero respecto de la parte que recibe ese asesoramiento⁵⁹².

Desde una perspectiva argentina, adoptar esa posición implicaría afirmar que la independencia no existe cuando los aspectos específicos de la profesión se consideran alcanzados por la subordinación propia de la relación laboral, que consiste en la obligación del empleado de observar las órdenes e instrucciones que se le impartan sobre el modo de ejecución del trabajo⁵⁹⁴.

⁵⁸² Art. 18, Constitución Nacional.

⁵⁸⁴ Art. 6, inc. “f”, Ley N° 23.187 y art. 156, Código Penal.

⁵⁸⁶ Art. 7, inc. “d”, Ley N° 23.187.

⁵⁸⁸ Art. 7, inc. “e”, Ley N° 23.187, que relaciona explícitamente la inviolabilidad del estudio profesional con la garantía de la defensa en juicio.

⁵⁹⁰ Association of Corporate Counsel: Corporate Compliance, pág. 7, Washington, ACC, 2006.

⁵⁹² Considerando 168 de la sentencia de primera instancia: “(...) provided by a lawyer who, structurally, hierarchically and functionally, is a third party in relation to the undertaking receiving that advice.

⁵⁹⁴ Ley N° 20.744, de Contrato de Trabajo: Art. 86.

Creo que en nuestro Derecho la relación laboral de dependencia no es incompatible con la autonomía técnica del profesional empleado, por lo que éste debe cumplir siempre con las obligaciones legales y éticas propias de su profesión cualquiera haya sido el modo de contratación. Prestigiosa doctrina ha señalado que “el abogado estará sometido a un horario, una modalidad de trabajo y a una disciplina, pero como técnico en Derecho, continuará siendo soberano en el ejercicio de sus funciones y cuando informe jurídicamente lo hará según su leal saber y entender; por grande que sea el grado de subordinación que pueda ligar a un profesional liberal, la responsabilidad derivada de su profesión le atribuye siempre un alto grado de autonomía en su radio profesional; por eso, una orden del patrono no podría relevarlo de esa responsabilidad ni la relación de trabajo autorizará al patrono para imponerle decisiones⁵⁹⁶”.

Esa compatibilidad entre relación de empleo e independencia profesional es también reconocida por la doctrina laboral. Sostiene Fernández Madrid:

“Tratándose de profesionales la subordinación técnica aparece atenuada de manera tal que en muchos casos puede llegar a desaparecer. Es así como el profesional dispone de una independencia que no se pierde aun trabajando en relación de subordinación jurídica. (...) En el caso de profesionales el empleador podrá asignarles trabajo, interrumpir el que están realizando, derivarlo a otro profesional, requerirlo en determinado lapso, fijar honorarios y ámbitos de realización de las tareas. Pero en razón de las limitaciones determinadas por las reglas de la profesión y por la responsabilidad personal del profesional, impuesta por las leyes de su profesión, el empleador no puede dar órdenes sobre la manera de realizar el trabajo. De ahí que la anotada falta de dependencia técnica implique, por lo general, una dificultad adicional para la prueba de la dependencia jurídica”

⁵⁹⁸

Algunos tribunales llamados a analizar si un abogado era o no empleado han puesto de manifiesto precisamente la nota de independencia propia de la tarea profesional al resolver que de las tres especies de subordinación que configuran la relación de trabajo (la económica, la técnica y la jurídica) en el caso de un empleado contratado para trabajar en su profesión no se presentan las dos últimas, y así y todo existe la relación de dependencia.⁶⁰⁰

En el caso europeo que nos sirve de excusa muchas entidades representativas de abogados, y no sólo de internos, presentaron informes en carácter de amici curiae en apoyo de la posición de la empresa, con cita de precedentes jurisprudenciales europeos en los que se declaró que la independencia profesional y la relación de empleo son compatibles⁶⁰¹. La recurrente sostuvo que la condición de abogado debía ser regida por los Derechos nacionales y no por normas comunitarias. En el caso, el abogado en cuestión integraba la Nederlandse Orde van Advocaten de Holanda y estaba sujeto a sus normas y procedimientos disciplinarios, y el procedimiento se realizó en Inglaterra, país en que también existe tal admisión. En Holanda, los abogados internos son admitidos si la empresa que los emplea celebra con ellos un contrato que garantice su independencia y la sujeción a las normas de la profesión⁶⁰². Es decir, todos los Derechos nacionales involucrados reconocían que el interno es un abogado. Sin embargo, el Tribunal entendió que debía buscar una norma uniforme para todo el ámbito de la Unión Europea, donde existen países que sólo reconocen como abogado al externo.

Una nota que suele mencionarse como configurativa del atributo de independencia del abogado es el derecho de rechazar asuntos, derecho que se pone en crisis, si es que no desaparece, cuando el cliente es además empleador. Ese derecho está reconocido en el artículo 20 del Código de Ética del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal:

“El abogado es libre de aceptar o rechazar asuntos en los que se solicite su intervención profesional, sin necesidad de expresar los motivos de su determinación, salvo en los casos de nombramiento de

⁵⁹⁶ Kemelmajer de Carlucci, op. cit. en nota 4.

⁵⁹⁸ Fernández Madrid, Juan C., Las profesiones liberales y el contrato de trabajo, DT XLVIII-A, 185)

⁶⁰⁰ C. Civ. y Com. Bahía Blanca, sala 1ª, 30/10/2007, Federici, Roberto M. v. Asociación Española de Beneficencia, Lexis N° 70042327; C. Nac. Ap. Trab., sala 8ª, 22/11/2004, Maruri, Marcela A. v. Trainmet Seguros S.A. y otro, Lexis N° 70014854.

⁶⁰¹ Presentaron sus informes las siguientes entidades: The Council of the Bars and Law Societies of the European Union, Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten (Holanda), American Corporate Counsel Association, International Bar Association y European Company Lawyers Association. Esta última describió con precisión el concepto: Independence of thought and judgment are expected of in-house lawyers, as they are of their external colleagues. Such independence of thought and judgment are in no way incompatible with the existence of an employment contract, and this principle has been affirmed by the Appellate Courts in a number of EU jurisdictions both for lawyers and for other professions (Cour de Cassation France, 29/03/1996; Cour de Cassation Belgique, 27/3/1968 (pas 1968,1,916); Hof van Discipline Nederland, 18/12/1974, (Advokatenblad 1975, p 366 et seq)). In this last case the Court decided that the employment contract of X (the lawyer) did not endanger his freedom and independence even when acting for his employer. The principle has also been confirmed by the French law of December 31, 1990 concerning certain legal professions, which introduces the possibility for “avocats” to be employees (Intervention Statement in case T 253/03 Akzo Nobel Chemicals, Ltd. y Ackros Chemicals, Ltd. vs. Commission of the European Community, pág. 12; en <http://www.ecla.org/documents/Intervention%20Statement-1.pdf>).

⁶⁰² Considerando 149 de la sentencia de primera instancia.

oficio o cuando actúe en relación de dependencia y sujeto a directivas del principal. En estos casos, el abogado podrá [en nuestra opinión, debió decir “deberá”] justificar su declinación fundándose en normas éticas o legales que puedan afectarlo personal o profesionalmente”.

Nos parece una razonable armonización entre la independencia profesional y la subordinación propia del empleado.

Una buena definición de lo que debe entenderse por independencia del abogado interno es la contenida en las Reglas de Ética del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, entidad de afiliación voluntaria. Aunque se refiere a los abogados que actúan bajo relación de dependencia respecto de organizaciones dedicadas a brindar servicios jurídicos (sociedades de abogados o multidisciplinarias) y no de empresas con otro objeto, creemos que se impone la analogía y que debe aplicarse el mismo principio. Dice el art. 16, cuarto párrafo, de esas Reglas:

“Una sociedad de profesionales abogados o multidisciplinaria, y los abogados que actúen en forma individual, podrán emplear otros abogados o profesionales de otras disciplinas bajo su dependencia. Si bien tiene subordinación jurídica dada su relación de empleo, el abogado empleado cuidará de mantener su independencia de criterio jurídico y no será considerado un subordinado desde el punto de vista técnico. El empleador no podrá escudarse en esa falta de subordinación técnica para evadir su responsabilidad ante el cliente por la negligencia o dolo del subordinado en la atención de los asuntos de aquél. El abogado empleado también podrá realizar objeciones de conciencia para atender determinados clientes o asuntos y, en ese caso, la sociedad de profesionales o el abogado empleador deberán respetar tal objeción y permitirle no atender el caso o al cliente en cuestión”.

Adicionalmente, no hay razón que justifique presumir que un abogado obedecerá cualquier instrucción que dé su cliente interno aun si al hacerlo compromete su responsabilidad civil genérica, y profesional específica, ninguna de las cuales desaparece ni se atenúa porque trabaje bajo relación de empleo. Si se considerara que la inserción en una estructura jerárquica en condición de asalariado convierte al abogado en una especie de autómatas “dactilógrafo” de su jefe, algo no muy diferente podría decirse de los abogados que se desempeñan bajo relación de dependencia en estudios jurídicos, que también tienen condicionada su libertad para decidir en qué trabajan y cómo⁶⁰⁴. Si se aplicara el mismo grado de suspicacia, rayana en el prejuicio, al ámbito de la abogacía externa, debería tomarse en consideración que para una firma de abogados a veces un cliente o grupo empresario es, por el porcentaje de facturación que representa, la condición de su subsistencia, circunstancia que puede comprometer su independencia tanto como lo haría la relación de empleo (aunque, como apunta Molinelli, un abogado externo inteligente hará lo posible para evitar tal situación o, al menos, para que su cliente principal no se entere, lo que no puede hacer el interno)⁶⁰⁵. Jurídica y económicamente resulta más fácil para el cliente resolver un contrato de locación de servicios profesionales que una relación de empleo, lo que obliga a ser prudente y evitar conclusiones dogmáticas cuando se trata de atribuir al abogado interno una situación de mayor fragilidad que le pueda restar per se independencia de criterio profesional.

Por todas estas razones creemos que una decisión como la que tomó el Tribunal no se ajustaría al Derecho argentino.

Originalmente publicado por Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, 2008.

MARCELO GOBBI

Abogado, Universidad Católica Argentina, Diploma de Honor, coautor de dos libros y varios artículos sobre abogacía y resolución de conflictos. Se desempeñó como abogado externo y también como director corporativo de asuntos legales. Miembro de FORES. Email marcelo@marcelogobbi.com.

⁶⁰⁴ Las normas relativas a la profesión todavía parecen atender preponderantemente al abogado que ejerce la profesión individualmente sin considerar de modo suficiente a la figura del estudio jurídico. No me refiero a la discusión sobre si el Derecho de los abogados de asociarse debe estar limitado a la formación de sociedades entre abogados ni de la regulación de las probables figuras societarias (decisiones que adoptó, por ejemplo, el Derecho francés mediante las leyes N° 71-1130 y N° 90-1258, respectivamente) sino a sus consecuencias en el plano ético. Abundan en nuestra experiencia las coloridas anécdotas. Cierta vez intervinimos en representación de un acreedor en un concurso preventivo que tramitó en el interior del país. Meses después de trabajar en el tema junto con un prominente abogado del lugar, supimos que éste era “socio” del letrado patrocinante de la sindicatura, o por lo menos que ambos compartían estudio, asistente y membrete, circunstancia que no parecía preocupar a ninguno de los colegas, al colegio de abogados ni al tribunal del lugar.

⁶⁰⁵ Molinelli, N. Guillermo: “La ética profesional y el abogado interno de empresa”, LL 1990-C, 1160.

Lawyer, Universidad Católica Argentina, with honors, co-author of two books and several articles on the profession and dispute resolution. He practiced both privately and as corporate general counsel. Member of FORES. marcelo@marcelogobbi.com.

[\(Ir al INDICE\)](#)

VA. SECCIÓN

LA ÉTICA DE LOS JUECES

EL DESAFÍO DE FORJAR UN CARÁCTER ORIENTADO A LA JUSTICIA (UNA ÉTICA JUDICIAL QUE APELA A LAS VIRTUDES)

SANTIAGO FINN

RESUMEN: El autor considera a la ética judicial como ética de las virtudes, y a la justicia como virtud principal que deben cultivar los jueces. Describe al juez profesional ideal, alejado de un perfil burocrático y normativista.

ABSTRACT: *The author considers judicial ethics as an ethics of virtues, and justice as the main virtue that judges must cultivate. He describes an ideal professional judge, neither bureaucratic nor legalistic.*

PALABRAS CLAVE: ética judicial; jueces

KEYWORDS: *judicial ethics; judges.*

Mientras se discute si los procesos pueden ser resueltos por medio de la Inteligencia Artificial⁶⁰⁷, este breve artículo buscará recordar que el acto humano de juzgar no sería posible si no se ejerce guiado por la virtud de la justicia.

Veremos que se trata de no solo una virtud humana sino de una virtud profesional exigible por la sociedad porque forma parte del compromiso que se asuma al jurar como magistrado judicial.

Heinrich Böll, escritor alemán y Premio Nobel de Literatura, nos narra con maestría en su cuento “La balanza de los Balek”, los efectos sociales dolorosos que provocan en una comunidad el advertir que se ha infringido a propósito la medida de la justicia desde la histórica metáfora de la balanza. La convivencia social se quiebra cuando se descubre que la balanza estaba adulterada y que los repartos no eran equitativos.

Podría contestarse que la medida de la justicia está dada en la ley y en el conjunto de fuentes normativas que deben aplicarse para resolver nuestros conflictos. Si bien eso es cierto, no lo es menos que dicha aplicación debe ir acompañada de un valor que debe formar parte del carácter de los abogados, cómo un hábito, especialmente aquellos que tienen el poder público de dictar sentencias.

Adela Cortina, en su obra “¿Para qué sirve realmente la ética?”⁶⁰⁹, nos recuerda que ya en la propia raíz etimológica de las palabras ética y moral esta la necesidad de formar un buen carácter en las personas, las instituciones y los pueblos. Este buen carácter se conquista a través de las virtudes que ellas son las predisposiciones a obrar bien que vamos conquistando a lo largo de la vida⁶¹⁰.

Asegura esta autora que, más allá de nuestra carga genética y de las condiciones sociales y económica en la que nacemos, el proyecto de formarse un buen carácter es el más inteligente que se puede tener. Cuando se disfruta las acciones que son valiosas por sí mismas y se sabe aprovechar mejor los dones de la fortuna y de la providencia, se tiene mayor posibilidad de ser feliz.⁶¹²

Esto de “forjar un buen carácter” podría parecer simplemente una apelación a la buena voluntad de los abogados, magistrados y funcionarios que dedican su vida administrar ejercer el poder judicial. Apelación que invade su intimidad.

Sin embargo, este imperativo es también trasladable al plano profesional, a las exigencias que ya no están vinculadas con el plan de vida autónomo sino con el bien común; con los roles sociales que nos hemos comprometido a cubrir del mejor modo posible cuando juramos desempeñar bien una función pública.

María Amalia Amaya Navarro, en su trabajo “Virtudes judiciales y argumentación. Una aproximación a la ética jurídica”⁶¹³, considera que la ética profesional busca elaborar estándares morales que deben guiar la conducta de los agentes jurídicos en su ejercicio profesional de modo que les permita ser buenos abogados, o buenos jueces, y también buenas personas⁶¹⁵.

⁶⁰⁷ En una publicación periodística se informa que China y Estonia se encuentran a la cabeza del desarrollo de jueces virtuales basados en inteligencia artificial. Ver Confilegal del 13 de octubre de 2019 (<https://confilegal.com/20191013-china-y-estonia-desarrollan-jueces-virtuales-basados-en-inteligencia-artificial-para-resolver-demandas-de-cantidad/>) Consultado el 19 de septiembre de 2020.

⁶⁰⁹ CORTINA, Adela. 2013. *¿Para qué sirve la ética?* Barcelona. Paidós.

⁶¹⁰ Ídem, págs. 29 y sgtes.

⁶¹² Ídem, págs. 35/6

⁶¹³ AMAYA NAVARRO, María Amalia. 2009. “Virtudes judiciales y argumentación. Una aproximación a la ética jurídica”. México. Ed. Tribunal Electoral de la Federación.

⁶¹⁵ Ídem pág. 13

Según ella, el análisis de los problemas propios de la ética jurídica se ha abordado tradicionalmente desde la perspectiva de dos modelos básicos: el consecuencialismo y el deontologismo. Es decir, sobre la base de la utilidad de los actos o de su cumplimiento de un deber. Pero que en la actualidad se ha regresado a una teoría que tiene sus orígenes en la Grecia clásica, desarrollada fundamentalmente por Aristóteles, y que fue dominante hasta la Ilustración: la ética de las virtudes. A diferencia de las otras corrientes que se preguntan: ¿Qué es lo que debo hacer? La ética de las virtudes se pregunta: ¿Qué tipos de persona quiero ser? Se fija en el sujeto más que en el acto, en el carácter y no en la conducta⁶¹⁷.

La autora se reconoce entre quienes consideran que no debe existir una fragmentación entre la moral general y las virtudes profesionales que, por el contrario, debe existir una relación de continuidad porque las últimas explican qué significa ser bueno en un determinado contexto profesional⁶¹⁹. Entre las virtudes que señala que debe tener un buen juez para desempeñar su rol de un modo excelente menciona la imparcialidad, la sobriedad, la valentía, la sabiduría y la justicia. Si bien ellas no son exclusivas de la función judicial se ajustan a las peculiares características de la funcional institucional que desempeñan los jueces y les permitiría estar bien equipados para dictar sentencias justificadas y realizar los ideales del Estado de Derecho⁶²¹.

Existiría entonces una exigencia de justicia, como virtud, que se proyecta en la vida profesional de los jueces.

En términos aristotélicos su actividad debería estar gobernada por una disposición a buscar la igualdad en los repartos, pero tomando en consideración las cuestiones de inequidad estructurales y buscando corregirlas. El juez es la justicia viva, decía el estagirita.

La pregunta sería entonces cómo definir esta disposición, y cómo trasladarla al quehacer jurídico diario sin imponer criterios personales que no tengan respaldo jurídico porque el juez debe ser independiente de todo menos del Derecho.

Un esfuerzo por modelar la exigencia profesional de los jueces está en el Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial, la obra compuesta por los filósofos del Derecho Manuel Atienza y Rodolfo Vigo, que fue aprobada por la Cumbre Judicial Iberoamericana de Santo Domingo, República Dominicana, de 2006.

En su Exposición de Motivos dicen buscar obtener una firme e íntima adhesión a los principios de ética judicial para modelar el mejor juez posible. Alientan que se arraiguen hábitos beneficiosos para la confianza ciudadana; y recalcan que "...estos principios pueden ser reconstruidos con el lenguaje propio de las virtudes -como se hace en algunos Códigos Iberoamericanos-, en tanto la habitualidad de las conductas pertinentes consolida disposiciones para la excelencia en el servicio judicial".

En el capítulo V del Código Iberoamericano de Ética Judicial se enuncia este principio-virtud:

Justicia y Equidad

Artículo 35.- El fin último de la actividad judicial es realizar la justicia por medio del Derecho.

Artículo 36.- La exigencia de equidad deriva de la necesidad de atemperar, con criterios de justicia, las consecuencias personales, familiares o sociales desfavorables surgidas por la inevitable abstracción y generalidad de las leyes.

Artículo 37.- El juez equitativo es el que, sin transgredir el Derecho vigente, toma en cuenta las peculiaridades del caso y lo resuelve basándose en criterios coherentes con los valores del ordenamiento y que puedan extenderse a todos los casos sustancialmente semejantes.

Artículo 38.- En las esferas de discrecionalidad que le ofrece el Derecho, el juez deberá orientarse por consideraciones de justicia y de equidad.

Art. 39.- En todos los procesos, el uso de la equidad estará especialmente orientado a lograr una efectiva igualdad de todos ante la ley.

Artículo 40.- El juez debe sentirse vinculado no sólo por el texto de las normas jurídicas vigentes, sino también por las razones en las que ellas se fundamentan.

En este articulado se postula con cierta audacia la aplicación del Derecho con un fin valorativo y que el término adecuado para sintetizar este valor es la justicia. Este postulado está incluido en el Preámbulo de la Constitución Nacional el mandato de "afianzar la justicia" que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que mantiene operatividad.⁶²³

⁶¹⁷ Ídem pág. 19

⁶¹⁹ Ídem pág. 23.

⁶²¹ Ídem pág. 32.

⁶²³ Ver muy valiosos ejemplos en RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato. "Actualidad de la jurisprudencia de „equidad“ en la Corte Suprema de Justicia", La Ley, 1999-F, 1148.

Este Código de Ética Judicial nos previene del formalismo, de la aplicación automática de la ley; nos invita a estar abiertos a criterios de equidad; nos desafía a ver más allá de la norma, a captar la singularidad del caso, a entender que cada persona es un fin en sí misma.

El sentido jurídico y práctico que corresponda otorgarle al valor justicia excede por mucho el objetivo de este trabajo, simplemente se busca subrayar que la labor judicial significa un desafío bastante mayor que la simple aplicación normativa, para evitar caer en una mirada legalista, superflua o burocrática por la que se cuele la injusticia. Los jueces tienen que desarrollar como hábito un olfato o intuición para que esto no ocurra.

Es necesario que tengan en claro cuál es la misión que le fue confiada; qué dedicación y formación ella implica; y que este fin (la justicia, entendida como la mejor ponderación de valores constitucionales implicados), y no otro, sea el que gobierne sus decisiones.

Releyendo hace poco el fallo “Saguir y Dib”⁶²⁴, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, recordé esa “intuición” o sexto sentido que deben tener los operadores judiciales, ante el dramático caso de dos hermanos, uno de ellos muy enfermo y necesitado con urgencia de un trasplante de riñón, y su hermana que quería ser la donante pero que no tenía capacidad legal para hacerlo por no haber cumplido los diecisiete años.

Viene bien recordar esta doctrina:

“Que las excepcionales particularidades de esta causa, precedentemente expuestas, comprometen al tribunal, en su específica misión de velar por la vigencia real y efectiva de los principios constitucionales, a ponderar cuidadosamente aquellas circunstancias a fin de evitar que la aplicación mecánica e indiscriminada de la norma conduzca a vulnerar derechos fundamentales de la persona y a prescindir de la preocupación por arribar a una decisión objetivamente justa en el caso concreto lo cual iría en desmedro del propósito de “afianzar la justicia” enunciado en el Preámbulo de la Constitución Nacional, propósito liminar y de por sí operativo, que no sólo se refiere al Poder Judicial sino a la salvaguarda del valor justicia en los conflictos jurídicos concretos que se plantean en el seno de la comunidad. La misión judicial, ha dicho esta Corte, no se agota con la remisión a la letra de la ley, toda vez que los jueces, en cuanto servidores del Derecho y para la realización de la justicia, no pueden prescindir de la “ratio legis” y del espíritu de la norma; ello así por considerar que la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas no resulta compatible con el fin común tanto de la tarea legislativa como de la judicial (doctrina de Fallos, t. 249, pág. 37 y sus citas).”

No sólo el mensaje es bueno, sino también la conducta dinámica de los jueces que, rompiendo el protocolo del recurso extraordinario, ya en 1980 pudieron permitirse convocar y entrevistar personalmente al jefe del equipo médico que haría el trasplante para despejar todas las dudas que este caso difícil les generaba.

Adela Cortina, en su obra ya citada, nos llama a ser profesionales y no solo técnicos. Explica que la educación universitaria debe enseñar a utilizar las técnicas para ponerlas al servicio de buenos fines. En las profesiones las metas vienen dadas y se comparten con la comunidad de colegas. Ellas exigen una vocación que implica, además de contar con aptitudes para ejercerlas, tener un peculiar interés por la meta concreta que persiguen⁶²⁵.

Fernando Ruiz en un artículo de opinión “Sin ideales. A profesiones vencidas, un país vencido” señala que parte de los problemas que tenemos como sociedad está en la crisis de las profesiones, porque ellas están vencidas. Para que para que sean un activo para la construcción de un país sus integrantes tienen que tener el poder de cumplir el objetivo profesional, una remuneración adecuada, y el corazón para hacerlo.

*“Si aquellos que tienen el poder en el campo profesional son los que aman el ideal y tienen ingresos razonables, esa profesión vuela y su beneficio a la sociedad se multiplica. Si, en cambio, los que tienen el poder y los ingresos tienen una actitud cínica hacia el ideal de esa profesión, ese campo profesional está degradando la sociedad”*⁶²⁷.

No se puede ser buen juez sin afán de justicia, ese es su ideal. No se trata sólo de una disposición intelectual sino de una actitud vital. Tener “...hambre y sed de justicia”⁶²⁹, nunca mejor dicho que por esta milenaria frase evangélica válida para creyentes y no creyentes.

Volviendo la pretensión de homogeneizar y agilizar los procesos judiciales por intermedio de la Inteligencia Artificial, días pasados este tema fue materia de debate en las “XIII Jornadas de Derecho

⁶²⁴ Fallos: 302:1284

⁶²⁵ CORTINA, Adela. 2013. ¿Para qué sirve...? pág. 129 y sgtes.

⁶²⁷ Art. publicado en el diario La Nación (Argentina), el 24 de septiembre de 2015.

<https://www.lanacion.com.ar/opinion/a-profesiones-vencidas-un-pais-vencido-nid1830568/> Visto el 19 de septiembre de 2019.

⁶²⁹ Mateo 5:6 “Bienaventurados los que tienen hambre y sed de justicia, porque ellos serán saciados”

Judicial” de la Universidad Austral con el tema “La justicia ante los desafíos del mundo digital”⁶³¹ y se postularon estas conclusiones:

“...para garantizar el valor justicia en el ámbito judicial, las decisiones automatizadas no pueden estar exentas, al menos, del control del juez humano. Una máquina no puede sustituir por completo (resaltamos por completo) el elemento humano necesario para decir el Derecho. En este sentido, se resalta las cualidades humanas que son necesarias para la toma de decisiones en el ámbito jurídico (empatía, sensibilidad, equidad, prudencia, etc.), que implican cualidades del hombre que trascienden la mera acumulación de datos algorítmicos y probabilísticos. Estas cualidades del hombre permiten ponderar las circunstancias especiales no previsibles, especiales o excepcionales que se verifican a menudo en la resolución de las controversias y que muchas veces permiten modificar la regla de Derecho aplicables al caso”.

Esas cualidades humanas son las que debemos trabajar. A ellas hace referencia la literatura universal. No creo que los algoritmos capten.

Como tampoco podrían captar la sabiduría de los consejos de Don Quijote de la Mancha a Sancho Panza para que pueda juzgar correctamente cuando fue Gobernador de la Ínsula.

“Hallen en ti más compasión las lágrimas del pobre, pero no más justicia que las informaciones del rico.

Procura descubrir la verdad por entre las promesas y dádivas del rico como por entre los sollozos e importunidades del pobre.

Cuando pudiere y debiere tener lugar la equidad, no cargues todo el rigor de la ley al delincuente, que no es mejor la fama del juez riguroso que la del compasivo.

Si acaso doblares la vara de la justicia, no sea con el peso de la dádiva, sino con el de la misericordia”⁶³²

SANTIAGO FINN

Abogado (UBA). *Magister* en Magistratura y Derecho Judicial (Universidad Austral). Profesor de grado y posgrado en temas vinculados con la ética profesional de los abogados, la ética judicial y la responsabilidad de los jueces en la Universidad Austral, en la Escuela Judicial del Poder Judicial de la Nación y en la Universidad Museo Social Argentino. Defensor Público Oficial ante los Tribunales Orales Federales en Ciudad Autónoma de Buenos Aires. santiagofinn@hotmail.com.

Lawyer (UBA). Master in Judiciary and Judicial Law (Universidad Austral). Undergraduate and postgraduate professor at Universidad Austral, Escuela Judicial del Poder Judicial de la Nación and Universidad del Museo Social Argentino. Public Defender before the Federal Criminal Courts in the City of Buenos Aires. santiagofinn@hotmail.com.

[\(Ir al INDICE\)](#)

⁶³¹ Las jornadas se desarrollaron en Buenos Aires, los días 1, 2 y 3 de septiembre de 2020.

⁶³² Ed. del IV CENTENARIO, Real Academia Española, Santillana Ediciones, San Pablo, 2004, pág. 869.

ESTUDIO COMPARADO DE LOS CÓDIGOS DE ÉTICA JUDICIAL ASPECTOS NORMATIVOS E INSTITUCIONALES

ALEJANDRO TURJANSKI (*)

RESUMEN: El autor describe los aspectos principales de las regulaciones sobre Ética Judicial de distintas provincias de Argentina, así como de varios países extranjeros

ABSTRACT: *The author describes the main aspects of the regulations on professional ethics of various Argentine provinces, as well as those of other countries.*

PALABRAS CLAVE: jueces; ética judicial; códigos de ética; regulaciones comparadas.

KEYWORDS: *judges; judicial ethics; ethic rules.*

Un análisis comparativo de las formas en que diferentes países y provincias argentinas han abordado y tratado la temática de la ética judicial, principalmente a través del dictado de códigos de conducta, o de ética judicial, entendemos que será tanto ilustrativo como útil a los fines de arribar a conclusiones propias.

Este análisis se estructurará, como anticipa el título de este capítulo, en dos aspectos: el normativo (esto es, el código propiamente dicho) y el institucional (es decir, qué órgano o ente se encuentra encargado de la aplicación e interpretación de tales normas).

Comenzaremos con la República Argentina, en donde hasta el momento cinco provincias han dictado códigos, para continuar con otros países americanos, europeos y asiáticos.

ARGENTINA

Corrientes

a) Aspecto normativo. Esta provincia cuenta con un Código de Ética para Magistrados, Funcionarios y Empleados del Poder Judicial de la Provincia de Corrientes, aprobado por acuerdo Extraordinario del Superior Tribunal de Justicia N° 13 el 6 de octubre de 1998.

Establece como objetivos mantener y promover la confianza pública, y como principios y pautas éticas, a tal fin: la honestidad, probidad, rectitud, buena fe y austeridad republicana. Estipula, además, que todo magistrado, funcionario y empleado judicial deberá desempeñar sus funciones con imparcialidad, dedicación y diligencia, desprendiéndose de esta regla una serie de deberes y obligaciones contenidos en una lista meramente enunciativa.

El código no define expresamente el término “imparcialidad”, pero por algunas de sus disposiciones podría inferirse que ésta consiste en “atender con ecuanimidad a todas las partes en conflicto” y “dar igual trato a todas las personas excluyendo todas las preferencias discrecionales”.

Contiene un capítulo sobre incompatibilidades y conflictos de intereses, y otro sobre el régimen de declaraciones juradas.

Prohíbe al juez recibir regalos, presentes, ventajas o donaciones de abogados y o litigantes antes, durante o después del litigio; prohibición que se extiende a los familiares del juez. Tampoco podrá recibir el juez ningún beneficio personal vinculado a la realización, gestión, retardo u omisión de un acto inherente a sus funciones.

Les reconoce a los magistrados absoluta libertad de criterio en la fundamentación de sus sentencias, afirmando que se encuentran sujetos exclusiva y excluyentemente a su conciencia y saber (rechazando toda intromisión por fuera de estos supuestos).

En esto, a criterio del código, consiste la independencia judicial.

Con respecto a la participación del juez en la vida política y social, el código establece que es incompatible con el ejercicio de la función judicial participar en actividades políticas o en asociaciones sociales, religiosas, cívicas, deportivas, económicas o educativas, en cuanto promuevan la obtención de

* Originalmente publicado en FORÉS / Konrad Adenauer Stiftung, E.V., Ética judicial y sociedad civil. Técnicas de incidencia, director Héctor M. Chayer (director), Montevideo, 2004, © 2008 Konrad Adenauer Stiftung E.V.

réditos económicos o políticos que puedan comprometer la dignidad del cargo o interferir en sus actividades judiciales (se exceptúan las actividades docentes, científicas o meramente académicas, en la medida que no impliquen un menoscabo a la actividad judicial, las cuales deberán realizarse por lo general fuera del horario de prestación del servicio).

Le está prohibido al juez realizar comentarios públicos sobre los méritos de un proceso que se encuentre pendiente de decisión, o comentarios subjetivos sobre el desarrollo de un proceso. Sin embargo, esta prohibición no se extiende a las declaraciones que pueda realizar sobre las funciones que desempeña, explicar los procedimientos que se llevan a cabo, con finalidad didáctica, o informar debidamente sobre las decisiones que se adoptaron. En cuanto a la relación con los medios de comunicación, ésta debe ser apropiada, de mutua seriedad y responsabilidad, y los jueces deberán mantener el debido decoro, mesura y sentido de la oportunidad ante los medios.

El código crea un registro de declaraciones juradas de bienes (que comenzó a funcionar desde 1999), que recibe las declaraciones de los jueces, quienes están obligados a actualizarlas anualmente.

En cuanto a las sanciones por incumplimiento de lo dispuesto en el código, éste remite a las sanciones disciplinarias establecidas en la Ley Orgánica y Reglamento Interno vigente en la Justicia (en un rango que abarca desde el llamado de atención a la exoneración, dependiendo de la gravedad de la falta). Dispone que para determinar las sanciones de mayor gravedad, se aplicará el procedimiento previsto para los sumarios administrativos vigente al momento del hecho, y que en cualquiera de los casos actuará como órgano decisor final el Superior Tribunal de Justicia (que se constituye como tribunal de ética, al efecto). Para las sanciones menores se seguirá el procedimiento establecido en la Ley Orgánica y el Reglamento Interno.

b) Aspecto institucional. No se creó un órgano de interpretación o aplicación del código. Como se explicara, el Superior Tribunal de Justicia de la provincia funciona como tribunal de ética ad hoc.

Formosa

a) Aspecto normativo. El Código de Ética para Magistrados y Funcionarios de la Provincia de Formosa fue aprobado por acuerdo del Superior Tribunal de Justicia N° 2092, punto 4, el 22 de abril de 1998.

Establece que los jueces y funcionarios deberán mantener y defender en todo momento la integridad y la independencia del Poder Judicial (sin definir estos dos términos). A esos fines, deberán evitar un comportamiento impropio en todas sus actividades (tanto oficiales como privadas), desplegando una conducta ejemplar. Deberán desempeñar sus funciones con imparcialidad, dedicación y diligencia. Contiene disposiciones relativas a las incompatibilidades y conflictos de interés.

Contiene una prohibición de realizar comentarios públicos relacionados a un juicio pendiente (muy similar a la norma del código de Corrientes).

Dispone que los jueces deben actualizar sus declaraciones juradas de bienes cada dos años, y deben mantener a disposición del público el contenido de estas.

Con respecto a la prohibición de recibir regalos y a la participación de los jueces en actividades sociales y políticas, sus disposiciones son idénticas a las del código de Corrientes.

En cuanto a las actividades extrajudiciales, sus disposiciones son similares al código de Corrientes (se permiten las docentes, científicas y académicas).

b) Aspecto institucional. Existe un Consejo Consultivo sobre Ética Judicial, en el ámbito del Poder Judicial de la provincia, integrado por: un ministro del Superior Tribunal de Justicia (jubilado), el magistrado con rango de camarista de mayor antigüedad en el Poder Judicial de la provincia, el presidente en ejercicio del Superior Tribunal de Justicia, y el procurador general de la provincia.

Sus funciones son asesorar en materia de ética judicial y sobre las normas del código, a aquellos magistrados o funcionarios que lo requieran. También puede evacuar por escrito las consultas que les formulen, que en principio tendrán el carácter de reservadas (salvo que el interesado acepte o promueva su divulgación).

No tiene facultades sancionatorias.

Santa Fe

a) Aspecto normativo. El Código de Ética Judicial de la Provincia de Santa Fe fue aprobado por acta de la Corte Suprema de Justicia N° 10, el 20 de marzo de 2002.

Sus principios fundamentales (en la justificación, interpretación y aplicación del código) son: la conciencia funcional, la independencia, la imparcialidad, el conocimiento, la dignidad y transparencia, el decoro, la honestidad, la diligencia, la lealtad y secreto profesional, la responsabilidad institucional, la afabilidad, la buena fe, la austeridad republicana, la prudencia y la fortaleza.

Define a la independencia judicial como la posibilidad del juez de adoptar sus decisiones en el ámbito de su conciencia jurídica y ética. El juez debe resistir y excluir, por lo tanto, todo tipo de interferencias, como así también evitar conductas o actitudes que puedan generar sospechas en contrario.

En cuanto a la imparcialidad, el código afirma que el juez debe tanto conservar íntimamente como poner de relieve sin ambages, en todo momento, que mantiene respecto de las partes procesales una igualdad equidistancia y que, en el supuesto de no conservar esa actitud, procurará apartarse de la causa judicial.

Contiene, además, una lista (enunciativa) de deberes, prohibiciones y exigencias, establecidas especialmente en orden a: las partes y sus defensores; la sociedad; y el Poder Judicial.

Una de estas prohibiciones es la de recibir regalos, presentes, donaciones o beneficios por parte de litigantes o defensores, sea antes, durante o después del juicio; esta prohibición se extiende al cónyuge y a los hijos menores de edad.

En sus relaciones con la prensa y el público en general (con respecto a los casos pendientes), el juez: tiene prohibido anticipar directa o indirectamente el contenido de las decisiones que adoptará; debe evitar comentarios sobre un caso específico; debe procurar que no trasciendan detalles de las causas en trámite; si excepcionalmente fuera necesaria alguna explicación puntual sobre un caso específico, se hará a través de una comunicación escrita y en términos suficientemente claros para ser entendidos por el público no letrado.

Con respecto a la relación con los medios de comunicación en particular, el código establece que el juez puede (en la medida que resulte necesario para evitar interpretaciones erróneas) efectuar aclaraciones que sean indispensables o aconsejables, pero siempre evitando intervenir en polémicas en las que aparezca defendiendo los criterios jurídicos de su decisión.

Se le prohíbe al juez participar en actos o reuniones de índole política partidaria, y evitará comentarios o afirmaciones que explícitamente traduzcan una filiación política partidaria. Asimismo, se le prohíbe “participar en actos o espectáculos, o concurrir a lugares, o reunirse con personas, que puedan afectar la credibilidad y el respeto propio de la función judicial”.

En cuanto a la exigencia de presentar declaraciones juradas de bienes, el código remite a las normas pertinentes.

b) Aspecto institucional. El Consejo Consultivo está presidido por un ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia, e integrado por un magistrado jubilado que no ejerza la profesión de escribano, abogado o procurador, y por un abogado jubilado que no ejerza su profesión. Su función es evacuar por escrito las consultas que le formulen los jueces y la Corte Suprema de Justicia sobre la interpretación y aplicación de las normas contenidas en el código. Dichas consultas son reservadas (salvo que el interesado acepte o promueva su divulgación), y las respuestas del Consejo no son vinculantes.

El Tribunal de Ética está integrado por un ministro de la Corte Suprema de Justicia (que lo preside), un magistrado jubilado que no ejerza la profesión de escribano, abogado o procurador, y un abogado jubilado que no ejerza la profesión. El tribunal recibe las denuncias efectuadas por toda persona (miembro del Poder Judicial o no) contra un juez de la provincia por infracción a las normas del código, y decide desestimarlas o disponer la apertura de una breve investigación preliminar. Dicha investigación concluye con un dictamen del tribunal, que se elevará a la Corte Suprema de Justicia (que, a su vez, podrá: aplicar un llamado de atención o alguna de las sanciones previstas en la Ley Orgánica del Poder Judicial, ordenar la apertura de un sumario administrativo, o promover el enjuiciamiento).

Santiago del Estero

a) Aspecto normativo. La provincia posee un Código de Ética para Magistrados y Funcionarios de la Provincia de Santiago del Estero, aprobado por acuerdo del Superior Tribunal de Justicia, el 3 de julio de 1998.

Su cuerpo es muy similar al del código de la provincia de Formosa. Con respecto a la presentación de declaraciones juradas de bienes, remite a lo que establezcan las leyes o reglamentos administrativos.

b) Aspecto institucional. Se creó un Consejo Consultivo sobre Ética Judicial, con la misma integración y funciones del Consejo establecido en el citado código de Formosa.

Córdoba

a) Aspecto normativo. El Código de Ética para Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de Córdoba se aprobó por acuerdo reglamentario N° 693 serie “A” del Tribunal Superior de Justicia, el 27 de noviembre de 2003.

Enumera como virtudes de un juez confiable: la dedicación a la magistratura como servicio, su contracción a la labor judicial, el criterio propio en las apreciaciones, su diligencia, prudencia, sensibilidad y probidad tanto en las decisiones y acciones, la moderación en las pasiones, un trato mesurado y afable con los justiciables, su honorabilidad en la vida pública y privada, y una acentuada vocación por el estudio, la actualización y el perfeccionamiento profesional. Menciona como “reglas funcionales”: la independencia, la imparcialidad, la dedicación, la diligencia, la prudencia y equilibrio, la reserva, la probidad; y como “reglas sociales”: el buen trato, la asistencia, la dignidad, el recato y la publicidad.

Según el código, atentan contra la independencia del juez tanto:

“las gestiones funcionales que se cumplen ante otros poderes provinciales y nacionales, o ante cualquiera de sus dependencias, y que exceden la comunicación indispensable para obtener aquellos cometidos de coordinación que las normas contemplan para un mejor ejercicio de la función” como “las sugerencias, solicitudes o exigencias que se puedan formular ante magistrados o funcionarios en los procesos en que intervienen, cuando pretenden incidir en la actuación y/o resolución, respondan a intereses propios o de terceros”.

Con respecto a la imparcialidad, ésta consiste en el trato equidistante a las partes del proceso. Este trato:

“exige que, cuando el magistrado o el funcionario conceda alguna audiencia a una de las partes en el proceso, ofrezca a la otra igual posibilidad de hacerse oír, invitándola al efecto”. Asimismo, “hace a la imparcialidad rechazar cualquier trato discriminatorio en los procesos, y oponerse con firmeza a cualquier prejuicio que lo estimule por razones ideológicas, culturales, políticas, sexuales, regionales, raciales o religiosas”.

En lo relativo a las actividades políticas del juez, el código dispone que éstas (y los comentarios públicos que trasluzcan una filiación partidaria) son incompatibles con la administración de justicia. También lo son la actuación profesional o la dedicación comercial, industrial, agropecuaria y financiera, salvo la que concierne a la mera administración de su propio patrimonio. Sí son compatibles, en cambio, las actividades científicas, académicas y culturales, y la investigación o docencia superior (en la medida que no afecten ni comprometan el ejercicio de la función de la magistratura).

El código entiende que hace al régimen republicano que el servicio de justicia se proyecte a los medios de comunicación social. En ese sentido, los jueces pueden referirse a los casos cuando tengan repercusión pública y no comprometan su deber de reserva, manteniéndose en los límites de lo indispensable para satisfacer el interés público que despierta la labor judicial.

En cuanto al patrimonio personal de los jueces, establece que éste “se mantiene a resguardo de la curiosidad pública. Sin embargo, el cumplimiento de la declaración jurada al acceder al cargo posibilita el necesario control”.

Con respecto a las sanciones, prevé la simple recomendación, y la recomendación con elevación al Tribunal Superior de Justicia (a los efectos de su ponderación y resolución en el marco de las facultades constitucionalmente asignadas).

b) Aspecto institucional. El Tribunal de Ética Judicial, que funciona en el ámbito del Poder Judicial de la provincia, está integrado por cinco miembros, designados por el Tribunal Superior de Justicia (a propuesta de las instituciones que los representan): un magistrado propuesto por el Tribunal Superior de Justicia, dos magistrados y dos abogados de la matrícula; igual número de miembros suplentes. Todos los miembros deben estar jubilados de la función al momento de la designación.

Sus funciones, además de las medidas correctivas, son: evacuar consultas escritas de magistrados y funcionarios o del propio Tribunal Superior de Justicia; interesarse reservadamente de oficio, en comportamientos de magistrados y funcionarios que considere prima facie que constituyen conductas previstas en el código; intervenir en las denuncias que se le presenten o en las de comportamientos que resultaron advertidos luego de una información oficiosa por presuntas incorrecciones deontológicas; proponer al Tribunal Superior de Justicia la actualización o revisión de las reglas que constituyen el código, y efectuar los aportes que en la materia puedan hacer a la mejor realización de este.

OTROS PAÍSES

Estados Unidos

a) Aspecto normativo. El Código de Conducta para los Jueces Federales de los Estados Unidos fue adoptado inicialmente por la Conferencia Judicial del 5 de abril de 1973, y fue conocido como Código de Conducta Judicial para los Jueces de Estados Unidos.

En su sesión de marzo de 1987, la Conferencia eliminó la palabra “judicial” del nombre del Código. En su sesión de septiembre de 1992, la Conferencia Judicial adoptó revisiones sustanciales del Código. La Conferencia Judicial de marzo de 1996 introdujo algunas nuevas modificaciones. Este último es el documento al que nos referimos aquí, el cual incluye un extenso “Comentario” a cada uno de los cánones.

El Código vigente a nivel federal enumera los siguientes cánones:

- 1) El juez deberá mantener la integridad e independencia de la rama judicial.
- 2) El juez deberá evitar comportamientos impropios y aspecto de comportamientos impropios en todas las actividades.
- 3) El juez deberá desempeñar las funciones del cargo con imparcialidad y diligencia (puede consultar a otro juez o al personal del tribunal; incluso puede asesorarse con un experto desinteresado o *amicus curiae*).

4) El juez puede dedicarse a actividades extrajudiciales para mejorar la ley, el sistema legal y la administración de justicia.

5) El juez deberá reglamentar las actividades extrajudiciales para reducir al mínimo el riesgo de conflicto con las funciones judiciales.

6) El juez deberá presentar regularmente informes de la remuneración recibida por actividades relacionadas con la ley y extrajudiciales.

7) Un juez deberá evitar participar en actividades políticas. Ciertas disposiciones del código parecen ubicar al juez en un lugar privilegiado dentro de la sociedad, pero a su vez sujeto a un alto grado de responsabilidad y exposición; así, el comentario al canon 2 expresa:

“Un juez ha de esperar ser objeto de escrutinio público constante. Un juez ha de aceptar por tanto restricciones que pudieran ser consideradas como onerosas por el ciudadano ordinario y deberá hacerlo libre y voluntariamente. La prohibición contra conducta inapropiada o aspecto de conducta inapropiada se aplica a la conducta tanto profesional como personal de un juez”. Resulta interesante también ver cómo define el código este concepto de “conducta inapropiada”: existirá conducta inapropiada “[...] si la conducta crearía en mentes razonables, con conocimiento de todas las circunstancias pertinentes que una indagación razonable divulgaría, una percepción de que la capacidad del juez de cumplir las responsabilidades judiciales con integridad, imparcialidad y competencia se ve mermada”.

No hay mayores precisiones sobre la idea de “imparcialidad”: en el canon correspondiente (el 3), lo único que se dice al respecto es que el juez “no deberá dejarse llevar por intereses partidistas, clamor público o miedo de crítica”. Con respecto a la posibilidad del juez de realizar actividades extrajudiciales, el código es bastante amplio: en el canon 5 establece que:

“Un juez podrá escribir, conferenciar, enseñar o hablar sobre temas no jurídicos, y participar en las artes, los deportes y otras actividades sociales y recreativas, si dichas actividades no obstructivas no desdican de la dignidad del cargo del juez ni interfieren con el desempeño de sus funciones judiciales”. Sí se prohíbe de manera muy rigurosa todo tipo de actividad política.

Los Estados han dictado sus propios códigos de conducta o ética judicial que, por lo general, son muy similares al código para los jueces federales. Analizaremos, brevemente y a título ejemplificativo, el Código de Conducta Judicial de Texas. En su preámbulo aclara que no pretende ser una guía exhaustiva de conducta para los jueces, puesto que éstos deberán actuar conforme a sus propios valores y patrones éticos; la intención del código, sin embargo, es establecer principios básicos y ofrecer una guía que ayude a los jueces a establecer y mantener altos estándares de conducta judicial y privada. En ese sentido, enumera ocho cánones:

- 1) Mantener la integridad e independencia del Poder Judicial.
- 2) Evitar conductas impropias y la apariencia de conductas impropias en todas las actividades del juez.
- 3) Desarrollar las tareas que incumben al cargo judicial en forma imparcial y diligente.
- 4) Llevar a cabo las actividades extrajudiciales minimizando el riesgo de conflicto con los deberes judiciales.
- 5) Abstenerse de participar en actividades políticas impropias. Los cánones 6, 7 y 8 definen los sujetos a los que se aplica el código, el término con que estos cuentan para comenzar a cumplir con este, y establece normas de interpretación (aclarando terminología) del código, respectivamente.

b) *Aspecto institucional.* A nivel federal hay consejos judiciales en cada uno de los 13 circuitos federales, que están facultados para revisar demandas contra los jueces federales a fin de sancionar las violaciones al Código de Conducta Judicial. No pueden destituir al juez.

A nivel estatal, en los 50 Estados se ha establecido una agencia de gobierno permanente para poner en vigor los dictados del Código de Conducta Judicial.

Imponen una gama de sanciones, desde una simple advertencia hasta la destitución.

Existen también (en 34 Estados) comités asesores, integrados por abogados, jueces, y legos, que proporcionan asesoría a los jueces con relación a sus responsabilidades éticas y profesionales. En algunos de los Estados, las agencias de conducta judicial tienen la autoridad de emitir opiniones de asesoría a los jueces.

Nuevamente a título ejemplificativo, analizaremos la situación en el Estado de Texas. En 1965, mediante una enmienda a la Constitución estatal, se creó la Comisión Estatal de Conducta Judicial, una agencia estatal independiente cuya función es investigar las acusaciones de inconducta o incapacidad judicial y, en caso de verificarlas, disciplinar a los jueces. Dicha comisión está integrada por once miembros, que cumplen mandatos no remunerativos de seis años: cinco jueces designados por la Suprema Corte, dos abogados designados por la *State Bar of Texas* (Colegio o Asociación de Abogados) y cuatro ciudadanos designados por el gobernador de Texas (que no sean ni jueces ni abogados). Luego de una investigación que debe respetar las normas del debido proceso y el Derecho de defensa del juez, la comisión, con una mayoría de 6

votos, puede optar por: rechazar la acusación, ordenar una advertencia o censura (privada o pública), exigir una mayor capacitación en determinada área, o incluso proponer la suspensión o destitución del juez a la Suprema Corte.

Perú

a) Aspecto normativo. El Código de Ética del Poder Judicial del Perú, aprobado por la Corte Suprema de Justicia de la República el 14 de octubre de 2003, tiene como fines asistir a los jueces ante las dificultades de índole ética y profesional que enfrentan, así como ayudar a las personas a comprender mejor el papel de la judicatura.

Establece que el juez debe encarnar un modelo de conducta ejemplar basado en los valores de justicia, independencia, imparcialidad, honorabilidad e integridad, que se traduzca en la transparencia de sus funciones públicas y actividades privadas.

Aunque el código no define expresamente el concepto de “*independencia*”, sí ofrece algunas pautas al afirmar que el juez debe ejercer sus funciones “*libre de interferencias y rechazará con firmeza cualquier intento de influencia jerárquica, política, social, económica o de amistad, de grupos de presión o de cualquier otra índole [...]*”.

Con respecto a la actividad política, se establece que “*el juez debe evitar ser miembro o participar en grupos, organizaciones o encuentros de carácter político que pudieran afectar su imparcialidad en asuntos de carácter jurisdiccional*”.

Se estimula un contacto fluido del juez con la sociedad en lo que hace a su actividad:

“Cuando no está sujeto al secreto o reserva de la información que conoce, por razón de su cargo, el juez puede, a su libre criterio, proporcionar todas aquellas sobre la actividad judicial, para un adecuado conocimiento de ella por la colectividad. Realiza ello en salvaguarda de la imagen de la justicia, a través de una oficina especializada del Poder Judicial, cuidando de no adelantar criterio u opinión sobre el fondo de las cuestiones jurisdiccionales a su cargo”.

En lo relativo a la transparencia patrimonial, se dispone que el juez debe garantizarla, informando regularmente sobre sus bienes e ingresos.

b) Aspecto institucional. El código crea un Comité de Ética Judicial, integrado por un vocal supremo titular en actividad, que lo presidirá (elegido por acuerdo de Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia), y cuatro magistrados de cualquier instancia, cesantes o jubilados (elegidos por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia). El comité responde a consultas éticas de los jueces en forma escrita u oral. Dichas respuestas no son jurídicamente vinculantes y son independientes de la aplicación de medidas disciplinarias o de cualquier sanción legal. Ante la comprobación de una falta ética, el comité puede: a) recomendar en privado las pautas de conducta a seguir; o b) llamar la atención, en privado o en público, según las circunstancias, sin perjuicio de hacer las recomendaciones pertinentes. Cuando la gravedad del acto observado trascienda el mero reproche ético y, a juicio del comité, existan elementos de responsabilidad disciplinaria, debe remitir lo investigado al órgano de control.

Venezuela

a) Aspecto normativo. Venezuela posee un Código Orgánico de Ética y Disciplina del Juez Venezolano o Jueza Venezolana, aprobado por ley el 16 de octubre de 2003.

Establece como principios éticos fundamentales, para lograr la confianza pública en la integridad e independencia del juez y en el sistema de justicia: el respeto a la dignidad de la persona humana, la probidad, rectitud, transparencia, decoro, responsabilidad, imparcialidad, buena fe, búsqueda de la verdad y libertad de conciencia.

El juez o jueza tiene un compromiso permanente e irrenunciable con la sociedad democrática, con el goce y ejercicio de los Derechos humanos y los principios fundamentales proclamados por la Constitución; deberá ser independiente e imparcial, observar una conducta pública y privada decorosa y tener un patrimonio transparente.

Se vincula la idea de “*independencia*” con el hecho de que las decisiones de los jueces sólo podrán ser revisadas por los órganos jurisdiccionales competentes, y que en ningún caso un juez podrá ser sancionado disciplinariamente por sus decisiones o por los fundamentos de ellas (salvo que la alzada considere que incurrió en error grave). No se define el concepto de “*imparcialidad*”.

La conducta pública o privada del juez “*deberá fortalecer la confianza de la comunidad en su integridad e imparcialidad para administrar justicia, debiendo evitar la realización de cualquier acto que lo haga desmerecer en la estimación pública y que pueda comprometer el decoro de su ministerio*”.

El código impone la obligación de participar, por lo menos una vez al año, en cursos o actividades profesionales y de fortalecimiento ético promovidos y organizados por la Escuela de la Magistratura.

Es una causal de destitución participar pública o privadamente en actos de naturaleza política.

Con respecto a la transparencia patrimonial, el juez deberá mantener una vida pública y privada acorde con la decencia y dignidad de su investidura y con el producto de sus bienes e ingresos, cuya licitud estará en permanente disposición de demostrar.

b) Aspecto institucional. Se establece un complejo sistema, mediante la creación de tribunales, organizados en Tribunales Disciplinarios de Primera Instancia, Corte de Apelaciones y Corte Suprema Disciplinaria.

La Inspectoría Disciplinaria Judicial es el órgano instructor y acusador del procedimiento disciplinario.

Las sanciones que pueden imponerse son: amonestación escrita, con la advertencia al transgresor de la irregularidad en su conducta, para que se abstenga de reiterarla; suspensión del cargo, privando al infractor del ejercicio de sus funciones y del goce de sueldo durante el tiempo de la sanción (que no será menor de 30 días); y destitución del cargo.

Italia

a) Aspecto normativo. La Asociación Italiana de Magistrados y Fiscales aprobó el Código de Ética para Jueces y Fiscales, el 7 de mayo de 1994.

El código establece como principios y valores fundamentales de los jueces y fiscales en su vida pública la dignidad, corrección y respeto por el interés público, y en el ejercicio de sus funciones la falta de egoísmo, independencia e imparcialidad.

La idea de “imparcialidad” implica por un lado la superación de prejuicios culturales que puedan afectar la comprensión y evaluación de los hechos, como también la interpretación y aplicación de la ley, y por el otro la búsqueda de soluciones equitativas para todas las partes del proceso.

Se prohíbe la participación del juez en centros de poder políticos o comerciales.

Regula el régimen de incompatibilidades con la función judicial, como así también la conducta que deben observar los jueces dentro del tribunal.

Resultan interesantes las disposiciones relativas a la relación con los medios de comunicación: los jueces y fiscales deberán abstenerse de solicitar la publicación de noticias concernientes a sus actividades judiciales. Asimismo, y siempre que no estén obligados por el secreto profesional, podrán dar información para garantizar la exactitud de ésta y respetar el Derecho de los individuos a saber, o también en casos en que esté en juego la reputación de las personas. En dichos casos, los jueces y fiscales deberán abstenerse de dar preferencia a determinados contactos o redes de información.

b) Aspecto institucional. El código no prevé un órgano de aplicación ni disciplinario. Debemos remitirnos a los arts. 105 y 107, que se refieren al Consejo Superior del Poder Judicial, al que conciernen la designación, transferencia y medidas disciplinarias de los jueces. El art. 107 establece que los jueces sólo pueden ser destituidos o suspendidos por decisión del Consejo, por alguna de las causales establecidas en la legislación relativa al Poder Judicial, y respetando las garantías para su defensa que surjan de dicha normativa.

China

a) Aspecto normativo. China cuenta con un Código de Ética Judicial para Jueces de la República Popular China, aprobado el 18 de octubre de 2001.

Este dispone que el juez debe actuar con imparcialidad sustancial y formal en sus funciones, y que debe aparecer imparcial tanto a través de sus palabras y de su conducta (para evitar toda duda razonable del público). También con relación a la imparcialidad, el artículo 4 dispone que:

“Un juez debe resistir la influencia de las partes, abogados y otras personas o de sus contactos sociales, y debe manejar la situación de conformidad con las normas relevantes”, y el 11 establece que “El juez debe ser neutral durante el juicio”.

No se menciona expresamente el término “independencia”, pero puede inferirse del art. 2, que establece: “Un juez debe llevar a cabo sus tareas sin interferencia de departamentos administrativos, organizaciones sociales o individuos y ninguna otra influencia más que la de las leyes”.

A diferencia del código italiano, el chino prohíbe a los jueces realizar comentarios en público o a los medios, por considerarlo perjudicial para la seriedad y respetabilidad de la sentencia.

Resulta interesante lo dispuesto en el artículo 17, que impone la obligación no sólo de respetar el código sino de denunciar las violaciones al mismo por parte de otros jueces que llegaran a su conocimiento.

El artículo 22 refiere que el estilo y estándar de vida del juez y de su familia debe ser coherente con su cargo e ingresos.

El artículo 29 impone al juez la obligación de informar sobre sus ingresos y patrimonio según lo dispongan las normas pertinentes.

Asimismo, el artículo 30 establece que el juez debe informar a los miembros de su familia acerca de los requisitos que hacen a la conducta judicial y a la ética profesional, y encomendarles que no violen las normas relevantes.

Para destacar también es el capítulo 5, en especial los artículos 35 a 37, que disponen que el juez debe tener una rica experiencia social, una comprensión profunda de la realidad social, debe tener autodisciplina, cultivar un criterio moral que responda a parámetros elevados, y actuar como modelo de observancia de virtudes públicas y familiares.

Con respecto a las actividades extrajudiciales, el artículo 39 establece que éstas no deberán causar una duda razonable de parte del público acerca de la imparcialidad y honestidad del juez, no podrán afectar el cumplimiento de sus funciones ni causar un impacto negativo en lo que hace a la confianza que genera el tribunal.

b) Aspecto institucional. Los tribunales de los diferentes niveles están encargados de aplicar y supervisar la implementación del código en sus respectivas salas. La Corte Suprema es responsable de explicar el código.

CONCLUSIONES

De la comparación de los diferentes códigos mencionados, y siempre con una intención más descriptiva que prescriptiva, es posible extraer una serie de similitudes y diferencias, enumeradas a continuación.

Similitudes

- Todos los códigos analizados establecen como principios fundamentales que hacen a la ética judicial la independencia y la imparcialidad. Algunos (Estados Unidos, Perú y Venezuela) suman a éstos la integridad.

- La mayoría de los códigos, ya sea en forma directa o indirecta, contienen la idea de que un juez no debe sólo ser ético, sino parecerlo. En este sentido, debe “evitar comportamientos impropios y aspectos de comportamientos impropios” (Estados Unidos), debe erigirse en un “modelo de conducta ejemplar” y “evitar la incorrección y la apariencia de incorrección” (Formosa, Perú), debe “ser y parecer imparcial e independiente” (Santa Fe), debe “mantener y promover la confianza pública” (Corrientes), actuar con “transparencia” (Venezuela) y “parecer imparcial a través de sus palabras y sus conductas” (China).

- Un denominador común entre la mayoría de los códigos (salvo los de Santa Fe e Italia, donde no se trata la cuestión) es la idea de que el juez debe observar una conducta ejemplar en todas sus actividades, tanto oficiales como privadas. Con sutiles diferencias en la redacción, esta obligación puede encontrarse en los códigos de Corrientes, Formosa, Santiago del Estero, Perú y China. Los de Estados Unidos y Venezuela no utilizan la palabra “ejemplar” o “modelo”, pero en el primer caso en su canon 2 prohíbe al juez todo comportamiento impropio en todas las actividades, y en el segundo se sostiene que la conducta pública o privada del juez debe fortalecer la confianza de la comunidad en su integridad e imparcialidad para administrar justicia. Por último, es dable mencionar que el código de Córdoba da aún un paso más: además de exigir “honorabilidad en la vida pública y privada” del juez, advierte que todo ciudadano que decida ejercer la magistratura debe saber que “la sociedad espera de él un comportamiento ejemplar”.

- Todos los códigos mencionados (con excepción del de China, que no contiene disposiciones sobre el tema) prohíben todo tipo de actividad política por parte del juez.

- Casi todos los códigos (salvo el de Italia) contienen algún tipo de disposición relativa al patrimonio de los jueces y a la necesidad de transparentarlo. Los de Corrientes, Formosa y Perú imponen la obligación de presentar declaraciones juradas periódicamente. Los de Santa Fe, Santiago del Estero y China remiten a las normas pertinentes. En el caso de Estados Unidos, a nivel federal es obligatoria la presentación regular de informes sobre la remuneración percibida, mientras que a nivel estatal en algunos Estados existe dicha obligación y en otros no.

- La mayoría de los códigos (con la excepción de los de Italia y China) prevén la formación de órganos (consejos, comités) de asesoramiento y consulta para que los jueces puedan evacuar dudas sobre temas éticos; las respuestas de dichos órganos son privadas, salvo que el juez autorice su publicación. Por lo general, estos órganos están integrados por abogados o jueces (en actividad, o retirados), por lo que el grado de apertura con respecto a otras profesiones o instituciones externas es prácticamente nulo.

b) Diferencias

- Si bien todos los códigos mencionan como principios rectores la independencia e imparcialidad, estos conceptos no se encuentran definidos en todos los casos. Y en los casos en que sí se intenta una conceptualización, ésta no es siempre coincidente. Con respecto a la independencia, los códigos de Santa Fe, Perú y China (con diferentes matices) entienden que es fundamental la posibilidad de ejercer sus funciones y tomar decisiones sin interferencias ni presiones; el de Venezuela, en cambio, toma como criterio que las decisiones del juez sólo puedan ser revisadas por los órganos jurisdiccionales competentes y que no pueda sancionarse disciplinariamente al juez por sus decisiones o por los fundamentos de ella. En cuanto a la

imparcialidad, las diferencias en las definiciones esgrimidas son aún más notorias: el código de Corrientes entiende que ésta consiste en “atender con ecuanimidad a todas las partes en conflicto” y “dar igual trato a todas las personas, excluyendo las preferencias discrecionales”; los de Santa Fe y Córdoba hablan de una “igualitaria distancia respecto de las partes”; el de Estados Unidos impone al juez “no dejarse llevar por intereses partidistas, clamor público o miedo de crítica”; el de Italia menciona la superación de prejuicios culturales y la búsqueda de soluciones equitativas para todas las partes; y el de China considera que ser imparcial implica resistir la influencia de las partes y sus abogados y ser neutral durante el juicio.

- Algo similar ocurre en lo que respecta a la relación del juez con los medios de comunicación: no todos los códigos tratan este tema en forma expresa, pero los que lo hacen adoptan posturas diferentes. Así, mientras en los casos de Corrientes y Perú se promueve una relación fluida, aclarando que ésta debe ser “apropiada, de mutua seriedad y responsabilidad”, debiendo los jueces “mantener el debido decoro, mesura y sentido de oportunidad”, los códigos de Italia y el de Santa Fe establecen como principio la abstención (de divulgación de información), y como excepción (y siempre que no estén obligados por el secreto profesional) la posibilidad de dar información para garantizar la exactitud de ésta y respetar el Derecho de los individuos a saber, o también en casos en que esté en juego la reputación de las personas. China, en el extremo contrario del de Corrientes y Perú, prohíbe expresamente a los jueces “realizar comentarios en público o a los medios, por considerarlo perjudicial para la seriedad y respetabilidad de la sentencia”.

- En cuanto a la obligatoriedad de hacer pública la situación patrimonial del juez, por un lado encontramos la postura restrictiva de Córdoba (“el patrimonio personal de los jueces se mantiene a resguardo de la curiosidad pública”; sin embargo, los jueces deben cumplir con la presentación de la declaración jurada para acceder al cargo) y, por el otro, las posturas amplias de Venezuela (“el juez debe estar siempre dispuesto a demostrar la licitud de su patrimonio”) y la de Formosa (el juez debe mantener sus declaraciones juradas a disposición del público).

- Con respecto a los órganos de aplicación y sancionatorios, las diferencias son muchas. En algunos casos directamente no se prevén (Italia, China, Formosa y Santiago del Estero). En otros, existen pero tienen facultades limitadas, como ser la elaboración de dictámenes que luego son elevados a un órgano judicial superior (Santa Fe) o la aplicación de sanciones ante la comprobación de faltas menores (Perú). En el caso de Estados Unidos, la diferencia se presenta según el nivel del que se trate; mientras a nivel federal la gama de sanciones va desde el apercibimiento hasta la suspensión, a nivel estatal ésta incluye la destitución. Cabe destacar, por último, que Venezuela es el país que con más detalle y esquematización trata el tema disciplinario ante el incumplimiento de lo dispuesto en su código.

- En cuanto a los órganos de asesoramiento en cuestiones éticas, también existen marcadas diferencias. Algunos códigos (Corrientes, Venezuela, Italia y China) no contienen ninguna disposición sobre el tema. Los códigos de Formosa, Santa Fe, Santiago del Estero, Córdoba, Perú y Venezuela sí prevén la formación de comités o consejos de asesoramiento, cuya integración está reservada a jueces o abogados retirados o en actividad, sin permitir el acceso a profesionales de otras disciplinas o ciudadanos comunes. Sólo algunos códigos de Estados Unidos (el de Texas, por ejemplo) acuerdan la participación en dichos órganos, además de jueces y abogados, de ciudadanos “legos”.

ALEJANDRO TURJANSKI

Abogado (Universidad de Buenos Aires, Diploma de Honor). Escribano. Traductor Público, Universidad de Buenos Aires. Asistente y ponente en diversos congresos y jornadas notariales provinciales, nacionales e internacionales, con diversos premios y publicaciones. escribania@turjanski.com.

Lawyer (Universidad de Buenos Aires, with honors). Notary Public. Certified Public Translator, Universidad de Buenos Aires. Has participated and presented works in several conferences and congresses in notary issues at provincial, national and international level, having obtained awards and publications. escribania@turjanski.com.

[\(Ir al INDICE\)](#)

ENCUESTA A LOS JUECES

ALEJANDRO TURJANSKI (*)

RESUMEN: El autor resume el resultado de una encuesta realizada a jueces, sobre los dilemas éticos que enfrenan y sus sugerencias de mejora.

ABSTRACT: *The author summarizes the results of a survey conduct among judges on the ethical dilemmas they face, and improvement suggestions.*

PALABRAS CLAVE: ética judicial; dilemas éticos; organización de los tribunales.

KEYWORDS: *judicial ethics; ethical dilemmas; court system organization.*

Parte de la investigación realizada para la producción de *este libro* (Nota del Editor: se refiere a la publicación citada en la nota) ha sido una encuesta a los jueces de diferentes jerarquías, fueros y jurisdicciones de la República Argentina. Se distribuyeron doscientos cincuenta formularios. El contacto con los señores jueces se realizó a través de distintas entidades vinculadas a la judicatura, que respaldaban la confidencialidad del cuestionario y la utilización de los datos con la sola finalidad de esta investigación.

No obstante, los respaldos institucionales que tuvo la encuesta, se obtuvo una respuesta escasa, que no ha alcanzado al 10 % del universo encuestado. Este resultado es ya en sí mismo muy significativo. Me reservo sin embargo la interpretación del significado del bajo porcentaje de respuestas obtenidas.

Las respuestas recibidas constituyen una muestra que puede considerarse bien significativa en varios sentidos. Reflejan algunos problemas con los que se enfrenta la profesión judicial y las opiniones de los señores jueces sobre los temas consultados. Algunas respuestas son muy reticentes, revelan una actitud que podría caracterizarse con la expresión con que Ortega y Gasset definía un rasgo del argentino: “hombre a la defensiva”; estas respuestas reflejan además la preocupación por transmitir una imagen neutra, a veces acartonada. Otras en cambio son más francas y se explayan en la trasmisión de experiencias de la práctica profesional y de las ideas de los propios jueces.

Se reproduce en primer término en este anexo el texto completo de la encuesta que se distribuyó; en segundo lugar, se exponen los contenidos de las respuestas ordenadas a cada una de las preguntas. En este caso se ha procurado relatar y reflejar con la mayor fidelidad las expresiones de los propios jueces, sin interpretarlas o valorarlas, ni agregar comentarios. Finalmente se presentan algunos resultados porcentuales.

1. ENCUESTA SOBRE LA ÉTICA EN EL PODER JUDICIAL

Esta encuesta es anónima, está dirigida a jueces y tiene la única finalidad de relevar datos y opiniones que serán empleados como insumo en un estudio sobre “Ética y toma de decisiones en el poder judicial” encargado por la Fundación Konrad Adenauer al Dr. Julio De Zan, investigador del CONICET especializado en ética. Son objetivos de este estudio:

-explicitar las implicaciones y el compromiso moral de las decisiones de los jueces en el ejercicio de su potestad;

-analizar los problemas y los dilemas morales más relevantes de las decisiones judiciales; -hacer un estudio comparado de antecedentes normativos o de acciones institucionales, nacionales e internacionales, sobre ética judicial y

-proponer lineamientos y alternativas para la implementación de acciones y estrategias para el mejoramiento de la calidad y la confiabilidad de la administración de justicia en Argentina y América Latina.

Se ruega responder en hojas aparte, encabezar cada punto con el número correspondiente de la pregunta y dejar dos o más espacios entre cada punto.

* Originalmente publicado en FORES / Konrad Adenauer Stiftung, E.V, Ética judicial y sociedad civil. Técnicas de incidencia, director Héctor M. Chayer (director), Montevideo, 2004, © 2008 Konrad Adenauer Stiftung E.V. Estos trabajos han sido realizados por Alejandro Turjanski, con la supervisión del Dr. Julio De Zan, investigador del CONICET especializado en ética, autor del trabajo como se explica en el texto.

- [1] *¿Cuál es el tipo de dudas o problemas éticos que se le plantean al juez en el ejercicio de su función? ¿Cómo procedió usted en esos casos? ¿Realizó algún tipo de consulta?*
- [2] *¿Le ha ocurrido alguna vez considerar que la aplicación de una determinada ley al caso concreto fuera éticamente objetable? De ser así, ¿qué camino tomó?*
- [3] *¿Con qué frecuencia ha declarado en su carrera la inconstitucionalidad de una norma? ¿Cuentan los jueces con suficiente libertad para fallar en ese sentido?*
- [4] *¿Se ha enfrentado con situaciones que comprometen la independencia del Poder Judicial (por ej. presiones de otros poderes del Estado, de grupos de poder, de las partes, o de la opinión pública)? ¿Dispone el juez de suficiente respaldo en estas situaciones? ¿Cómo se resuelven, según su conocimiento, en distintos casos?*
- [5] *¿Qué procedimientos o alternativas sugeriría para que los jueces puedan sentirse más respaldados al tomar decisión en situaciones como las mencionadas, u otras?*
- [6] *¿Considera que sería útil y aceptable algún tipo de comité de asesoramiento ético y valoración de la conducta judicial? ¿Cuál debería ser a su entender el grado de apertura a la sociedad y la composición de dicho comité?*
- [7] *La lentitud en la justicia, ¿le plantea a los jueces un problema ético en lo que respecta a la eficiencia en el cumplimiento de sus funciones?*
- [8] *¿Considera usted que la delegación de funciones por parte del juez genera algún grado de responsabilidad moral por falta de intervención personal en el proceso judicial?*
- [9] *¿En qué áreas y con qué modalidad cree usted que debería llevarse a cabo la capacitación, actualización y perfeccionamiento en la función judicial?*
- [10] *¿Cree usted que la judicatura conlleva exigencias morales especiales en el ejercicio de la función y en la vida personal del juez? ¿Qué aspectos considera relevantes?*
- [11] *Otros datos y consideraciones que puedan ser significativos para la ética judicial, según su criterio.*

2. RESPUESTAS DE LOS JUECES

1 / ¿Cuál es el tipo de dudas o problemas éticos que se le plantean al juez en el ejercicio de su función? ¿Cómo procedió usted en esos casos? ¿Realizó algún tipo de consulta?

En cuanto a la primera parte de la pregunta, un primer grupo de respuestas afirmó explícitamente y de manera taxativa que sin dudas existen problemas éticos en sentido estricto que se plantean en el ejercicio de la judicatura. Otros lo dieron a entender claramente aludiendo a cuáles fueron los problemas planteados.

Entre las respuestas positivas, la mayoría alude a situaciones y casos puntuales, destacando que las dudas o problemas éticos que se plantean al juez normalmente están en relación con los temas a decidir, los cuales muchas veces no encuentran solución adecuada en la simple interpretación de las leyes, por lo que el juzgador debe optar entre lo que le indica su formación ética personal o una solución insatisfactoria del conflicto. Otra respuesta expresó que las dudas éticas están referidas a la equidad de una resolución determinada, en aquellos casos en los que la aplicación de la norma no le parezca al juez la reacción adecuada. También se relacionó el problema de la pregunta con la existencia de algún tipo de “pedido” a favor de tal o cual. Otra dificultad tiene que ver con la neutralidad en las decisiones respecto a las partes y litigantes a las que no siempre los códigos procesales dan acabada respuesta a través del mecanismo de excusaciones y recusaciones.

Otras de las respuestas positivas a esta pregunta (las menos) plantearon problemas de carácter más general. Alguna alude a la cambiante normativa procedente de circunstancias vaivenes de la política, cada vez más aleatoria, menos armónica, y a la vez imperfecta en la redacción de las leyes, por obra de legisladores poco o nada idóneos, o motivados por determinados intereses. También la gestión de los ejecutivos deja en manos del juez este tipo de problemas y produce el fenómeno de la denominada “judicialización” de la economía y la política. El juez debe aplicar la ley, y a la vez ser crítico de ella, o finalmente no aplicarla, recurriendo a interpretaciones que remitan a la preservación de los Derechos y garantías fundamentales (no necesariamente declarando la inconstitucionalidad).

En otra respuesta que se refiere a la situación general de la justicia se sostuvo que los problemas éticos que se le plantean a un juez con mayor frecuencia se encuentran vinculados a la administración de los recursos escasos en la situación de saturación de casos a resolver, que obligan al juez a decidir criterios de prioridad. Esta valoración previa de los casos y la decisión sobre el orden en que habrán de procesarse y resolverse representa un problema ético mayor a veces que los que se plantean en el modo en que serán resueltos. La escasez de recursos condiciona la acción, y en tal sentido el juez actúa a partir de la fijación de

criterios selectivos en los que debería priorizar valores como la libertad, etc., resolviendo en primer lugar aquellas cuestiones en las que se encuentran más gravemente comprometidos los valores jurídicos fundamentales. La respuesta deja abiertos dos tipos de problemas:

- a) la jerarquización de los valores a priorizar, que queda a discreción del juicio moral del juez, y
- b) la exclusión de otros criterios de prioridad que dependen de factores de poder e influencia.

En este orden general se planteó también un tipo de objeción moral al funcionamiento general del sistema judicial en cuanto tal, especialmente en el ámbito penal. En esta otra respuesta se sostuvo que el principal problema ético que sufre el juez es del tipo de “el malestar en la cultura” que produce el hecho de formar parte de un sistema de control social formal cuya principal sanción se cifra en la privación de libertad de los individuos captados por él, cuando, en términos estadísticamente relevantes, la abrumadora mayoría de los delitos procesados por dicho sistema son ataques de mediana o pequeña entidad contra la propiedad privada, circunstancia que, per se, muestra una desproporción en la jerarquía de los bienes en juego. Si a eso se añade que, también en términos globales, los autores de esos delitos son adolescentes o jóvenes de sexo masculino, marginados del aparato productivo o componentes de los estratos sociales más bajos, es difícil soslayar las críticas de las diversas corrientes de pensamiento que han formulado graves objeciones morales contra este mecanismo represivo, las cuales pocas veces son tenidas en cuenta. (Se mencionaron, a título de ejemplos, autores como: Michel Foucault, Alessandro Baratta y los criminólogos Massimo Pavarini y Dario Melossi). Ahora bien, a ese problema ético, que se reactualiza cotidianamente, el juez intenta solventarlo con el auxilio de la teoría del delito, que brinda márgenes, a quien quiera frecuentarlos, para reputar que la conducta de determinado imputado queda fuera del ámbito penal, sea cuando se estima que ha obrado en una situación de justificación, sea cuando se considera que actuó inculpablemente, por hallarse reducida su capacidad de autodeterminación.

En contraste con las respuestas reseñadas en primer término, otros encuestados se limitan a manifestar escuetamente que nunca se les plantearon personalmente dudas o problemas éticos en el ejercicio de la profesión. La mayoría de las respuestas negativas han sido escuetas y no agregaron comentarios. Otras expusieron las razones que explican esta respuesta negativa, por cuanto, en principio, los jueces deben decidir según la ley y la adecuada interpretación que se haga de ella, de modo que no debería haber espacio para dudas o problemas éticos. También se hizo referencia en algún caso a que el planteamiento de este tipo de cuestionamientos depende de las reglas de conducta que cada uno se ha fijado para su vida, porque ello necesariamente incide en la concepción que se tiene de la función pública y, en este caso, de la función judicial.

En tercer lugar, se pueden agrupar los que admitieron que sí se les han planteado cuestiones del tipo de la primera pregunta de la encuesta al momento de decidir, aunque no en forma habitual, sino puntual o esporádica. Los orígenes de los problemas planteados han sido en algunos casos a raíz de conductas manifiestamente contrarias a la ética por parte de otros pares, que son de público y notorio conocimiento, aún del Supremo Tribunal de Justicia, sin que se tome medida alguna al respecto, lo que evidentemente perjudica a todos. También se enfrentan los jueces con influencias y pedidos, especialmente de parte de otros poderes, que generan dificultades.

Frente a estos problemas, las posturas a seguir que surgen de las respuestas fueron variadas: tomar una decisión convencido de que se lo está haciendo conforme a una razonable y justa aplicación del Derecho; o bien en el caso de cuestiones éticas en el trato con los integrantes de los otros poderes, ajustar la actuación a situaciones que no dieran lugar a otra interpretación que no fuera la protocolar (la actuación a través de asociaciones de magistrados permite superar muchos obstáculos).

Con respecto al tema de las consultas para la formación de criterios sobre los problemas éticos de la profesión, también hubo diferentes matices: algunos jueces no realizan consultas, aunque sí aconsejan si las reciben de otros pares, y tocan el tema en reuniones con otros jueces buscando escuchar otras opiniones; otros prefieren madurar la decisión en soledad algunos días, porque entienden que si se consulta a un colega es una señal de debilidad, y si se hace lo propio a un superior lo obliga a anticipar su opinión; por último, otros sí optan por comentar dichos problemas y consultarlos con sus colegas (y esencialmente con su conciencia). También se hizo la diferencia según el tipo de órgano judicial implicado: un juez individual no debería realizar consultas, mientras que el colegiado no puede evitar el intercambio.

Finalmente, algunos encuestados expresan que, en general, no realizan consultas a colegas, salvo sobre temas puntuales, pero es de destacar que consideran importantes las oportunidades para el intercambio de ideas en congresos y eventos académicos en los que se presentan ponencias, o en encuentros más privados en los que se debaten cuestiones relacionadas con esta primera pregunta de la encuesta.

2 / ¿Le ha ocurrido alguna vez considerar que la aplicación de una determinada ley al caso concreto fuera éticamente objetable? De ser así, ¿qué camino tomó?

Muchos jueces contestaron negativamente, aunque a alguno a veces le haya parecido injusto. Otros jueces dieron sus razones para abstenerse por principio de esta decisión, o dijeron que no se le ocurrían casos concretos que no encuentren otra solución.

Entre los que dieron una respuesta afirmativa, se puntualizó que, en la Argentina, cuatro provincias autorizan a declarar la inconstitucionalidad de oficio. Se aportaron también opiniones y datos de los caminos tomados, los cuales ponen en evidencia una gran diversidad de conductas.

En algún caso se ha planteado excepcionalmente la contradicción entre la ley y una manifiesta injusticia en su aplicación al caso concreto, pero se considera que la Constitución nacional, rectamente interpretada, permite hacer prevalecer la justicia. Otros jueces consideran también que existe un margen en cuanto a la interpretación de la ley dentro del cual se puede mover la decisión, pero la ley no puede ser ignorada salvo que sea inconstitucional; muchas veces pareció que determinada solución resultaba inadecuada al caso concreto, pero salvo casos extremos, como se entiende que el juez no es legislador, se aplicó en lo penal la norma de la forma más benigna (tanto desde el punto de vista probatorio como el de adecuación a determinada norma y, en algún caso, se llegó a solicitar conmutación de penas al Ejecutivo).

Otros respondieron que el camino tomado fue el de declarar inaplicable al caso dicha ley o -en ciertos casos- declararla lisa y llanamente inconstitucional. Esto sería posible porque nuestra Constitución nacional - como casi todas las del Derecho contemporáneo- es una suerte de decálogo de ética social y jurídica, de manera que, si se hace una proyección de sus principios sobre cada caso que se juzga, el examen de constitucionalidad de la ley que cuadraría aplicar indicará si es una ley constitucional pero inaplicable al caso concreto, o bien, si es una ley que entra en contradicción en sus términos con el texto constitucional, caso en el cual corresponderá declararla inconstitucional.

En general, los que advirtieron este tipo de objeción ética optaron por diversas alternativas: plasmarla en la sentencia o en algún voto disidente; tratar de morigerar sus efectos mediante una interpretación que consideraran más adecuada en función de principios de equidad y generales de Derecho, armonizándola con otras disposiciones legales; dejar a salvo su opinión; utilizar otra ley o analogías derivadas de otras normas.

*3 / ¿Con qué frecuencia ha declarado en su carrera la inconstitucionalidad de una norma?
¿Cuentan los jueces con suficiente libertad para fallar en ese sentido?*

Las respuestas en cuanto a la frecuencia revelan un uso bastante prudente de esta facultad por parte de los jueces; algunos nunca lo hicieron, como se ilustra en la tabla de porcentuales correspondiente, al final de este anexo. Hay quien entiende que el control de la constitucionalidad debe ser ajeno al Poder Judicial, mientras otro, por el contrario, menciona que, si bien el número de leyes que ha declarado inaplicables o inconstitucionales es bajo, la cantidad de oportunidades en que se pronunció en base a tal postura se cuentan por centenares.

Ha constituido una situación de excepción el período de gobierno 2001-2003 en alguna provincia, por las violaciones reiteradas, crónicas, de aquel período en el que se originó una verdadera “catarata” de inconstitucionalidades de decretos. Se considera que la solución debió estar a cargo de otros órganos de poder, mediante responsabilidad política de los gobernantes (verbigracia juicio político).

Con respecto a la libertad que tienen los jueces para dictar la inconstitucionalidad, por lo general se contestó que es suficiente, sin agregar ningún comentario. Aunque hubo excepciones: algún juez comentó que en los últimos tiempos, la crítica mediática a las decisiones judiciales, muchas veces inspirada por intencionalidades políticas, le han permitido observar, en distintos magistrados, cierta dificultad para actuar con absoluta libertad. Ha habido amenazas de un gobernador con iniciar juicio político a magistrados por tomar una y otra decisión. Actualmente en algunos lugares, y en ciertos casos, los jueces no solamente carecen de libertad (salvo que estén dispuestos a perder el cargo), sino que se ven obligados a decidir según instrucciones y conveniencias de los otros poderes.

4 / ¿Se ha enfrentado con situaciones (por ej. presiones de otros poderes del Estado, de grupos de poder, de las partes, o de la opinión pública) que comprometen la independencia del Poder Judicial?, ¿Dispone el juez de suficiente respaldo en estas situaciones? ¿Cómo se resuelven, según su conocimiento, en distintos casos?

Algunos jueces negaron haberse enfrentado con este tipo de situaciones. Otros sí afirmaron haber recibido presiones, que son mayores en el orden provincial, ya sea de otro poder del Estado, de las partes, de grupos de poder, o bien de los medios de comunicación. La mención de la presión recibida de los medios es recurrente en muchas de las respuestas. Se siente como muy fuerte la presión que, de manera global, se ejerce desde los medios de comunicación, y se señala que en algunos casos se ha observado que los jueces se han dejado influenciar, adoptando las resoluciones exigidas, que no siempre reflejan tampoco un genuino interés de la opinión pública.

En algún caso se han recibido amenazas personales, no exentas de violencia. En otro se ha tenido que enfrentar la apertura de juicio político.

En cuanto al respaldo, la mayoría opina que casi siempre es insuficiente, y ocasional o esporádico, tanto de parte sus pares, de los superiores y de la propia Asociación, aunque hay apoyos en algunos casos por parte de algunos colegas y por personas o agrupaciones no gubernamentales. En varios casos aparece como muy marcada la experiencia de soledad y falta de respaldos del juez cuando debe enfrentar casos en el que están en juego poderosos intereses.

Por último, las formas de resolver estos casos fueron: en soledad la mayoría de las veces, para lo cual se requiere mucha firmeza y estar dispuesto a poner en juego el cargo. Las presiones se resuelven según la aptitud del juez para neutralizarlas. Otro camino mencionado en algunos casos es el de buscar el apoyo de la opinión pública, tratando de esclarecer e informar. Hacer conocer dichas presiones a la sociedad. En todos los casos en que se han exployado en consideraciones al respecto se destaca el deber moral de abstraerse de las presiones recibidas y dictar sentencia según la conciencia, tratando de mantener informado al público y de explicar claramente los fundamentos.

Es recurrente la demanda de mayor solidaridad y apoyo de la institución judicial. Según uno de los encuestados lo importante es la solidaridad entre los propios jueces, que muchas veces no existe; ante la resolución de un conflicto político, muchos son temerosos para tomar intervención y se excusan por cualquier causa, lo que obviamente perjudica y sobrecarga a otros magistrados. Creo que falta en algunos casos un mayor compromiso con nuestra función.

4 /¿Qué procedimientos o alternativas sugeriría para que los jueces puedan sentirse más respaldados al tomar decisión en situaciones como las mencionadas, u otras?

Se ofrecieron varias respuestas diferentes que enuncian una gran variedad de propuestas frente al problema planteado, las cuales se pueden agrupar de la manera siguiente:

Los propios jueces, mediante su formación y perfeccionamiento pueden adquirir una mayor capacidad de resistencia a las presiones externas.

El Poder Judicial. Un mayor apoyo y acompañamiento de los órganos de gobierno del Poder Judicial. Hasta que no cambie la cultura de la organización judicial concebida verticalmente, será muy difícil proponer y ejecutar iniciativas que efectivamente respalden la actuación judicial (que es distinto de sentirse respaldado, ya que esto es meramente subjetivo).

La organización del Estado. El fortalecimiento institucional de las estructuras del Estado. La reforma del Estado y la instrumentación de políticas que permitan delinear claramente las responsabilidades y funciones de cada poder. La real implementación (aunque sea difícil) del respeto absoluto a lo que dicen la Constitución y la ley, por parte de todos los actores que puedan verse involucrados (órganos de gobierno, incluidos los jueces, partes, y medios de difusión).

Los derechos de los ciudadanos. El verdadero ejercicio del Derecho constitucional a estar informado sería una ayuda para el problema planteado; hacer conocer dichas presiones a la sociedad.

La creación de órganos específicos. Una oficina judicial de prensa que públicamente informe acerca de cada caso, posibilidades, ley vigente, etc., en “defensa” de la actuación judicial (obviamente, cuando ésta sea la adecuada). La creación de un comité u órgano consultivo integrado por jueces.

Asociaciones. El asociacionismo judicial (sin incurrir en sectarismo, ni en defensa corporativa; la experiencia de un colectivo de jueces independientes y progresistas, a la manera de Jueces para la Democracia, de España, o Magistratura Democrática, de Italia, ha dado buenos resultados); mayor solidaridad entre los colegas y mayor compromiso con la función;

Procedimientos. La implementación del juicio por jurado. Se ha mencionado como un problema adicional el que se genera mediante la existencia de “estructuras sustitutivas”, devenidas en “foros de discusión” y de “cuestionamiento”, que resuelven anticipadamente lo que el juez debe resolver, en las que, según esta opinión, han hegemonizado el discurso sectores antidemocráticos. En estas situaciones los magistrados se sienten a merced de los movimientos de opinión que, en muchos casos, presionan de manera violenta sobre ellos. Se requiere la búsqueda por medios idóneos de que el primer juzgamiento del caso sea hecho por un juez.

6 /¿Considera que sería útil y aceptable algún tipo de comité de asesoramiento ético y valoración de la conducta judicial? ¿Cuál debería ser a su entender el grado de apertura a la sociedad y la composición de dicho comité?

Los jueces que contestaron negativamente a la pregunta esgrimieron algunas razones como las siguientes: que las personas que realizan conductas éticamente reprochables no tienen inclinación a consultar en primer lugar; que no sería útil, sino que en cambio deberían enseñarse principios de ética aplicada a la praxis jurídica en la universidad y en el Consejo de la Magistratura (para las faltas de ética de los jueces, existen procedimientos y sanciones muy concretas); que resultaría un cómodo recurso para que los jueces descansaran sus decisiones en el dictamen del comité, en lugar de asumir plenamente la responsabilidad por las

resoluciones adoptadas; que la premura con que deben adoptarse ciertas decisiones, por ejemplo, en la instrucción preparatoria, no da margen a la búsqueda de asesoramiento; que sería algo inútil y aparatoso.

Entre los que sí entendieron que la existencia de algún tipo de comité sería útil, algunos aclararon que se debería permitir el contralor por la sociedad; otros sostuvieron, entre otras cosas, que: el Consejo de la Magistratura, con la ley vigente, podría ocuparse del tema; que dicho comité podría ser abierto a la sociedad (compuesto por los sectores comprometidos y la ciudadanía, a través de las ONG); que tales órganos de control deberían constituirse con ciudadanos probos y legos, magistrados retirados y abogados jubilados; los jueces no podrían faltar en dicho comité, que no debería tener facultades sancionatorias.

Otras respuestas, por el contrario, manifestaron reparos o abierta oposición a la apertura de este tipo de órganos para la ética judicial, o a la participación en ellos de personas ajenas a la profesión. La creación de comités o comisiones de asesoramiento ético o de valoración de conducta judicial puede resultar útil en la medida en que se constituyan como organismos institucionales propios de los jueces (de lo contrario, tendería a favorecer la disolución institucional); debería cumplir funciones sólo de asesoramiento, con decisiones no vinculantes, y estar integrado por pares; este comité también podría hacer conocer a la comunidad las funciones específicas de los jueces; la apertura a la sociedad no resulta relevante ya que serán leyes aplicadas por jueces para jueces; podría ser útil, pero preocupa su uso con “otros” fines (el bien o el mal no están en la herramienta, sino en su empleo); podría ser, únicamente dentro de las asociaciones de magistrados, no con participación amplia de la sociedad, debiendo componerse de jueces en actividad.

Alguna respuesta ha sido particularmente crítica incluso frente a la propia pregunta de la encuesta. Se ha argumentado que resulta curioso que en un país en el cual la evasión impositiva resulta incalculable, el trabajo en negro es una regla, los tribunales de ética de los colegios públicos profesionales están sospechados de ser inútiles o instrumentos de extorsión, y la corporación de prensa carece de decálogos éticos de actuación, siempre existan personas que se ofrecen a valorar la ética de los demás. En rigor, el Poder Judicial tiene normas y reglamentos de conducta ética, como así también organismos de control para ello que deben ser fortalecidos, pero no sustituidos.

7 / La lentitud en la justicia, ¿le plantea a los jueces un problema ético en lo que respecta a la eficiencia en el cumplimiento de sus funciones?

Como se aprecia en la tabla de porcentuales correspondiente, la gran mayoría de los encuestados contestó afirmativamente.

Ahora bien, las respuestas, aunque coincidentes en su núcleo, tuvieron matices diferentes que caben ser destacados.

Se opinó que, en efecto, la lentitud de la justicia genera no uno sino distintos planteos éticos, que no se limitan a “la eficiencia en el cumplimiento de las funciones”, sino que se extienden además a la concreta selección de casos a los que se les dará prioridad o sobre los que se concentrará la energía y el esfuerzo.

También se sostuvo que la lentitud en la justicia tiene un solo origen y dos aspectos. El origen es político, y los aspectos guardan relación con las designaciones y falta de órganos y medios. Los sistemas de selección de magistrados han sido modificados, pero sin embargo mantienen un alto porcentaje de intervención de los dos poderes políticos del Estado. El diseño de número de órganos, necesidad de su creación, modificaciones en los procedimientos que inciden en el tema y falta de medios para su adecuado funcionamiento, dependen también de los poderes políticos. Los integrantes del Poder Judicial no siempre son consultados, y cuando lo son, no siempre son escuchados. El juez que acepta su función y conoce estas limitaciones, redobla su esfuerzo y el de sus colaboradores para compensar la situación. Más que un problema ético es una carga moral muy difícil de sobrellevar.

Alguno de los encuestados aclaró que la lentitud puede provenir del procedimiento establecido, de la inactividad de las partes, muchas veces interesadas en la demora, o en la morosidad del juez, siendo esta última la que plantea sobre todo una cuestión ética de responsabilidad. Siempre tuvo como norma establecer un trámite diferenciado dando prioridad a las causas con detenidos, tratando de activar a las partes y apurando aquello que de sí dependa, obteniendo muy buenos resultados.

Otros optaron por desdoblar la respuesta: sí, en caso de que, objetivamente, el cúmulo de trabajo le impida cumplir en tiempo adecuado; no, en caso contrario. El juez debe organizar una gestión eficiente en su juzgado y brindar respuestas jurisdiccionales adecuadas con suficiente motivación, pero sin sobreabundar innecesariamente, dilatando la resolución de otros casos.

Por último, un juez consideró que el problema de la lentitud no tiene nada que ver con la ética, ya que se trata de cuestiones que tienen su fundamento en cuestiones ajenas a esa problemática.

8 / ¿Considera usted que la delegación de funciones por parte del juez genera algún grado de responsabilidad moral por falta de intervención personal en el proceso judicial?

La mayoría de los jueces consultados entendió que, siempre y cuando no se deleguen funciones esenciales (como el dictado de la sentencia), y la delegación se realice dentro de ciertos límites y sujeta a control por parte del juez, dicha delegación no genera responsabilidad moral al juez delegante.

Una menor cantidad de jueces afirmó que la delegación siempre genera responsabilidad moral, aun dados los elementos mencionados en el párrafo anterior. Existen delegaciones de funciones que resultan decididamente inmorales. En materia penal, no recibir personalmente al imputado o delegar la decisión de su situación constituyen una severa irresponsabilidad en el juez.

Por último, una minoría reducida entendió que la delegación nunca genera problema de responsabilidad moral. No plantea problema ético, sino un problema real y un compromiso de acelerar los medios, con sus conocimientos e infraestructura (cuando funciona). Una delegación con control no genera responsabilidad alguna.

La divergencia de criterios morales de los jueces es muy grande en este caso, como respecto a la mayoría de las otras preguntas formuladas. Las respuestas han sido contradictorias, en muchos casos.

Más allá de los criterios generales reseñados, pueden destacarse algunos puntos de las respuestas que merecerían otro análisis profundizado. Un Poder Judicial integrado por magistrados con experiencia, actualizados en sus conocimientos, con amor a su labor, permite despachos al día. Sin duda que la lentitud de la justicia genera no uno sino distintos planteos éticos que no se limitan a “la eficiencia en el cumplimiento de las funciones”, sino que se extiende además a la concreta selección de casos a los que se les dará prioridad o sobre los que se concentrará la energía y el esfuerzo.

Se dijo que hay jueces que hacen de la delegación funcional un mecanismo tan perverso que prácticamente no hacen más que firmar y poner su cara en las audiencias. La delegación de funciones es inevitable en ciertas cuestiones de mero trámite (y hasta esencial para que funcione el sistema), pero los jueces siempre deben tener conocimiento y adecuada comprensión y valoración de todo lo que se decide en su tribunal o juzgado. En materia penal, no recibir personalmente al imputado o delegar la decisión de su situación constituyen una severa irresponsabilidad en el juez.

En otros casos se aclaró que no corresponde generalizar. Hay fueros de la justicia que tramitan sus procesos con mayor celeridad que otros. Eso depende, en algunos casos, de defectos de implementación que son un grave problema, pero no un problema ético personal de un magistrado u otro. Un ejemplo: existen sólo diez defensores oficiales en la Capital Federal y otros diez adjuntos, para abastecer las defensas de pobres ante los 30 tribunales orales en lo criminal, que rondan 90 % de los casos. El déficit produce demoras en la fijación de juicios que sólo se solucionarían si se creasen diez cargos más de defensores oficiales. Otro ejemplo: sólo existen tres jueces de ejecución para toda la justicia penal de la Capital.

También se afirmó que quien delega funciones no se desliga en modo alguno de toda su responsabilidad. Por otro lado, es claro que existen delegaciones de funciones que resultan decididamente inmorales, especialmente si se llega al extremo de que la decisión no sea ni siquiera conocida o evaluada por el juez.

9 ¿En qué áreas y con qué modalidad cree usted que debería llevarse a cabo la capacitación, actualización y perfeccionamiento en la función judicial?

Las respuestas obtenidas pueden enmarcarse en las siguientes líneas:

Una escuela judicial, con curso en el país y en el exterior, con intercambio de experiencias y actualización de conocimiento, sería una posible opción.

Deberían cubrirse todas las áreas. Con respecto a la capacitación, ésta dependerá de la rama de cada juez (aunque debe privilegiarse una sólida formación constitucional), y podría pensarse en posgrados vinculados a la magistratura que contengan no sólo profundización de las materias jurídicas, sino conocimiento de otras, como psicología, administración de recursos humanos y materiales, etc. Mientras que para la actualización y perfeccionamiento lo más adecuado serían talleres de corta duración sobre temas específicos.

Otras áreas relevantes son la de gestión (manejo de grupos de trabajo e implementación de adecuados sistemas), la de formación de recursos humanos, organización de la oficina judicial, y actualización axiológica, sociológica y normativa del Derecho, las de liderazgo, argumentación, prudencia, y la de procedimiento.

Las asociaciones de magistrados y funcionarios, en coordinación con la Universidad nacional, y con el apoyo del Consejo de la Magistratura, también podrían encargarse de esta capacitación, actualización y perfeccionamiento. La capacitación debe tener el apoyo y contribución del Estado.

Asimismo, podría resultar útil promover reuniones públicas en las que los operadores de la justicia den a conocer sus problemas, sus inquietudes, sus falencias, y sean interpelados por la ciudadanía.

Es importante tener en claro que lo fundamental es capacitar al hombre que encarna la función judicial, ya que antes que un jurista, el juez debe ser un ser humano inteligente, sensible y dedicado a su función con cuerpo y alma.

De todas maneras, en las actuales condiciones de precariedad de trabajo, debe tenerse cuidado en esta materia pues el esfuerzo de capacitación, actualización y perfeccionamiento debe estar claramente dirigido a satisfacer, inicialmente, las urgentes y concretas necesidades de incrementar la eficiencia, o de lo contrario sólo profundizarán los altos índices de morosidad judicial.

10 / ¿Cree usted que la judicatura conlleva exigencias morales especiales en el ejercicio de la función y en la vida personal del juez? ¿Qué aspectos considera relevantes?

Como se desprende de la amplitud del enunciado, hubo una extensa gama de respuestas.

Algunos jueces opinaron que las exigencias morales del juez son distintas a los demás funcionarios de cualquier órgano de gobierno, puesto que ser juez es un honor con enorme responsabilidad. De allí que la vida personal del magistrado debe ser prudente, sobria, sin estridencias, ni ostentaciones humanas las veinticuatro horas del día, y en todos los ámbitos de su vida personal, familiar y laboral. El alcohol, el exceso en eventos deportivos, el circular con vehículos sin respetar las normas de circulación demuestran no estar a la altura de las circunstancias y del honroso -créase o no- cargo que se desempeña. Se es modelo de la sociedad. Modelo como ejemplo y conducta a copiar, no como modelo de ostentación.

Otros, en cambio, entendieron que la conducta debe ser adecuada a las normas éticas y sociales, y decorosa, pero no exigirse una conducta ejemplar. Aclararon que las exigencias morales del juez son “especiales” por la especificidad de la función, pero no en el sentido de “sobrehumanas”.

Algunos jueces enfatizaron que la moral que debe esperarse del juez es la moral pública: las acciones privadas de todos, inclusive la de los jueces, están reservadas a Dios o a la propia conciencia.

Las virtudes más deseables en un juez que se mencionaron, además de las ya apuntadas, fueron: honestidad, austeridad, equilibrio, probidad, capacitación, ecuanimidad, humildad, compasión, excelencia, responsabilidad, solidaridad y sencillez.

11 / Otros datos y consideraciones que puedan ser significativos para la ética judicial, según su criterio.

Dada la dificultad para encuadrar y sintetizar estas respuestas, a continuación se indican algunas de las más interesantes.

La ética judicial no resulta ajena a un concepto de ética dominante en una comunidad en un momento dado. El debate sobre la ética en la Argentina nunca se ha dado seriamente y las discusiones particulares adolecen, habitualmente, del terreno adecuado para enraizar. En estas condiciones, donde la ética no-ética del denominado “neoliberalismo” gobierna los actos de las personas, alguien podría pensar que poner el acento y la preocupación en la ética de los funcionarios del Estado es el modo ideal de desviar la mirada del problema.

En el concepto de uno de los encuestados la ética está íntimamente ligada a los valores de la sociedad. De allí que si se regulan con normas positivas corren el peligro que no evolucionen con el transcurso del cambio de las épocas. ¿Quién puede negar que hemos vivido momentos, o épocas, en que los jueces debían resolver los mismos conflictos con respuestas distintas? (años 1972-76; 1976-83; 1983-87; 1990-94; 1995-2000; 2001-2003). La ética de hoy no es la ética de la década del sesenta. Mucho menos que la década del veinte, o la “generación del ochenta”. Reglar normas éticas significa crucificarlas en el tiempo, para convertirlas después de un tiempo en normas inválidas, ineficaces, con el descrédito que significa para la sociedad, y continuar con las normas inaplicables de nuestro querido país.

El sesgo de la concepción expresada en el párrafo precedente ha sido el argumento para apoyar una opinión crítica que no había sido solicitada específicamente en esta encuesta: nadie se opone a que se provea “el decálogo del juez”, como principios enumerados, pero no códigos como los de Santiago del Estero, Santa Fe o Córdoba. Por algo a nivel nacional no tuvo acogida. Más aún cuando, entre las críticas al Estado, se ataca cada vez más la justicia, para quitarle legitimidad y credibilidad. Por ello no debe concretarse ningún documento que pueda afectar aún más la enorme presión que hoy sufren los jueces.

Si bien se alienta la sanción de decálogos que regulen o expliciten la conducta del “buen juez”, se entiende que deben ser claros, simples y generales. Tal vez la consulta, ante la duda sobre una conducta a seguir por el magistrado, sea lo mejor de este conjunto de normas. La sanción a una conducta no ética le corresponde al Tribunal Superior que cuenta con la potestad disciplinaria respectiva.

Se propicia la cultura del trabajo, la valoración de la educación, y el afecto a la búsqueda de la verdad y la justicia.

Otras cualidades destacadas son: transparencia en el ejercicio de la función, coherencia en sus decisiones, conocimiento de la realidad social y del ser humano, contracción al trabajo, condiciones para guiar y contener adecuadamente al personal que de él depende para posibilitar el mejor rendimiento del trabajo del grupo.

Se recomienda: “mayor contralor y mayores encuentros entre magistrados, sincerarnos y plantearnos las problemáticas a los fines de darles soluciones”.

3. RESULTADOS PORCENTUALES

Pregunta 2: ¿Le ha ocurrido alguna vez considerar que la aplicación de una determinada ley al caso concreto fuera éticamente objetable?: SI: 52.9% - NO: 47.1%

Pregunta 3: ¿Con qué frecuencia ha declarado en su carrera la inconstitucionalidad de una norma? NUNCA: 10.5% - UNA SOLA VEZ:15.8% - POCAS VECES: 57.9% - MUCHAS VECES: 15.8%

PREGUNTA 4: ¿Se ha enfrentado con situaciones (por ej. presiones de otros poderes del Estado, de grupos de poder, de las partes, o de la opinión pública) que comprometen la independencia del Poder Judicial? SI: 55% NO: 45%

Pregunta 6: ¿Considera que sería útil y aceptable algún tipo de comité de asesoramiento ético y valoración de la conducta judicial? SI: 55% NO: 45%

Pregunta 7: La lentitud en la justicia, ¿le plantea a los jueces un problema ético en lo que respecta a la eficiencia en el cumplimiento de sus funciones? SI: 84.2% NO: 15.8%

Pregunta 8: ¿Considera usted que la delegación de funciones por parte del juez genera algún grado de responsabilidad moral por falta de intervención personal en el proceso judicial? SI EN TODOS LOS CASOS: 27.8% - NO SI SE LIMITA Y SE CONTROLA:66,6% - NO, EN NINGÚN CASO: 5.6%

ALEJANDRO TURJANSKI

Abogado (Universidad de Buenos Aires, Diploma de Honor). Escribano. Traductor Público, Universidad de Buenos Aires. Asistente y ponente en diversos congresos y jornadas notariales provinciales, nacionales e internacionales, con diversos premios y publicaciones. escribania@turjanski.com.

Lawyer (Universidad de Buenos Aires, with honors). Notary Public.Certified Public Translator, Universidad de Buenos Aires. Has participated and presented works in several conferences and congresses in notary issues at provincial, national and international level, having obtained awards and publications. escribania@turjanski.com.

[\(Ir al INDICE\)](#)