

ÉTICA PROFESIONAL DEL ABOGADO: DEBATES Y TENSIONES

COLECCIÓN

BIBLIOTECA JURÍDICA UNIANDINA

La Colección Biblioteca Jurídica Uniandina se creó en el año 2008. Sus publicaciones se destacan por la variedad temática en las áreas de derecho privado, derecho público, derecho penal, derecho internacional, derecho procesal y teoría jurídica. Las obras que acoge son escritas, en su mayoría, por profesores de planta y cátedra de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Estos títulos se emplean, en gran parte, como textos-guía en las diferentes asignaturas que componen el pénsum del programa de Derecho de la Facultad.

COMITÉ EDITORIAL

Alfredo Pablo Rey Vallejo; Carlos Julio Giraldo Bustamante;
Diana Durán Smela; Juan Carlos Varón Palomino; Marcela Castro Ruiz;
Mariana Bernal Fandiño; Renata Amaya González; Sergio Carreño Mendoza;
Mauricio Rengifo Gardezabal (director de la colección).

SERGIO IVÁN ANZOLA RODRÍGUEZ
JUNY MONTOYA VARGAS
ISABEL CRISTINA JARAMILLO SIERRA
CARLOS FRANCISCO MORALES DE SETIÉN RAVINA
(Editores académicos)

ÉTICA PROFESIONAL DEL ABOGADO: DEBATES Y TENSIONES



Facultad
de Derecho

Nombre: Jaramillo Sierra, Isabel Cristina, autora, coordinadora académica. | Morales de Setién Ravina, Carlos Francisco, autor, coordinador académico. | Montoya Vargas, Juny, autora, coordinadora académica. | Anzola Rodríguez, Sergio Iván, autor, coordinador académico. | Moreno Velásquez, Carolina, autora. | Hoyos Ceballos, Esteban, autor. | Vieira, Oscar Vilhena, autor. | Ghirardi, José Garcez, autor. | Samper Salazar, Paula, autora. | Sánchez Quintero, Ana María, autora. | Pérez Hurtado, Luis Fernando, autor. | Román González, Eduardo, autor. | Seleme, Hugo Omar, autor. | Rivera López, Eduardo, autor. | Luján, Alexis, autor. | Vásquez Alfaro, Mónica Patricia, autora.

Título: Ética profesional del abogado : debates y tensiones / Isabel Cristina Jaramillo Sierra, Carlos Francisco Morales de Setién Ravina, Juny Montoya Vargas, Sergio Anzola Rodríguez (Coordinadores académicos).

Descripción: Bogotá : Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2021. | xv, 432 páginas : ilustraciones ; 16 x 23 cm. | Biblioteca jurídica uniandina

Identificadores: ISBN 9789587981421 (rústica) | 9789587981438 (electrónico)

Materias: Abogados – Ética profesional | Abogados – Responsabilidad profesional | Derecho como profesión

Clasificación: CDD 340.112–dc23

SBUA

Primera edición: junio del 2021

- © Sergio Iván Anzola Rodríguez, Juny Montoya Vargas, Isabel Cristina Jaramillo Sierra, Carlos Francisco Morales de Setién Ravina (Editores académicos)
- © Carolina Moreno Velásquez, Esteban Hoyos Ceballos, Oscar Vilhena Vieira, José Garcez Ghirardi, Paula Samper Salazar, Ana María Sánchez Quintero, Luis Fernando Pérez Hurtado, Eduardo Román González, Hugo Omar Seleme, Eduardo Rivera López, Alexis Luján, Mónica Patricia Vásquez Alfaro
- © De la traducción del portugués del capítulo II, “Educación jurídica y democracia”, Carlos Francisco Morales de Setién Ravina
- © Universidad de los Andes, Facultad de Derecho

Ediciones Uniandes
Carrera 1.ª n.º 18A-12
Bogotá, D. C., Colombia
Teléfono: 339 4949, ext. 2133
<http://ediciones.uniandes.edu.co>
infeduni@uniandes.edu.co

ISBN: 978-958-798-142-1
ISBN *e-book*: 978-958-798-143-8
DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.412>

Corrección de estilo: Alfonso Mora Jaime
Diagramación interior y de cubierta: Angélica Ramos

Impresión:
Imageprinting
Carrera 27 n.º 76-38
Bogotá D.C., Colombia
Teléfono: 631 1350

Impreso en Colombia – *Printed in Colombia*

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni en su todo ni en sus partes, ni registrada en o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electro-óptico, por fotocopia o cualquier otro, sin el permiso previo por escrito de la editorial.

Universidad de los Andes | Vigilada Mineducación
Reconocimiento como Universidad: Decreto 1297 del 30 de mayo de 1964.
Reconocimiento personería jurídica: Resolución 28 del 23 de febrero de 1949 Minjusticia.
Acreditación institucional de alta calidad, 10 años: Resolución 582 del 9 de enero del 2015, Mineducación.

CONTENIDO

Presentación	1

INTRODUCCIÓN

LA NECESIDAD DE UNA HABITACIÓN PROPIA

Qué es y cómo usar este libro	8
La estructura de este libro	10
La tensión estructural en la ética profesional del abogado	13
Bibliografía	14

PRIMERA PARTE

EDUCACIÓN

CAPÍTULO I

ÉTICA Y EDUCACIÓN JURÍDICA

JUNY MONTOYA VARGAS

Introducción	19
<i>“La ética no tiene nada que ver con el derecho”</i>	20
Debates teóricos	23
<i>Relaciones entre ética, derecho y educación jurídica</i>	23
<i>Qué se enseña y cómo se enseña en las facultades de Derecho....</i>	25

<i>Cuál es el lugar de la ética profesional en la educación jurídica actual</i>	27
<i>Qué se debe enseñar: ética profesional a través del currículo</i>	29
<i>Qué debe contener un curso de ética profesional</i>	32
<i>Cómo enseñar ética profesional</i>	34
Preguntas para reflexionar	40
Bibliografía	40

CAPÍTULO II

LA REFLEXIÓN ÉTICA EN LA PRÁCTICA JURÍDICA DE LOS ESTUDIANTES DE DERECHO EN COLOMBIA: NAVEGAR EN LA DICOTOMÍA ENTRE JUSTICIA INDIVIDUAL Y JUSTICIA COLECTIVA

CAROLINA MORENO VELÁSQUEZ Y ESTEBAN HOYOS CEBALLOS

Introducción	43
<i>Un día cualquiera en un consultorio jurídico</i>	43
La dicotomía justicia individual y justicia colectiva	48
<i>Derecho y Desarrollo I y los consultorios jurídicos</i>	48
<i>Derecho y Desarrollo II y las clínicas de interés público</i>	50
<i>Resignificar la educación jurídica clínica: más allá de la dicotomía justicia individual/justicia colectiva</i>	52
El lugar de la ética en la educación jurídica clínica	54
<i>La reflexión de la ética en la práctica jurídica</i>	55
<i>Algunas situaciones y algunos dilemas éticos en el marco de la práctica jurídica</i>	60
Conclusiones	69
Preguntas para reflexionar	70
Bibliografía	71

CAPÍTULO III

EDUCACIÓN JURÍDICA Y DEMOCRACIA

OSCAR VILHENA VIEIRA Y JOSÉ GARCEZ GHIRARDI

Introducción	75
<i>Derecho, ética y desafíos para la democracia:</i>	
<i>dos casos ejemplares</i>	78
Una dimensión ética de la teoría: miradas al derecho, visiones de la democracia	83
La dimensión ética de la práctica: opciones metodológicas, visiones de la democracia	89
Preguntas para reflexionar.....	94
Bibliografía	94

SEGUNDA PARTE
REGULACIÓN

CAPÍTULO IV

ABOGADOS Y REGULACIÓN DE LA PROFESIÓN:
ENTRE AUTONOMÍA Y SUBORDINACIÓN

CARLOS FRANCISCO MORALES DE SETIÉN RAVINA

Introducción	99
<i>"The neverending story" o por qué es tan difícil</i>	
<i>una buena regulación de la profesión jurídica</i>	100
¿Quién debe regular?: autorregulación frente a heterorregulación.....	107
Distintos modelos de regulación de la profesión jurídica	114
Asociaciones profesionales ¿para qué? Los colegios de abogados como instituciones reguladoras y disciplinarias	119

<i>Los colegios de abogados y la defensa del interés público.....</i>	121
<i>Las razones del escepticismo hacia los colegios de abogados</i>	124
Conclusión	126
Preguntas para reflexionar.....	127
Bibliografía	128

CAPÍTULO V

EL TRABAJO PRO BONO: LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DEL ABOGADO

PAULA SAMPER SALAZAR Y ANAMARÍA SÁNCHEZ QUINTERO

Introducción: el acceso a la justicia y la expansión del <i>pro bono</i> en Latinoamérica	133
<i>Dos casos hipotéticos pro bono o cómo para hacer el bien hay que esforzarse.....</i>	136
<i>Un caso representativo del trabajo pro bono en la región: el acceso a la justicia en Colombia y la capacidad del pro bono....</i>	137
¿Qué es el trabajo <i>pro bono</i> ? Desarrollo teórico.....	141
<i>Concepto de trabajo pro bono</i>	141
<i>Justificación del trabajo pro bono</i>	143
<i>Historia del trabajo pro bono.....</i>	146
El trabajo <i>pro bono</i> en Colombia.....	150
Retos del trabajo <i>pro bono</i>	154
<i>El trasplante de una figura anglosajona a la realidad colombiana.....</i>	154
<i>Institucionalización del trabajo pro bono: de la academia a la práctica</i>	156
<i>Superar la retórica</i>	157
<i>Voluntariedad u obligatoriedad.....</i>	158
<i>Experiencia de los abogados pro bono</i>	159
Preguntas para reflexionar.....	160
Bibliografía	161

TERCERA PARTE ACCESO A LA JUSTICIA

CAPÍTULO VI

EL PAPEL DEL CONOCIMIENTO EN LA REPRESENTACIÓN DEL “OTRO”: EL ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

ISABEL CRISTINA JARAMILLO SIERRA

Introducción	165
<i>Lisette Ochoa: lo perdonó para no seguir</i> <i>causándoles dolor a sus hijos</i>	166
Debates teóricos en torno a la representación de víctimas de violencia de género	169
<i>La agencia de la víctima</i>	170
<i>La capacidad del sistema estatal</i>	181
<i>La individualización del daño</i>	185
Preguntas para reflexionar.....	186
Bibliografía	187

CAPÍTULO VII

ESCUELAS DE DERECHO INDÍGENAS Y ACCESO A LA JUSTICIA EN MÉXICO

LUIS FERNANDO PÉREZ HURTADO Y EDUARDO ROMÁN GONZÁLEZ

Introducción	191
<i>El infanticidio de Beatriz: interpretación cultural</i> <i>como derecho a la defensa</i>	192
Debates teóricos	194
La educación jurídica y los indígenas desde la experiencia mexicana...	197
<i>Panorama de la educación jurídica en México</i>	197
<i>La pertinencia de la educación jurídica en relación con</i> <i>los derechos de personas, pueblos y comunidades indígenas</i>	200

<i>Deberes legales en relación con la educación indígena</i>	205
<i>Programas de licenciatura pertinentes a contextos indígenas.....</i>	214
Preguntas para reflexionar.....	217
Bibliografía	218

CAPÍTULO VIII

TENSIONES EN LA REGULACIÓN DE LOS HONORARIOS DE LOS ABOGADOS

SERGIO IVÁN ANZOLA RODRÍGUEZ

Introducción	221
<i>La sentencia C-609 del 2012 de la Corte Constitucional colombiana: víctimas sin abogados</i>	222
Debates teóricos	224
<i>Formas en las que se pueden cobrar los honorarios</i>	225
<i>La estructura del mercado de servicios legales</i>	229
Aspectos dilemáticos de los honorarios.....	236
<i>Aspectos dilemáticos del pago de honorarios</i>	236
<i>Aspectos dilemáticos en el cobro de honorarios</i>	238
Preguntas para reflexionar.....	241
Bibliografía	241

CUARTA PARTE REPRESENTACIÓN DEL CLIENTE

CAPÍTULO IX

TENSIONES EN EL DEBER DE CONFIDENCIALIDAD

HUGO OMAR SELEME

Introducción	245
<i>La confidencialidad en problemas: “delatado en vivo y en directo”</i>	246

Las herramientas legales de la confidencialidad	248
Justificación de la confidencialidad	251
<i>Promueve el cumplimiento voluntario del Derecho</i>	251
<i>Permite que el abogado sea la primera barrera</i> <i>frente al incumplimiento</i>	252
<i>Dota al sistema judicial de eficiencia</i>	253
<i>Dota al sistema judicial de legitimidad</i>	258
<i>Alivia las tensiones del rol profesional</i>	260
Nociones básicas	260
Excepciones al deber de confidencialidad	268
<i>Las excepciones en los códigos</i>	269
<i>Análisis de las causales de excepción</i>	274
Conclusión: el deber de informar al cliente sobre la confidencialidad	286
Preguntas para reflexionar	287
Bibliografía	289

CAPÍTULO X

PATERNALISMO Y AUTONOMÍA EN LA RELACIÓN ABOGADO- CLIENTE

EDUARDO RIVERA LÓPEZ

Introducción	291
<i>Dos ejemplos: “La prisión del amor” y “El amor es ciego”</i>	292
La autonomía del cliente en los códigos	294
Paternalismo versus autonomía en la relación abogado-cliente	297
Los límites de la autonomía. Casos difíciles	301
¿Es posible renunciar autónomamente a la autonomía?	305
Conclusión	309
Preguntas para reflexionar y casos adicionales	310

Bibliografía	311

CAPÍTULO XI

CONFLICTOS DE INTERÉS EN LA PROFESIÓN JURÍDICA

SERGIO IVÁN ANZOLA RODRÍGUEZ

Introducción	313
<i>Lealtades en conflicto: el caso</i>	
<i>de Néstor Humberto Martínez Neira</i>	313
¿Qué es un conflicto de interés?	317
¿Qué valores o principios jurídicos se ponen en riesgo cuando un abogado o funcionario público está inmerso en un conflicto de interés?	319
¿Por qué ocurren los conflictos de interés? ¿Cuáles son sus fuentes?	322
¿Qué tipos de conflictos de interés existen?	326
¿Cómo se sancionan los conflictos de interés?	332
Conclusión: ¿Son renunciables los conflictos de interés?	333
Preguntas para reflexionar	333
Bibliografía	335

QUINTA PARTE

DEBATES ÉTICOS EN LAS DISCIPLINAS

CAPÍTULO XII

LOS DEBERES PROFESIONALES DEL ABOGADO QUE ASISTE EN EL DISEÑO DE UN PLANEAMIENTO TRIBUTARIO

ALEXIS LUJÁN

Introducción: el autogol jurídico de Messi	339

¿Qué misión cumple el abogado tributarista?	341
¿Tiene el abogado tributarista un deber frente al sistema de recaudación?	348
¿El abogado puede asistir a su cliente a pagar menos tributos?	355
¿Cuál es la función del abogado tributarista al asistir en un planeamiento tributario?	359
¿Cómo debe cumplir su función el abogado que asiste en planeamiento tributario?	364
¿Cuáles son los límites que el abogado debe evitar cruzar al asistir en un planeamiento tributario?	371
<i>El deber de obediencia a la ley</i>	371
<i>El deber de veracidad</i>	379
Preguntas para reflexionar.....	383
Bibliografía	384

CAPÍTULO XIII

EL DEBATE SOBRE EL PROCESO CIVIL COMO ESPACIO DE MORALIZACIÓN

MÓNICA PATRICIA VÁSQUEZ ALFARO

Introducción	387
<i>Un autobús en medio del proceso: la complejidad de la buena fe procesal</i>	388
La versión plena de la buena fe procesal o de la obligación de colaborar con la administración de justicia	390
<i>Alcance del principio de buena fe procesal</i>	393
<i>Nuestro caso y el test de moralidad a la luz de la buena fe procesal plena</i>	396
La versión moderada de la buena fe procesal o el control de la mala fe en el proceso	399

<i>Nuestro caso a la luz de la versión moderada de la buena fe procesal o prohibición del abuso del proceso</i>	401
La perspectiva crítica de la buena fe procesal	401
<i>Nuestro caso y el test de moralidad a partir de la versión crítica de buena fe procesal</i>	404
Conclusiones	406
Preguntas para reflexionar.....	408
Bibliografía	409
Los autores	411

PRESENTACIÓN

MARTÍN BÖHMER*

No existe formación jurídica sin formación en ética profesional. Me explico. Toda práctica profesional asume un *ethos*, una forma de concebir la tarea, una forma de llevarla a cabo, una forma de ser en el mundo del derecho. Nuestras prácticas profesionales presuponen un saber hacer de trasfondo que permea nuestra actividad y le da sentido. Que no lo hagamos explícito, que no lo sometamos a crítica, que no propongamos cómo mejorarlo no significa que no exista ni cumpla su tarea.

En nuestra tradición latinoamericana ese *ethos* profesional navega entre el formalismo ingenuo (la ley se aplica sola) y el cinismo del escepticismo ante las reglas (toda regla es radicalmente interpretable y decidido cómo aplicarla solo): no hago nada o hago lo que quiero.

Interesantemente, esa forma de hacer las cosas asume sin mayor problema tanto la concepción estándar de la abogacía (la defensa celosa de cualquier interés sin responsabilidad alguna en la forma que asume su defensa o en las consecuencias que genere) como la que propone utilizar el derecho como una forma de militancia política. Algo parecido sucede en el ámbito de la ética judicial, donde esta forma de ejercer el cargo permite trabajar sin la obligación o las exigencias de la democracia y aun de los principios que la sustentan. El resultado suelen ser decisiones judiciales e institucionales que responden a esa mala concepción de independencia como irresponsabilidad y que permite no asumir la obligación de rendir cuentas.

Este *ethos* profesional circundante en la práctica gotea en las aulas. La forma de vestir, la forma de hablar, la manera de dirigirse a los demás,

* Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires, de la Universidad Nacional de Río Negro y Global Professor of Law, New York University School of Law. Es consejero honorario de la Asociación por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) y miembro del Consejo Consultivo de Chequeado.com.

los relatos de guerra, las anécdotas de los tribunales, las bromas sobre clientes, colegas y autoridades, las historias de victorias propias y de derrotas ajenas arman una normatividad que adjetiva conductas y que define modelos que seguir. En ese mundo es razonable que no se enseñe ética profesional como materia obligatoria. En ese mundo sin límites para la defensa del interés propio, si a usted no le gustan estos principios, tengo estos otros. Ética profesional en las facultades de Derecho es materia optativa. La ética, para las profesiones del derecho, es optativa.

El desafío de enseñar ética profesional en este contexto supone pasar del sarcasmo a la seriedad. El esfuerzo de quien enfrenta este desafío consiste en lograr que un puñado de estudiantes pasen de leer con sorpresa las normas de la ética profesional (“¡pero nada de esto se cumple!”), atraviesen el sarcasmo y la sonrisa despectiva y asuman una cierta *gravitas*, una actitud madura, consciente de la responsabilidad que les cabe para con quienes les entregan las cuestiones máspreciadas de sus vidas.

Avanzado el curso surge sin embargo el malestar de la cultura jurídica. Se hacen presentes entonces el miedo a la deslealtad de colegas y de autoridades, la desconfianza mutua, la necesidad de reaseguramiento sobre reaseguramiento, los resquemores sobre la propia capacidad de adivinar estocadas a traición, las noches sin dormir, los ocultamientos sin fin, las mentiras siempre a punto de ser descubiertas, las verdades a medias, las vergüenzas propias y ajenas. Y para empeorar las cosas en la vida personal la permanente desconfianza de quienes no son parte de este mundo, el tener que enfrentar y combatir el desprecio, la mala prensa o simplemente la razonable curiosidad de quienes no pueden entender la forma en la que asumimos nuestro trabajo.

Quien enseña esta materia en una facultad de Derecho debe también, si tiene éxito, enfrentar la pregunta, hacia el final del curso, sobre el rol que profesionales conscientes de sus deberes deben o pueden desempeñar en este mundo. Mi respuesta solía ser cautelosa: “Miren a derecha e izquierda, tienen la oportunidad de formar al menos entre ustedes una comunidad profesional digna de ser llamada así, sumen a quienes puedan, ahora no tienen alternativa, ya saben que son responsables, que no hay posibilidad de ser neutrales, y hagan lo mejor que puedan”.

Este libro es la comprobación de que, de un tiempo a esta parte, quienes enseñan ética profesional en la región son parte de una comunidad en formación. Y esta comprobación debe ser motivo de celebración.

Una comunidad genera un lenguaje común (fijense, si no, en la literatura que se cita y en la forma de encarar los temas), costumbres comunes (formas de hacer las cosas), reacciones viscerales (formas de ser en el mundo de lo jurídico), gustos, disgustos, en fin, un punto de vista interno (que se explicita, como sabemos, en que las normas se aceptan como razones y que su violación merece la crítica de los participantes).

Una comunidad epistémica y docente también es un modelo que no solo articula una práctica (académica o de formación profesional) sino además muestra ostensivamente la forma que podría asumir la profesión si quienes la practican se unieran a esta comunidad. En los ejercicios que el libro propone, en los dilemas que plantea, en las lecturas que comparte y critica, quienes estudien estos materiales podrán ser, si bien por un tiempo acotado y en forma hipotética, profesionales que deben decidir cuestiones difíciles. Los ejercicios no tienen respuestas al final del libro, la deliberación cuidadosa constituye la respuesta, los malos argumentos son los que primero desaparecen para dar lugar a discusiones de buena fe respecto de asuntos que son realmente, sin lugar a bromas o a frivolidades, cuestiones difíciles.

A partir de este libro quienes enseñen ética profesional tendrán una nueva evidencia de la existencia de una comunidad, de que hay otra práctica posible, otra forma de deliberación a la que señalar como modelo. Tendrán otra señal de que se está construyendo una comunidad que legitima lo que muchas veces es desairado por ingenuo o idealista, que propone una forma mejor de ser profesional del derecho y que apuesta a que estas profesiones asuman el rol que están llamadas a cumplir en las democracias constitucionales de nuestros países.

En efecto, la ética profesional es presupuesto de los códigos de procedimientos. Ellos no advierten que en las demandas o en las contestaciones de demandas no se puede mentir, ni que en el curso del proceso las artimañas están prohibidas, o que se debe actuar con lealtad. Eso lo regula la ética profesional. Pero la violación de esas reglas destroza cualquier proceso. Sin ellas no hay plazos, no hay argumentos, no hay hechos comprobables, no gana el mejor argumento: gana el que traiciona mejor. Y, como es evidente, si no funcionan los códigos de procedimientos, los códigos de fondo, las leyes, no tienen forma de cumplir con el objetivo de resolver los conflictos a partir de la deliberación que arma la democracia constitucional. Y si las leyes no cumplen ese objetivo, es la Constitución misma la que pierde autoridad y legitimidad.

Es ya legendaria y no por eso menos actual la falta de confianza de la ciudadanía en nuestra profesión. Mucho se ha insistido en echar culpas afuera: a los medios de comunicación, a la política partidaria, a las malas leyes, a la incapacidad de coerción de los poderes ejecutivos, a la anomia social de nuestras comunidades. Una ética profesional robusta es la respuesta más poderosa que las profesiones del derecho pueden brindar. Después de todo, para eso fueron creadas. Sin la complicidad de gente que egresó de facultades de Derecho muchos de los delitos, de los engaños y fraudes y de la corrupción social y política a los que asistimos a diario no se podrían cometer. No son las únicas profesiones o personas que están involucradas en ellos, se me dirá. Es cierto, pero estas en particular juran y han sido creadas para evitar esos desmanejos, no para facilitarlos.

El libro que usted tiene en sus manos es una invitación a ser parte de una comunidad académica, docente y profesional. Una comunidad por la que sentir orgullo. Es una invitación a ser parte de una comunidad que le propone asumir su profesión para defender derechos, obligar a cumplir obligaciones y para hacer ciertas las promesas de la democracia constitucional. No se me ocurre por qué razones usted le diría que no.

INTRODUCCIÓN

LA NECESIDAD DE UNA HABITACIÓN PROPIA^{*}

A pesar de los constantes reclamos y quejas sobre la poca o total “falta de ética” en la profesión jurídica, es poco lo que se ha escrito e investigado en América Latina sobre la materia¹. En comparación con otras ramas del derecho, el campo de la ética profesional de los abogados y las abogadas se encuentra rezagado: hay pocos estudios teóricos o empíricos, no hay un cuerpo significativo de académicos dedicados a este tema, y los cursos de ética profesional siguen siendo considerados por los estudiantes “de relleno”. En algunas facultades los cursos de ética profesional no son obligatorios y en las que lo son sufren de dos problemas por lo general. El primero, la apatía, no solo de parte de los estudiantes, sino también de los profesores, que muchas veces lo ven como una carga indeseada. El segundo, su falta de contenido propio. No es raro que los cursos de ética profesional de la abogacía terminen siendo una réplica de un curso de ética general importado desde las facultades de Filosofía o Ciencias Sociales, con algunas referencias áridas y formalistas a los códigos de ética profesional de los abogados. Pocos cursos se aproximan a los dilemas éticos concretos que viven los abogados en su práctica cotidiana y pocas veces se hace una reflexión deliberada y cuidadosa sobre lo que implica el adjetivo “profesional”

^{*} Para citar: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.413>

¹ Para una explicación sobre la ausencia de esta rama del derecho en la academia jurídica colombiana, véase Sergio Anzola Rodríguez, *El malestar en la profesión jurídica: tensiones entre la ética personal y profesional de los abogados* (Bogotá: Universidad de los Andes, 2019).

que acompaña al concepto de “ética” y cómo esto cambia el marco ético deliberativo de los abogados².

Si bien esta descripción es cierta para la actualidad latinoamericana, es necesario reconocer que poco a poco se vislumbran algunos cambios y desde varios países se empiezan a consolidar esfuerzos por construir el campo de la ética profesional. Este libro busca reconocer y aglutinar esos esfuerzos locales en un mismo texto con el fin de dotar de fuerza propia al campo de la ética profesional, lograr su consolidación en la educación jurídica latinoamericana y facilitar la enseñanza del curso en las facultades de Derecho.

Uno de los académicos latinoamericanos que han desarrollado con mayor rigor y extensión el campo de la ética profesional de los abogados es Martín Böhmer, en Argentina. Su texto “Igualadores y traductores. La ética del abogado en una democracia constitucional”³ y la traducción al español que él mismo hizo del libro *The Lost Lawyer*⁴, escrito por Anthony Kronman, permitieron sin duda que la ética profesional del abogado adquiriera cierta fuerza, al menos en Argentina. Prueba de esto son los textos posteriores de otros académicos argentinos como Hugo Seleme⁵, Eduardo Rivera⁶, Cristian Fatauros⁷ y Roberto Gargarella⁸, que fueron abonando terreno para que, lentamente, la ética profesional se ganara un espacio en la academia jurídica argentina. Estos

² Véase Stephen L. Pepper, “The Lawyer’s Amoral Ethical Role: A Defense, a Problem, and Some Possibilities”, *American Bar Foundation Research Journal* 1 (1986) 613-35; Wasserstrom, “Lawyers as Professionals: Some Moral Issues”.

³ Martín Böhmer, “The Lawyer’s Role in a Contemporary Democracy, Promoting Access to Justice and Government Institutions, Equalizers and Translators: Lawyers’ Ethics in a Constitutional Democracy”. *Fordham Law Review* 77, n.º 4 (2009).

⁴ Martín Böhmer. *Vivir en el derecho* (Buenos Aires: Universidad de Palermo, 2010).

⁵ Hugo Seleme, “La defensa de un culpable: una justificación moral”. *Isonomía*, n.º 37 (2012): 17-60; Seleme, “Ética de las creencias y defensa legal”. *Ius et Praxis* n.º 2 (2015).

⁶ Eduardo Rivera-López, “Is it morally wrong to defend unjust causes as a lawyer?”. *Journal of Applied Philosophy* 32, n.º 2 (2015): 177-89. <https://doi.org/10.1111/japp.12082>

⁷ Cristian Fatauros, “Derecho de defensa, inmoralidad y justicia”. *Revista Via Iuris*, n.º 11 (2011).

⁸ Roberto Gargarella, “¿A quién sirve el derecho? Ética profesional, derecho y poder”. *Lexis*, 0003/014582 (s. f.).

escritos de corte teórico fueron complementados después con una serie de materiales educativos impulsados por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, el cual, a través de la Dirección Nacional de Relaciones con la Comunidad Académica y la Sociedad Civil, publicó dos libros, de descarga gratuita en internet, destinados a docentes y con el propósito de facilitar la impartición de la materia de ética profesional proponiendo un temario, unos ejercicios prácticos y una lista de bibliografía complementaria⁹.

Otro aporte significativo ha sido el que ha liderado Beatriz Boza, desde la Pontificia Universidad Católica del Perú. Mediante un esfuerzo sostenido en el tiempo y la creación de un semillero de estudiantes, que luego, como profesores, imparten el curso de ética profesional en varias universidades, se han diseñado materiales didácticos¹⁰ centrados en la práctica jurídica y acompañados de una reflexión teórica profunda. Además han realizado congresos y encuentros académicos enfocados principalmente en el campo de la ética profesional.

En México, el Centro de Estudios sobre la Enseñanza y el Aprendizaje del Derecho (CEEAD) también ha contribuido a la formación del campo de la ética profesional del abogado mediante la celebración de sus congresos anuales, en los cuales siempre han incluido como uno de sus ejes transversales la enseñanza de la ética profesional en las facultades de Derecho. Además de sus congresos, el CEEAD también ha diseñado materiales destinados a los docentes de derecho con el fin de facilitar la enseñanza de la ética profesional en el contexto del sistema de justicia penal¹¹.

⁹ Los libros a los que nos referimos, coordinados respectivamente por Eduardo Rivera y Miguel Ángel Ciuro, son Eduardo Rivera (coord.), *Ética profesional y derecho*. Biblioteca Digital, consulta 22 de noviembre del 2019, <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/1695>, y Miguel Ángel Ciuro (coord.), *Manual de ética de la abogacía*. Biblioteca Digital, consulta 22 de noviembre del 2019, <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/2171>.

¹⁰ Beatriz Boza, *Compendio de Ensayos. Ética y responsabilidad del abogado*; Boza, *Código Voluntario de Buenas Prácticas del Abogado de la Red Peruana de Universidades*, 2011.

¹¹ Anzola Rodríguez, *Curso de ética y responsabilidad profesional en el sistema de justicia penal - Libro para docentes* (México: Centro de Estudios sobre la Enseñanza y el Aprendizaje del Derecho, A. C., 2018).

Por último, desde la Universidad de los Andes en Bogotá, la tesis doctoral de derecho elaborada por Sergio Anzola¹², dirigida por Isabel Cristina Jaramillo, sirvió de catalizador para pensar en la necesidad de contar con un texto que facilitara la impartición del curso de ética profesional a partir de un contenido propio, que diera cuenta del rol particular del abogado y las exigencias éticas que se le imponen. De ese impulso surge el libro que tiene hoy el lector entre sus manos.

Con esta reconstrucción del campo de debate de la ética profesional como “ausente” en la academia jurídica latinoamericana, y con la identificación de algunos intervinientes que desde diferentes posiciones están contribuyendo a “crearlo”, no queremos desconocer los esfuerzos normativos ni las obras acreditadas que existen sobre el tema en cada país. Sin embargo, consideramos que la dificultad misma de encontrar algunos de esos textos acreditados en nuestras bibliotecas o las librerías y de que sus reflexiones encuentren reflejo en otros textos sobre ética y en la práctica jurídica es señal de que el campo no existe como práctica real.

QUÉ ES Y CÓMO USAR ESTE LIBRO

Este libro busca contribuir a la construcción de un debate latinoamericano en torno a la ética profesional del abogado de tres formas. En primer lugar, este libro parte de la creencia de que a la vista de las restricciones que hay para tener una visión general desde el conocimiento académico local, pero también del hecho de que ya existen en varios países latinoamericanos esfuerzos similares por repensar la ética profesional del abogado, unir fuerzas de académicos de distintos países latinoamericanos puede ser más productivo que seguir insistiendo solamente en esos esfuerzos locales, en los que las particularidades de cada legislación o la situación específica de cada país pueden interferir con el desarrollo de una visión general de los problemas del campo de la ética profesional del abogado. Así, entre los autores de los capítulos del libro se buscó incluir personas que trabajan en distintos países latinoamericanos y se hizo también una revisión de contenidos para que temas de interés para distintos países quedaran reflejados en el contenido de esta obra.

¹² Anzola Rodríguez, *El malestar en la profesión jurídica*.

Para fortalecer las relaciones entre los autores de los capítulos del libro se celebró un seminario en Bogotá, en el que se discutieron versiones preliminares de los que luego serían los textos definitivos.

En segundo lugar, los autores del libro piensan que puede enseñarse ética profesional a los estudiantes de Derecho sin caer en ninguno de los extremos: el de abordar solamente los textos normativos que hablan en cada sistema de los deberes y responsabilidades de los abogados, u ocuparse únicamente de textos filosóficos que se refieren a los problemas de la responsabilidad ética en abstracto o a la justicia del derecho en general. Para esto, el libro ofrece herramientas conceptuales y doctrinales que tratan algunas de las tensiones más prominentes enfrentadas en el ejercicio de la profesión en nuestro contexto: entre la obligación de defender los intereses de su cliente y el deber de lealtad con el sistema judicial o con el sistema tributario; entre la defensa de los intereses particulares y el deber de contribuir al logro de los fines de la justicia; entre ciertas concepciones de éxito profesional y el deber de garantizar el derecho de acceso a la justicia para todos, especialmente para los más desprotegidos; entre “el ejercicio del derecho fundamental al acceso a la justicia y el hecho de que dicho acceso se garantiza a través de servicios que se ofrecen en un mercado poco regulado”, como expresa Anzola; entre tomar decisiones paternalistas en beneficio del cliente y respetar su autonomía, en una relación que es asimétrica por definición; o la tensión entre el deber de confidencialidad y “otros deberes como el de auxiliar a la realización de la justicia o evitar el daño a terceros”, en palabras de Seleme.

A decir verdad, no es que hayamos decidido no abordar estos temas desde un punto de vista normativo, sino que nuestros ordenamientos jurídicos en su mayoría carecen de normas específicas para resolver este tipo de tensiones, y está bien que así sea. Las normas reguladoras de estos aspectos tienen un carácter general y sirven como guía de conducta general para la acción, pero las tensiones que aquí abordamos llegan a configurarse como auténticos dilemas éticos, como enfrentamientos entre valores que a veces tienen connotaciones trágicas en lo individual o lo social. Decidir en uno o en otro sentido puede suponer sacrificar algo que se considera en sí valioso y, por lo tanto, esos dilemas deben ser examinados y analizados con cuidado, y poder resolverse apelando a principios éticos derivados de una comprensión profunda de las exigencias de la ética profesional. De lo contrario se corre el riesgo de

resolverlos por defecto, esto es, omitiendo la reflexión sobre sus implicaciones o apelando al interés personal del cliente o incluso del propio abogado, quien probablemente alegará en su defensa, en caso de ser cuestionado, que la conducta realizada no es ilegal y, por lo tanto, no es reprochable.

En tercer lugar, el libro utiliza la estrategia expositiva y pedagógica de los casos para aproximar a los estudiantes a la realidad de las decisiones que debe abordar el abogado. Así, el libro no se concibe como un texto única o principalmente dirigido a “expertos” en el área de ética profesional o ética aplicada, sino que también se dirige a estudiantes de pregrado en Derecho que por primera vez se hacen las preguntas que aquí se sugieren. Los capítulos muestran los dilemas y tensiones de la profesión partiendo de un conocimiento en profundidad del debate en la ética profesional del abogado, pero es nuestra intención que el texto sirva para la enseñanza y es por esto por lo que conectamos contenidos abstractos con casos concretos, que abren cada capítulo, para despertar la curiosidad epistémica. También consideramos que los casos, al ser casos reales, muestran la diversidad de las realidades latinoamericanas, aunque las reflexiones conceptuales y doctrinales puedan ser, en muchas ocasiones, comunes.

La creación de un campo latinoamericano implica no solamente conversar entre expertos, sino formar nuevas generaciones de estudiosos e incidir en la manera en que los estudiantes de Derecho entienden su relación con la ética. Para eso, a este libro le deberán seguir otras muchas conversaciones más sobre las cuestiones puntuales que se plantean y sobre los retos de enseñar ética en las facultades de Derecho latinoamericanas. Esperamos que los lectores y las lectoras se animen a participar en estos esfuerzos y, cuando sea posible, contacten con los autores para exponer nuevas iniciativas e inquietudes (estas no siempre nuevas). Parte de esos nuevos esfuerzos deberían ser proyectos de reelaboración de los clásicos latinoamericanos de la ética profesional y entrar en debates sobre la regulación comparada de la profesión.

LA ESTRUCTURA DE ESTE LIBRO

El libro está dividido en cinco partes. En la primera parte incluimos reflexiones sobre la educación jurídica y la ética. Aquí la pregunta principal

es cuál debería ser el papel de la ética profesional en la manera en la que imaginamos el diseño curricular y el trabajo práctico. Los tres capítulos que componen esta sección recurren a diferentes modelos éticos que a su vez implican diferentes diseños de la carrera jurídica y de lo que los profesores piensan apropiado para lograr las habilidades deseadas en los futuros abogados. Los autores de los tres capítulos están de acuerdo con una ética democrática guiada por valores constitucionales como alineada con el desarrollo de pensamiento crítico. Sin embargo, no coinciden en los énfasis ni las prioridades, o en si estos valores son o no fácilmente traducibles en prácticas.

La segunda parte está dedicada a la regulación jurídica y los aspectos éticos de esa regulación. Incluye dos capítulos, uno sobre regulación de la profesión y otro dedicado a la aparición de la prestación gratuita de servicios jurídicos por los abogados privados, lo que se conoce como servicios *pro bono*. La idea es, por un lado, mostrar las elecciones y las consecuencias éticas que se derivan de las distintas formas de regulación de la profesión, la complejidad que plantea la regulación de la profesión desde el punto de vista técnico y su incidencia en una adecuada protección del interés público, y algunas de las limitaciones que surgen de la autorregulación profesional. La inclusión de un texto sobre el *pro bono* tiene por propósito mostrar cómo se introducen nuevas responsabilidades éticas en el ejercicio privado de la profesión. El capítulo, centrado en la experiencia colombiana, muestra cómo la práctica *pro bono* contribuye al interés público y a la prestación de servicios profesionales de calidad para un sector de la población que carece de los recursos económicos para pagar esa clase de profesionales.

La tercera parte, dedicada al problema del acceso a la justicia, aborda el monopolio de las ocupaciones relacionadas con el derecho por los profesionales del derecho y de la relevancia del conocimiento jurídico en la distribución de recursos. Esta sección incluye reflexiones novedosas sobre la calidad y accesibilidad del conocimiento jurídico, y lo hace dedicando un capítulo a la incidencia del género en el acceso a la justicia y otro al acceso a una justicia apropiada por los pueblos indígenas. La cuestión de género y su dimensión ética se aborda desde la necesidad de formar a los estudiantes de Derecho para que reconozcan sus propios prejuicios y sesgos al tratar a sus “clientes”, y se presta una atención especial a la manera en que los abogados y las abogadas perciben las restricciones del sistema de justicia con respecto al género.

En relación con el conocimiento indígena, se presenta el argumento de la necesidad de que los estudiantes de Derecho latinoamericanos tengan presentes y conozcan los sistemas jurídicos de las comunidades ancestrales de sus países para poder hacer realidad las garantías constitucionales que muchos países han creado para ellas. Cierra la sección un capítulo dedicado a un tema clásico de la profesión, los honorarios, que reflejan el valor social que se le asigna al conocimiento jurídico, por una parte, y el sesgo del sistema en favor del mejor postor, por otra. La preocupación por el acceso a la justicia se relaciona aquí directamente con el costo de acceder a un abogado, los factores que determinan la fijación de honorarios –como el costo de la educación jurídica– y los dilemas en torno al cobro y al pago de los honorarios.

La cuarta parte aborda algunos dilemas éticos clásicos que surgen en la representación jurídica de los clientes. El primer capítulo se centra en estudiar la tensión entre la confidencialidad en la relación abogado-cliente y el deber de veracidad que puede surgir en cabeza del abogado cuando cuenta con información que puede ser crucial para alcanzar la justicia material. El segundo explora la tensión entre la protección a la autonomía del cliente y los escenarios en los que podría justificarse un paternalismo por parte de su abogado no solo en la determinación de los medios técnicos adecuados para la representación, sino, incluso, en la determinación o construcción de los objetivos del cliente. El último capítulo de esta sección se enfoca en estudiar los conflictos de interés y las premisas que subyacen a ellos respecto de qué entendemos por *representación jurídica* y qué tan profundos son los lazos de lealtad que se construyen entre abogado y cliente de manera que impidan o no representar a una contraparte en un futuro cercano o lejano. Si bien la confidencialidad y el conflicto de interés se encuentran regulados, ya sea por códigos de ética profesional o por códigos penales, los tres capítulos abordan sus objetos de estudio con el propósito de mostrar y elevar las tensiones de manera que tanto estudiantes como profesores puedan tomar la regulación jurídica solo como un punto de partida de la deliberación ética y no como un punto de llegada.

La quinta y última parte ejemplifica los problemas éticos en áreas específicas del derecho. Se han elegido dos de las ramas más técnicas del derecho, el derecho tributario y el derecho procesal, con el fin de que el lector observe las aproximaciones éticas que condicionan el ejercicio del derecho en prácticas específicas y, por consiguiente, producen

resultados distintos que pueden ser valorados desde el beneficio social y el fomento de ciertos valores constitucionales.

El libro concluye con una compilación de las normas relevantes para la ética profesional del abogado en varios países de América Latina. El objetivo de esta sección es ser un espacio de consulta para los profesores y estudiantes que hagan uso del libro. La lectura de las tablas de legislación comparada debe hacerse teniendo en cuenta que se seleccionaron las leyes nacionales que consideramos de suma importancia para el ejercicio de la profesión legal, especialmente aquellas que *directamente regulan la profesión, el secreto profesional, el deber de veracidad de los abogados, los conflictos de interés, el cobro de honorarios profesionales y el acceso a la justicia*. Junto a las leyes que expiden los códigos disciplinarios y los códigos de procedimiento, también incluimos las normas adoptadas por los colegios o asociaciones de abogados.

LA TENSIÓN ESTRUCTURAL EN LA ÉTICA PROFESIONAL DEL ABOGADO

Si bien este libro, como ya se ha dicho, se construye en torno a múltiples tensiones entre ética y práctica, nuestros debates, en persona y sobre nuestros textos, nos devolvían continuamente a algo que calificamos como la “tensión estructural”: el problema de que ese hilo conductor pueda perderse en la división que propusimos entre los capítulos y dadas las distintas especialidades de los autores, unos más teóricos, otros más dogmáticos, unos más académicos, otros más prácticos, etcétera. También tiende a diluirse en las diferentes aproximaciones a las tensiones: para unos se trata de una oposición entre la sociedad y el mercado; para otros, entre lo personal y lo profesional; y para otros, entre la justicia sustantiva y la justicia procesal. Creemos, no obstante, que es razonable resumir la preocupación por la tensión estructural como una preocupación por la ineludible condición trágica de los abogados: enfrentados siempre a valores en conflicto, confiando en normas que podrán resolver el conflicto y dándose cuenta, en últimas, de que las normas no son suficientes para delegar a la colectividad la responsabilidad por sus decisiones individuales.

Pensamos igualmente que el libro contribuye a dar forma a esta tensión estructural, pero que permite también enfrentarla de maneras nuevas. Así, al incluir un capítulo sobre educación legal y reflexiones sobre

el lugar de la ética en el diseño curricular y metodológica propia del derecho, le damos a la academia participación en la orientación y la provisión de herramientas a los profesionales para enfrentar esta tensión estructural. Igualmente, los capítulos sobre acceso a la justicia y regulación de la profesión muestran cómo el diseño más amplio del sistema de justicia afecta las posibilidades de decisión de los abogados. Aquí la intuición es que una comprensión más compleja y de varios niveles de los dilemas éticos de los abogados llevaría a decisiones más inteligentes e informadas, o, como poco, a decisiones mejor argumentadas y menos angustiosas. Por último, los capítulos que tratan directamente temas de ejercicio de la profesión ofrecen aspectos y dimensiones de los problemas que deberían llevar a una mayor reflexión sobre las reglas actualmente existentes y sus vacíos.

BIBLIOGRAFÍA

- Anzola Rodríguez, Sergio Iván. *El malestar en la profesión jurídica: tensiones entre la ética personal y profesional de los abogados*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2019.
- Anzola Rodríguez, Sergio Iván. *Curso de ética y responsabilidad profesional en el sistema de justicia penal - Libro para docentes*. México: Centro de Estudios sobre la Enseñanza y el Aprendizaje del Derecho, A. C., 2018.
- Böhmer, Martín. "The Lawyer's Role in a Contemporary Democracy, Promoting Access to Justice and Government Institutions, Equalizers and Translators: Lawyers' Ethics in a Constitutional Democracy". *Fordham Law Review* 77, n.º 4 (2009).
- . *Vivir en el derecho* (Buenos Aires: Universidad de Palermo, 2010).
- Boza, Beatriz. *Código voluntario de buenas prácticas del abogado de la Red Peruana de Universidades*, 2011.
- (ed.). *Compendio de Ensayos. Ética y responsabilidad del abogado* (Ius et veritas, 2008).
- Ciuro, Miguel Ángel (coord.), *Manual de ética de la abogacía*. Biblioteca Digital, consulta 22 de noviembre del 2019, <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/2171>.
- Fatauros, Cristian. "Derecho de defensa, inmoralidad y justicia". *Revista Via Iuris*, n.º 11 (2011).

- Gargarella, Roberto. “¿A quién sirve el derecho? Ética profesional, derecho y poder”. *Lexis*, 0003/014582 (s. f.).
- Kronman, Anthony T., y Martín F. Böhmer. *Vivir en el derecho*. Buenos Aires: Universidad de Palermo, 2010.
- Pepper, Stephen L. “The Lawyer’s Amoral Ethical Role: A Defense, a Problem, and Some Possibilities”. *American Bar Foundation Research Journal* n.º 1 (1986): 613-35.
- Rivera-López, Eduardo. “Is it morally wrong to defend unjust causes as a lawyer?” *Journal of Applied Philosophy* 32, n.º 2 (2015): 177-89. <https://doi.org/10.1111/japp.12082>.
- . *Ética profesional y derecho*. Biblioteca Digital, consulta 22 de noviembre del 2019, <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/1695>
- Seleme, Hugo. “Ética de las creencias y defensa legal”. *Ius et Praxis* n.º 2 (2015).
- . “La defensa de un culpable: una justificación moral”. *Isonomía*, n.º 37 (2012): 17-60.
- Wasserstrom, Richard. “Lawyers as Professionals: Some Moral Issues”. *Human Rights* 5, n.º 1 (1975): 1-25.

PRIMERA PARTE
EDUCACIÓN

CAPÍTULO I

ÉTICA Y EDUCACIÓN JURÍDICA*

JUNY MONTOYA VARGAS

INTRODUCCIÓN

En términos generales, lo que la formación ética aporta a los futuros abogados es la diferencia entre actuar como profesionales y actuar como mercenarios. Y eso es algo que se puede y se debe enseñar. A los futuros profesionales se les puede enseñar qué es una profesión (por qué la expresión “delincuente profesional” carece de sentido), cuáles son los valores intrínsecos de la profesión de abogado y cuáles son los deberes específicos de la profesión. A lo largo de toda su formación, los futuros profesionales deberían comprender en profundidad cuáles son los valores que su profesión está llamada a promover y cómo intervienen en cada una de las áreas del derecho y de las distintas formas del ejercicio profesional.

Para dar un ejemplo, en nuestro ordenamiento jurídico se espera que los abogados puedan adelantar sus causas al mismo tiempo que se les pide colaborar con el sistema de justicia. Enseñar esto es equivalente a entrenar el criterio para identificar en cada caso hasta dónde se puede ir en beneficio del interés del cliente y en dónde esta actuación deja de ser leal con el sistema de justicia y el interés general al que la abogacía sirve.

Hacer eso no solo es una cuestión de tener y ejercer el criterio, sino de contar con un compromiso moral con el deber de lealtad del abogado hacia el sistema de justicia. Comprender el alcance de ese principio, apropiarse de él y asumirlo como una responsabilidad de la profesión tendría que ser resultado de un proceso educativo en el que, de manera continuada, el estudiante viera que sus profesores, como representantes de la profesión, aplican ese principio como parte de lo que hacen y lo hacen evidente en lo que enseñan.

* Para citar: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.414>

Por el contrario, al enseñar de manera instrumental unos conocimientos que pueden ser puestos al servicio de cualquier fin, sin hacerse la pregunta por cuáles fines son más deseables o acordes con la profesión, la educación jurídica transmite un mensaje acerca de que no tiene nada de malo que sea el interés particular y no los fines de la justicia lo que guíe el ejercicio de la profesión. Para contrarrestar esto es poco lo que un curso de ética profesional puede hacer, ya que es más persistente el mensaje transmitido a través del currículo oculto de una facultad, junto con otros elementos como quiénes son los profesores, quiénes son los profesionales más admirados y respetados por la comunidad, qué imagen de éxito profesional se proyecta a través de los medios de comunicación y de la propia facultad, etcétera. Este estudio invita a profundizar en estas reflexiones, partiendo de un caso bastante representativo de “éxito profesional” en nuestro medio.

Veamos un caso típico en el que se presentan estas tensiones, que llamaremos “La ética no tiene nada que ver con el derecho”.

“La ética no tiene nada que ver con el derecho”

En marzo del 2015 se generó un escándalo mediático por las declaraciones de un “famoso” abogado colombiano, Abelardo de la Espriella, quien afirmó en un programa radial que la relación del derecho y la ética era inexistente. De la Espriella trató de aclarar su posición explicando que “el derecho no está determinado por la ética, sino por la normatividad vigente y cada quien ve si éticamente aplica lo que cree que deberían ser las cosas. En estricto sentido, la moral y la ética, que son lo mismo, no tienen nada que ver con el derecho”¹. Hizo estas declaraciones a propósito de su defensa del entonces magistrado de la Corte Constitucional colombiana Jorge Pretelt, acusado de recibir sobornos para la selección, revisión y decisión de ciertas acciones de tutela interpuestas por conglomerados financieros.

El caso del magistrado Pretelt, lejos de tratarse de un caso aislado, fue el primer incidente de lo que luego se vino a conocer como “el cartel de la toga” y que ocasionó que la propia justicia colombiana tuviera

¹ El caso se ha redactado a partir de varios artículos y notas de prensa, cuya relación puede encontrarse al final de este capítulo.

que llevar al estrado a algunos miembros de sus más altos tribunales. Desde el 2015, el ente acusador en Colombia, la Fiscalía General de la Nación, recopiló pruebas de cómo abogados y magistrados cobraron millonarias cifras de dinero a cambio de incidir en las decisiones de la Corte Suprema y en los procesos de la Fiscalía. El escándalo giró alrededor de dos importantes figuras, los magistrados Francisco Javier Ricaurte Gómez y José Leónidas Bustos. Estos promovieron y dirigieron una “organización criminal” a la que integraron al exfiscal anticorrupción, Luis Gustavo Moreno, al abogado Leonardo Pinilla y al exmagistrado Gustavo Malo Fernández. En conjunto con otras personas, se contactaban con personas de interés especial, ya fuera porque estaban siendo acusados de algún delito grave o porque tenían una investigación en curso en su contra. La estrategia, en términos generales, consistía en conseguir y utilizar información privilegiada que se tenía sobre los procesos para retardar los trámites, instrumentalizar a los medios de comunicación, restarles credibilidad a los testigos, alterar evidencias, etcétera, todo ello asegurando que las decisiones judiciales tuviesen una incuestionable apariencia de legalidad.

Los “clientes” eran importantes figuras del panorama político colombiano, quienes cometieron distintos delitos en ejercicio de sus poderes políticos. Entre estos casos, resaltan los de los congresistas Álvaro Ashton y Musa Besaile, y los gobernadores Alejandro Lyons y Juan Carlos Abadía Campos, entre otros. Los clientes del “cartel de la toga” estaban siendo requeridos por una variedad de delitos, como complicidad con las Autodefensas Unidas de Colombia (paramilitarismo), peculado por apropiación, soborno y lavado de activos. Los miembros del cartel fueron muy diligentes a la hora de contactar a sus clientes e insistirles en que debían realizar los pagos de grandes sumas de dinero a cambio de que la suerte de sus procesos los beneficiase.

El cartel vio su fin en el 2017 cuando se revelaron las investigaciones en contra del fiscal anticorrupción, Gustavo Moreno, y este fue rápidamente extraditado a los Estados Unidos de América para que se surtiese un proceso en su contra por soborno. Al final se conocieron las prácticas irregulares de los magistrados mencionados y sus “clientes” colaboraron con la justicia para reconstruir el *modus operandi* de la organización criminal.

El escándalo puso en tela de juicio, entre otras cosas, la formación ética que reciben los estudiantes de Derecho en Colombia. La preocupación

llevó a los decanos de las principales facultades de Derecho del país a suscribir un documento titulado “Justicia Transparente”. En el comunicado muestran su preocupación por la crisis de legitimidad por la que atraviesa la administración de justicia y en general la profesión del derecho. Las universidades firmantes anotaron que tampoco se podía obviar el esfuerzo de quienes honesta y transparentemente cumplen funciones judiciales. El documento parte de la premisa de que el derecho y su práctica deben realizarse con honestidad y transparencia y que ambos valores deben hacer parte del componente ético en la formación de abogadas y abogados.

Por esta razón, la declaración propuso como antídoto a la crisis de la rama judicial el fortalecimiento de la formación ética y cívica de los abogados. En este sentido, las universidades reconocieron su responsabilidad frente a estas conductas, puesto que, al menos en parte, son el resultado de la falta de un fuerte componente ético en la formación de sus abogadas y abogados. Por ello anunciaron que llevarían a cabo esfuerzos comunes para transformar la forma en que se enseña y practica el derecho desde una perspectiva ética, que responda a los valores de honestidad y transparencia, que hacen parte de la noción ideal de abogado. Las universidades suscribientes del documento se comprometieron con la implementación de las mejores prácticas para tal fin y a compartirlas con el propósito de difundirlas dentro de la academia y la profesión jurídica.

Paradójicamente, cuatro años más tarde, mientras la autora trabajaba en este texto, la Corte Suprema solicitó al Consejo Superior de la Judicatura que investigara al abogado De la Espriella por faltas a la ética de la profesión al haber insultado vía Twitter a la congresista Ángela María Robledo, tras haber concluido la conciliación en un proceso por injuria y calumnia contra ella. Esto escribió el abogado en su cuenta de Twitter:

#ÁngelaRobledoSeRetracta | @angelamrobledo, otra bocona que tiene que tragarse sus palabras, ante la denuncia que presenté como apoderado de la Dra. Elvira Forero en la Corte Suprema de Justicia. Ahí están pintados los mamertos, tiran la piedra y esconden la mano! (A.D.L.E.).

Y así resumió Robledo la situación en su propia cuenta de Twitter:

Furioso está @DELAESPRIELLA, él que ha dicho que la ética nada tiene que ver con el derecho y viene la Corte Suprema y pide investigar su ética profesional.

DEBATES TEÓRICOS

Relaciones entre ética, derecho y educación jurídica

Es casi un lugar común criticar la calidad y pertinencia de la educación jurídica en el contexto latinoamericano, por razones que van desde la falta de adecuada preparación para la práctica hasta la débil formación ética que ofrece a los futuros profesionales². En este apartado retomamos la pregunta de cuál es la contribución que la enseñanza de la ética profesional del abogado puede hacer a la educación jurídica. En el intento de responderla, podemos hacer un aporte a la reflexión acerca de los principales desafíos éticos que la educación jurídica enfrenta en nuestra región. Algunos de estos desafíos, por supuesto, pueden existir en otros lugares, pero tienen un significado particular en nuestro contexto.

Las primeras cuestiones que debemos abordar son cuál debe ser el lugar de la ética en la educación jurídica y cuáles serían el currículo y la pedagogía adecuados y útiles para el ejercicio de la profesión. La respuesta no es en absoluto pacífica, ya que existe una discusión sobre si se debe enseñar a los futuros abogados a tomar decisiones basadas en criterios éticos o si lo que hay que enseñar como valor fundamental es el apego a la legalidad, que sería el corazón ético de la profesión jurídica. En nuestro contexto, tiene sentido preguntarse por el alcance del deber moral de obedecer el derecho frente a la posibilidad de usar la ley, su opacidad o sus vacíos para obtener cualquier tipo de fin no sometido a ningún tipo de criterio ético.

El caso presentado en la introducción de este capítulo puede analizarse desde distintas perspectivas. En primer lugar, podría ser objeto de un ejercicio de teoría jurídica que tratara de dar cuenta de las distintas posiciones que existen en torno a las relaciones entre derecho y ética, o entre derecho y moral. Esa sería una aproximación propia de un manual de introducción al Derecho o, más específicamente, de un texto sobre ética jurídica, que suele ser la disciplina que aborda ese problema

² Juny Montoya, “The current state of legal education reform in Latin America: A critical appraisal”, *Journal of Legal Education* 59 (2009): 545.

y del que suelen ocuparse los cursos del mismo nombre en los programas de Derecho.

Sin embargo, dado que este libro pretende orientar la enseñanza de la ética profesional del abogado, y que esta sección en particular se ocupa de la educación jurídica, proponemos abordar el problema de cuál es y cuál debería ser el papel de la ética en la educación jurídica; en otras palabras, proponer entender desde un punto de vista educativo cuál es el mensaje que estarían transmitiendo las facultades de Derecho, explícita e implícitamente, para que un abogado exitoso en el ejercicio de su profesión pueda afirmar, como afirmó De la Espriella, que “La ética no tiene nada que ver con el derecho”. Considero que este caso no se debe abordar como un problema sobre la moralidad ni sobre el profesionalismo del protagonista, sino que, en el fondo, este caso revela un problema con la forma de entender, de enseñar y de practicar el derecho que se transmite a través de la educación jurídica a los futuros abogados.

La tesis de este capítulo es que independientemente de si se acoge la tesis de la vinculación o la tesis de la separación entre derecho y moral desde el punto de vista de teoría jurídica, el mensaje que transmiten las facultades de Derecho a sus estudiantes es el siguiente: “El derecho es una cosa, la moral es otra, y a partir de ahora solo nos ocuparemos del derecho, que es lo que le importa a un abogado”. Sin intentar abordar el problema teórico con la profundidad que lo requiere, lo cual está justificado por el propósito de este texto, este mensaje es independiente de cuál sea la tesis de teoría jurídica que se acoja porque, en el caso de la separación, la tesis es idéntica al enunciado que comentamos –“el derecho y la moral son dos cosas distintas y separadas”–, y, en el caso de la tesis de la vinculación, el enunciado es distinto pero la conclusión práctica es parecida: “El derecho ya contiene los principios morales necesarios para su interpretación y aplicación; por lo tanto, solo hay que ocuparse del derecho. A partir de aquí, de ética solo se hablará en el curso de ética”.

Insisto en que esta no es una tesis de teoría jurídica que alguien esté dispuesto a defender, sino una forma de sintetizar el mensaje educativo que se destila de la práctica de la educación jurídica: después de abordar la pregunta sobre la relación entre derecho y moral en un curso de introducción o en un curso de ética jurídica, el resto de los estudios de derecho consiste mayoritariamente en el estudio del derecho vigente en cada una de las disciplinas jurídicas. La pregunta por la justicia y, en general, por los valores que subyacen a las instituciones jurídicas vigentes

no suele formar parte de la formación del abogado y mucho menos la pregunta por los valores que debe orientar la práctica del abogado o por los bienes internos de la profesión que deberían prevalecer en la producción, interpretación o aplicación del derecho.

Qué se enseña y cómo se enseña en las facultades de Derecho

Sobre qué y cómo se enseña hice una valoración hace unos años, que sigue hoy siendo válida:

Un programa de estudios formalista, centrado en el estudio de las normas vigentes y aislado de los aportes de las demás ciencias sociales, como el que predomina en América Latina, contribuye de manera importante en la producción de técnicos jurídicos con poca conciencia acerca de su papel en la sociedad y del papel que al Derecho le cabe en el mantenimiento o en el mejoramiento de las condiciones que caracterizan a nuestras sociedades [...] Estudiar derecho es estudiar un sistema coherente y autofundado de normas cuyos fines se dan por supuestos o cuya consideración simplemente se ignora [...] la orientación general de los estudios de derecho percibe la interdisciplinariedad y el estudio del contexto del derecho como periférico es decir como adicional frente a un centro conformado por normas y doctrinas que se autofundamentan, o como un conjunto de herramientas técnicas (neutras) que se pueden poner al servicio de cualesquiera intereses que se quiera representar³.

Los rasgos que se destacan en esta caracterización de la enseñanza del derecho son el formalismo jurídico, el estudio del derecho como equivalente al estudio del derecho positivo y el aislamiento del derecho del resto de las ciencias sociales. Para efectos del tema que nos ocupa resulta necesario mirar en detalle un rasgo en particular, es decir, la idea de que el derecho se estudia como un conjunto de normas técnicas que producen resultados sin importar al servicio de qué fin.

³ Juny Montoya, “Educación jurídica en América Latina: dificultades curriculares para promover los temas de interés público”, en *El otro derecho. La educación legal y la garantía de los derechos en América Latina* (2009): 29-42.

La consecuencia directa de enseñar el derecho como un conjunto de conocimientos técnicos sin restricciones axiológicas es que, en la práctica, los estudios de derecho se constituyen en un entrenamiento para la formación de “mercenarios”, de soldados para cualquier causa si los honorarios son buenos, a través del desarrollo de lo que podríamos llamar una actitud de “cinismo moral”. Me atrevo a afirmar que esto es así porque el desarrollo de la capacidad de argumentación no se da en paralelo con el desarrollo de la capacidad de deliberación ética de los futuros abogados, porque la ética está ausente del currículo y porque las pedagogías empleadas o son memorísticas o están orientadas de manera instrumental al desarrollo de habilidades de argumentación, pero no de comunicación ni de discernimiento ético.

Sobre la ausencia de la ética en el currículo, por ejemplo, cuando los estudiantes estudian derecho procesal, lo normal es que no se haga consideración alguna sobre el deber de lealtad que tiene el abogado con el sistema de justicia, sino que simplemente se estudien las normas procesales como un conjunto herramientas que pueden ser usadas a discreción para obtener los resultados esperados. Eso cuando no se les informa directamente a los estudiantes sobre los posibles usos de esas herramientas con fines desleales, como evitar ser notificado de una demanda, impedir la realización de una audiencia mediante excusas (dudosas), lograr el vencimiento de términos o la caducidad de las acciones. Por desgracia, muchos estudiantes y profesores consideran estas aplicaciones la “auténtica” preparación para la práctica por oposición a una visión “ideal”, es decir orientada por los principios del derecho procesal.

Mi argumento es el contrario: una adecuada preparación para la práctica sería una que le enseñara al futuro abogado a abordar de frente la cuestión y a resolver la tensión que existe entre servir a los intereses del cliente sin abandonar la lealtad hacia el sistema judicial y la prevalencia del interés público en el ejercicio de sus deberes como abogado. ¿Qué significa, en concreto, una defensa adecuada? Es una pregunta compleja, que se aborda en otra sección de este libro, pero de una enorme utilidad a la hora de preparar a los futuros abogados para una práctica responsable de la abogacía.

Sobre el exceso de énfasis en la memorización de normas ya se ha dicho bastante en las críticas a la educación jurídica, pero no sobra recordar lo poco eficaz que una educación memorística resulta a la hora

de pretender desarrollar competencias complejas como el pensamiento crítico, la capacidad de deliberación ética o la comunicación asertiva.

En cuanto a las pedagogías orientadas al desarrollo de habilidades parciales de comunicación, si bien los estudiantes reciben formación sobre cómo presentar sus argumentos, reciben poca sobre cómo escuchar activamente los argumentos de los demás. La formación en argumentación, que incluye el estudio de las falacias, los hace hábiles para identificar los fallos argumentativos de la contraparte, pero no para escuchar de manera empática lo que el otro tiene que decir. Mucho se dice sobre la necesidad de formar abogados que prevengan conflictos y no solo que vivan de los conflictos en los tribunales, pero ¿cómo puede contribuir a resolver conflictos alguien que no sabe escuchar a la contraparte? ¿Sería acaso un mal abogado uno que fuera entrenado en escucha empática?

Por otra parte, cabe preguntarse cuál es el mensaje formativo de la argumentación jurídica. ¿Aprender a argumentar o a contra argumentar cualquier cosa, incluso cuando es contraria a las propias convicciones, o al propio sentido de justicia, no equivale a formarse como un cínico moral? Esta es una reflexión pendiente en el contexto de la enseñanza de la argumentación jurídica.

Cuál es el lugar de la ética profesional en la educación jurídica actual

En la educación jurídica actual, la ética se aborda como conocimiento teórico en los cursos del área de teoría jurídica, particularmente en Introducción al Derecho, Ética Jurídica y Teorías de la Justicia, como ya se mencionó. Sin embargo, esos cursos no se ocupan de la ética profesional del abogado. El estudio de esta queda relegado exclusivamente, cuando existe, a un curso de Ética, Deontología o Responsabilidad Profesional cuyos contenidos varían de universidad a universidad, pero cuyo centro suele ser el estudio del código disciplinario del abogado. A nuestro juicio, enseñar el código deontológico de la profesión, o para nuestro caso, el código disciplinario, desempeña un papel importante pero no suficiente para la formación ética de los futuros profesionales.

Los códigos de ética son ampliamente utilizados y criticados en los distintos ámbitos en los que se aplican. En primer lugar, los códigos de ética son criticados por su carácter corporativista, esto es, por obedecer

a una orientación más dirigida a proteger los intereses de la profesión que los de la comunidad a la que la profesión sirve⁴. También suelen ser criticados por su insuficiencia a la hora de orientar todas las acciones y conductas de los profesionales y, finalmente, son criticados por ser códigos más jurídicos que éticos y, por lo tanto, apelar más al miedo al castigo que a la motivación propia para la acción correcta. En términos kohlbergianos, se dirían que apelan a la heteronomía por oposición a la autonomía, que supone la capacidad de actuar orientado por principios libremente asumidos como propios⁵.

Beyerstein nos ayuda a aclarar, en primer lugar, la naturaleza del código de ética al afirmar que es un pronunciamiento sistemático de las reglas que gobiernan o deben gobernar una profesión⁶. Como regla general, el código representa el consenso dentro de la profesión (de ahí surge la preocupación por su carácter corporativista) y representa el estándar de actuación, esto es, lo que es esperable de la profesión.

Los códigos de ética cumplen cuatro funciones. En primer lugar, sirven de guía para el profesional acerca de qué debe hacer, en general; en segundo lugar, sirven para informar a los comités de ética acerca de cuáles acciones son sancionables por ser contrarias a los estándares de la profesión; en tercer lugar, sirven para informar a los clientes sobre qué pueden esperar de un profesional y, en cuarto lugar, sirven para informar a otros profesionales sobre qué pueden esperar de esta profesión⁷.

El punto clave del aporte de Beyerstein es su aclaración acerca de la principal limitación de los códigos de ética: los códigos no sirven para resolver dilemas morales⁸. Los códigos están hechos para ser guías generales de acción mediante normas y reglas, y funcionan bien en ese sentido para orientar la mayor parte de las acciones, pero no para las decisiones difíciles. Los códigos no sirven para dirimir los conflictos en

⁴ Augusto Hortal, *Ética general de las profesiones* (Bilbao: Desclee De Brouwer, 2002).

⁵ Lawrence Kohlberg, *The Philosophy of Moral Development. Moral Stages and the Idea of Justice* (San Francisco, CA: Harper & Row Pubs, 1981).

⁶ David Beyerstein, "The Functions and Limitations of Professional Codes of Ethics", en *Applied Ethics: A Reader*, editado por Earl R. Winkler y Jerrold R. Coombs (Cambridge: Blackwell, 1993).

⁷ *Ibíd.*

⁸ *Ibíd.*

los que se enfrentan dos guías acción, que es justo en lo que consiste un dilema ético. Por su parte, una teoría ética es un conjunto de principios o valores que ofrecen una justificación acerca de lo que debemos hacer. En consecuencia, un dilema ético se resuelve a partir de una teoría que da cuenta de cuál debe preferirse entre dos valores o principios enfrentados.

Qué se debe enseñar: ética profesional a través del currículo

El Centro de Ética Aplicada (CEA) de la Universidad de los Andes ha desarrollado un modelo de formación ética que hemos denominado “transversal”. *Transversal* puede tener muchos significados distintos y, de hecho, las universidades que han adoptado el proyecto de enseñar “ética a través del currículo” desarrollan proyectos educativos muy distintos bajo esta misma denominación en la práctica.

Davis identifica cinco maneras de comprender la ética a través del currículo: (1) moralidad a través del currículo; (2) teoría moral a través del currículo; (3) ética social a través del currículo; (4) ética desde los distintos currículos y (5) ética profesional a través del currículo⁹. La primera alude a la formación en valores; la segunda, al estudio de la ética como disciplina filosófica; la tercera, al estudio de problemas éticos de la sociedad; la cuarta, al estudio de los problemas propios de las éticas aplicadas; y la quinta, al estudio de los asuntos éticos propios de cada disciplina.

Nuestro concepto de *ética a través del currículo* en el contexto de la formación jurídica implica que todas las materias del programa y todas las experiencias educativas, más allá de las clases, deben educar éticamente a los estudiantes en relación con su responsabilidad como estudiantes de Derecho, como ciudadanos y como futuros profesionales del Derecho. Este sentido de la ética transversal no es incompatible con el hecho de que haya cursos que específicamente se orientan al estudio de la ética profesional del abogado, de hecho, se trata de proyectos complementarios. Lo que sí excluye, de entrada, es la reducción de la formación

⁹ Michael Davis, “Moral Theory in Ethics Across the Curriculum?”, en *Ethics Across the Curriculum - Pedagogical Perspectives*, editado por Elaine E. Englehardt y Michael S. Pritchard (Cham, Switzerland: Springer, 2018), 41.

ética de los futuros profesionales al espacio de un único curso de ética profesional en el currículo.

La enseñanza de la ética a través del currículo también adopta otros sentidos de lo transversal: por un lado, supone la posibilidad del desarrollo moral a lo largo de los años de universidad. Posibilidad que encuentra fundamento en la investigación. En este sentido, hablamos de aprendizaje moral a lo largo de la vida, esto es, un proceso que comienza en la infancia y se desarrolla durante toda la existencia del individuo, siendo el aporte de la universidad clave, aunque no suficiente para garantizar la actuación ética de los futuros profesionales¹⁰.

En otro sentido, *transversal* alude a la necesidad de trabajar en todos los ámbitos de la existencia humana: personal, académico, profesional y ciudadano. La formación ética en la universidad no puede centrarse solo en la ética profesional, ya que las personas no se encuentran escindidas en compartimentos estancos y además porque muchas de las decisiones difíciles de la vida profesional suponen encontrar alguna forma de armonizar o de priorizar si hace falta los mandatos de la ética profesional frente a los de la ética personal o ética común cuando estos no coinciden¹¹.

Como se puede ver, este alcance tan amplio de la ética transversal involucra varios de los sentidos enunciados por Davis: la formación en valores personales, académicos, ciudadanos y profesionales; la comprensión de distintas teorías éticas; la aplicación de esas teorías para el análisis de problemas sociales que deben ser abordados de manera inter y transdisciplinar; y, por supuesto, los valores, principios, cánones y reglas que orientan el ejercicio de la profesión de abogado/da¹². Solo este último es en estricto sentido el contenido de la ética profesional.

Por su parte, la ética profesional, como proyecto transversal al currículo de Derecho, debe diseñarse y llevarse a cabo de tal forma que enfrente a los estudiantes para que puedan reconocer los dilemas que hacen parte del día a día del ejercicio de la profesión en todas sus facetas. Sin embargo, no es suficiente con que los reconozcan: tienen también que

¹⁰ Deborah L. Rhode, "Ethics by the pervasive method", *Journal of Legal Education* 42, n.º 1 (1992): 31-56.

¹¹ David Luban, "Professional Ethics", en *A Companion to Applied Ethics*, editado por Raymond G. Frey y Christopher H. Wellman (Malden, MA: Blackwell, 2003).

¹² Davis, "Moral Theory in Ethics Across the Curriculum?".

desarrollar la capacidad de deliberar sobre cuál es la mejor manera de resolverlos, desde un punto de vista ético, teniendo en cuenta las consecuencias de las distintos cursos de acción para todos los involucrados, y, sobre todo, deben desarrollar el carácter necesario para actuar conforme a la que consideren la decisión correcta: “La responsabilidad social de las universidades consiste en preparar a los estudiantes para decidir por sí mismos cómo resolver los conflictos entre lo individual y lo colectivo, entre lo jurídico y lo ético, entre lo legal y lo justo, cuando la vida profesional los ponga frente a esa ineludible necesidad”¹³.

Hace varios años la profesora Rhode viene proponiendo un currículo “extendido” para la enseñanza de la ética profesional del abogado: En primer año, como parte de un curso de introducción a la profesión o al procedimiento civil, debería ofrecerse una fundamentación en ética que incluiría el código de ética, la regulación de la profesión y conceptos básicos propios de los distintos roles profesionales. También deberían incluirse las principales tradiciones de la teoría moral y sus críticas contemporáneas, así como su aplicación a dilemas profesionales concretos. Esta introducción debería permitirles a los estudiantes participar en discusiones informadas en otros cursos. Lo cual supone –añadimos nosotros– que en los otros cursos del programa se ofrezcan dichas oportunidades de discusión. En un momento más avanzado de la carrera debería ofrecerse un curso centrado propiamente en la *responsabilidad profesional*, ya sea en un curso con ese título, o en otros cursos, como Procedimiento Penal, Defensa Judicial o Negociación, o en un consultorio jurídico (“clínica” jurídica) u otro programa de desarrollo de habilidades¹⁴.

En sintonía con el método “extendido” (*the pervasive method*) propuesto por Rhode, la estrategia del CEA, denominada “cursos épsilon”, consiste en que los cursos disciplinares cuenten con un diseño pedagógico que garantice efectivamente que los estudiantes desarrollen su capacidad de discernimiento abordando los problemas éticos propios de cada disciplina, tanto en el ámbito conceptual como en el ejercicio de esta¹⁵. Esto supone no solo la elección de ciertos temas, sino el diseño

¹³ Montoya, “Educación jurídica en América Latina”.

¹⁴ Rhode, “Ethics by the pervasive method”, 25.

¹⁵ *Ibíd.*

de actividades de enseñanza, aprendizaje y evaluación adecuadas para el logro de los objetivos de formación ética propuestos.

Qué debe contener un curso de ética profesional

De alguna manera, este manual es una respuesta a esa pregunta. Sin pretender hacer un cubrimiento exhaustivo de los temas de la ética profesional, consideramos que el secreto profesional, los conflictos de interés, el significado y alcance de una buena defensa, la abogacía por los desprotegidos y la regulación de la profesión son temas centrales de la ética profesional que tradicionalmente no reciben el tratamiento detallado que requerirían, en parte por falta de materiales adecuados para su estudio. En estos temas una vez más los códigos que regulan la profesión del abogado muestran su inadecuación ya que no los abordan o cuando lo hacen se quedan en un nivel muy general.

Además, hay una serie de reflexiones básicas que deberían hacer parte del currículo de ética profesional, ya sea que se aborde en el contexto de un curso con este nombre o de manera transversal en el currículo: qué significa que el derecho sea una profesión, cuál es la relevancia social de la profesión, qué privilegios y responsabilidades se derivan de ese estatus, cuáles son los bienes intrínsecos de la profesión del abogado, cuáles son los principios que rigen el ejercicio de las profesiones en general y del derecho en particular.

De especial relevancia resulta en este contexto el concepto de profesionalismo: “Poner las necesidades naturales de hacer bien el trabajo por encima de los intereses comerciales”¹⁶. El concepto de *profesionalismo* se opone a la imagen del abogado como mercenario¹⁷. Esto es, a la idea de que el abogado solo está al servicio del interés del cliente y que no tiene que ocuparse de nada más, lo cual de paso le sirve al abogado como excusa para perseguir lo que en realidad es su propio interés, esto es, el beneficio económico que se desprende de ser un abogado que obtiene éxito a toda costa.

¹⁶ Fuller en Hortal, *Ética general de las profesiones*.

¹⁷ Michael I. Krauss, “The lawyer as limo: A brief history of the hired gun”, *University of Chicago Law School Roundtable* 8, n.º 2 (2001): 325.

También se debe propiciar la reflexión no solo sobre los medios, sino también sobre los propios fines que se persiguen, por lo cual resulta relevante abordar la pregunta por la responsabilidad del abogado por la justicia de los casos que decide llevar. Aunque de manera general resulte sano mantener la separación entre la moralidad del cliente y la del abogado, estamos de acuerdo con Kennedy cuando plantea que la primera decisión ética que toma un abogado consiste en la elección de las causas que adelantará y por lo tanto resulta pertinente despertar en los futuros abogados la sensibilidad necesaria para que se hagan siempre la pregunta por la justicia de la causa que un potencial cliente les presenta¹⁸.

No se trata solo de ver si es viable la acción, si podemos tener éxito, si hay algún camino jurídico que conduzca a obtener la pretensión del cliente, sino que es necesario preguntarse si vale la pena perseguir esa pretensión. Esta es una pregunta ética, no jurídica. No se resuelve con decir que se trata de una acción válida dentro del derecho, que todo el mundo tiene derecho a la defensa o que, si no lo hago yo, lo hará otro. El abogado debe preguntarse si es una petición justificada desde un punto de vista ético. Las facultades de Derecho callan sobre este asunto y los abogados lo resuelven fácilmente en la práctica: si es legal, es correcto.

El currículo de ética profesional debería también presentar prácticas ejemplares a los estudiantes, profesionales que representen un modelo de éxito profesional no necesariamente asociado al máximo de lucro posible, sino que permitan imaginarse que vale la pena ejercer la profesión con dignidad y decoro. Muchas veces las clases de ética profesional son la oportunidad para discutir los casos más sonados de corrupción y deterioro del carácter de la profesión, pero debemos hacer un esfuerzo consciente por hacer ver a los estudiantes que es posible ejercer la profesión con dignidad. La falta de buenos ejemplos lleva a los estudiantes a pensar que una vida profesional ética es en realidad un ideal inalcanzable.

Como ya hemos dicho, aparte de los contenidos propios de los cursos de ética profesional, la idea de que la ética es transversal supone la necesidad de permear el currículo de preguntas tales como cuáles son los dilemas propios del ejercicio de la profesión en cada una de las disciplinas jurídicas, cuáles son los valores que rigen la creación, interpretación

¹⁸ Duncan Kennedy, "The Responsibility of Lawyers for the Justice of Their Causes", *Texas Tech Law Review* 18 (1987): 1157-1163.

y aplicación de las normas jurídicas en cada una de ellas, qué tipo de defensa penal es consistente con los deberes morales de la profesión, cuáles estrategias procesales son leales con el sistema de justicia, cuáles prácticas del derecho laboral son consistentes con los derechos fundamentales y cuáles no, etcétera.

Cómo enseñar ética profesional

La resistencia que se presenta frente a la enseñanza de la ética en la universidad, que a menudo se formula como “enseñar ética en la universidad no sirve para nada”, es en el fondo una crítica a la forma en que comúnmente se enseña la ética en la universidad: ya sea como un comentario al código disciplinario de la profesión o como un conjunto de ideas descontextualizadas sobre las teorías éticas de difícil aplicación o con una aplicación difusa a casos hipotéticos cuya relevancia para el ejercicio de la profesión también resulta difusa.

Lo que se propone al hablar de *educación ética* no es dictar, y mucho menos predicar, lo que está bien y lo que está mal a los alumnos, o dictar listados de deberes morales o simplemente exhortar a los estudiantes mediante discursos a adoptar un cierto comportamiento ético. Lejos de ello, lo que se propone es el desarrollo de comprensiones, habilidades y disposiciones, es decir, de competencias éticas. Esto solo se logra a través de la aplicación y adaptación de pedagogías activas, lo cual supone hacer participar a los estudiantes en experiencias de aprendizaje que los involucren de manera integral y que, por lo tanto, tienen un potencial educativo y transformador en sí mismas, no porque los animen a hacer ciertas cosas, sino porque les permiten vivir ciertas experiencias que son en sí mismas transformadoras. En trabajos anteriores hemos identificado las principales estrategias para la enseñanza de la ética de manera general¹⁹. A continuación presentamos brevemente aquellas que consideramos más adecuadas para la formación ética de los abogados.

Entre las llamadas *pedagogías activas*, el enfoque de formación ética que ha tenido más incidencia en educación es el de Kohlberg (1981),

¹⁹ Juny Montoya, “Pedagogía de la ética”, *Anamnesis. Revista de Bioética* 10 (2015): 7-16.

quien propone la enseñanza de la ética mediante la resolución de dilemas en los que lo importante no es evaluar si la decisión en sí misma es o no “la” correcta, sino analizar el razonamiento moral que la respalda²⁰. Recordemos que un dilema moral es una situación en la que se debe tomar una decisión sin que haya una respuesta correcta. En el dilema se enfrentan dos valores o principios, ninguno de los cuales queremos sacrificar. El protagonista se enfrenta a una decisión trágica: cualquiera que sea la opción que tome supone renunciar a un bien presente en la otra opción. Las razones para resolver un dilema en un determinado sentido o en otro varían desde el miedo al castigo, el interés propio, la aceptación por el grupo, la norma social, el ideal de un contrato social, hasta la apelación a principios éticos universales.

¿Qué papel desempeña el derecho en esta escala de razonamiento moral? El derecho suele ocupar el lugar del miedo al castigo —la moral del hombre malo de Nino²¹ o la orden respaldada por amenazas de Austin²²—. Ahora bien: si se interiorizan sus principios y valores, y, en consecuencia, su obediencia, el derecho se asume como un deber moral y puede ocupar el lugar del contrato social o, incluso, el de los principios éticos universales.

Por su parte, al hacer seguimiento al tipo de razonamiento con el cual el estudiante pretende resolver el dilema, el educador ayuda al desarrollo de la capacidad de discernimiento del individuo en un proceso de maduración que va evolucionando desde la heteronomía hacia la autonomía y desde el interés propio como único criterio de acción hacia la apropiación de los principios éticos universales como guía para la toma de decisiones.

Analizar dilemas morales de esta manera sirve para desarrollar habilidades como la de reconocer dilemas éticos presentes en las situaciones profesionales, identificar los valores, principios e intereses enfrentados; identificar alternativas de solución e incluso diseñar nuevas alternativas; razonar acerca de la justificación de las alternativas desde un punto de

²⁰ Lawrence Kohlberg, *The Philosophy of Moral Development. Moral Stages and the Idea of Justice*.

²¹ Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del derecho* (Barcelona: Ariel, 1991).

²² John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (Indianapolis: Hackett, 1832).

vista ético; tomar decisiones éticas razonadas; y argumentar y evaluar decisiones éticas, entre otras posibilidades.

Otra estrategia pedagógica que genera un gran involucramiento activo de parte de los estudiantes son los debates sobre temas controvertidos. Son temas controvertidos aquellos sobre los que no hemos logrado un acuerdo como sociedad o en los que las normas van por un lado y la cultura por otro o aquellos que distintas sociedades tratan de distinta manera (relativismo sociológico). Ejemplos clásicos de temas controvertidos son el aborto, la eutanasia, la legalización de las drogas, la justificación de la guerra, el ingreso mínimo universal, los derechos de los animales, etcétera.

Los debates sirven para que los estudiantes aprendan a argumentar su posición, a evaluar argumentos desde un punto de vista ético y, dependiendo de cómo se oriente el debate, también pueden servir, aunque normalmente no lo hagan, para desarrollar competencias comunicativas tales como la comunicación asertiva, la escucha activa, la diversidad de perspectivas (“multiperspectivismo”) y la tolerancia hacia las posiciones diferentes. Insistimos en que no todo debate desarrolla competencias comunicativas, más allá de las argumentativas. Lo hace, por ejemplo, cuando las reglas del juego exigen parafrasear al adversario, antes de expresar la opinión propia, o reconocer el mejor argumento del adversario²³, o cuando la pregunta orientadora no es “¿Quién tiene la razón?” o “¿Cuál es el mejor argumento?”, sino una pregunta que exige colaboración, del tipo “¿Cómo construimos entre todos la mejor solución?” o “¿Cuál sería una propuesta que tuviera en cuenta los argumentos presentados por todos?”²⁴.

Otra herramienta pedagógica poderosa es el uso de la literatura y el cine con propósitos de educación ética. El cine y la literatura a menudo presentan dilemas morales, pero, más allá de ello, nos ponen en contacto con otras personas, realidades y situaciones que experimentamos de manera vicaria y a las que difícilmente tendríamos acceso de manera directa. ¿Y para qué sirve esto? En los términos de Nussbaum, para activar la

²³ George Lind, *La moral puede enseñarse: Manual teórico-práctico de la formación moral y democrática* (Madrid: Trillas, 2007).

²⁴ Enrique Chaux, Juanita Lleras y Ana María Velásquez, *Competencias ciudadanas: de los estándares al aula. Una propuesta de integración a las áreas académicas* (Bogotá: Ediciones Uniandes, 2012).

“imaginación moral”²⁵. Esto es para el desarrollo de competencias empáticas: ponerse en el lugar del otro, no solo racional sino emocionalmente, sentir *con* otro, sentir *como* otro. En la literatura jurídica cabe destacar la obra de von Schirach, quien lleva al lector a adoptar el punto de vista de los criminales, en el entendido de que no son distintos a nosotros:

Yo cuento las historias de asesinos, traficantes de drogas, atracadores de bancos y prostitutas. Todos tienen su historia y no son muy distintos de nosotros. Nos pasamos la vida danzando sobre una fina capa de hielo; debajo hace frío, y nos espera una muerte rápida. El hielo no soporta el peso de algunas personas, que se hunden. Ese es el momento que me interesa. Si tenemos suerte, no ocurre nada y seguimos danzando. Si tenemos suerte²⁶.

Otra estrategia pedagógica valiosa para el aprendizaje de la ética profesional es la exploración de la presencia de la ética en la vida de los profesionales, ya sea a través de entrevistas o de revisión de biografías “ejemplares”. Durante muchos años mis estudiantes han hecho entrevistas a profesionales sobre los dilemas éticos que han enfrentado y cómo los han resuelto. A menudo los profesionales en ejercicio revelan tanto una falta de sensibilidad hacia los dilemas de la profesión (“yo no he enfrentado dilemas éticos”, como si reconocer un dilema fuera equivalente a reconocer que se ha cometido un delito o se ha incurrido en una práctica contraria al canon de la profesión) cuanto una falta de recursos para resolverlos (brillan por su ausencia el código de ética, las teorías morales y los principios de la profesión).

Aclarando que los casos ejemplares pueden serlo por buenos o por malos, y que se aprende mucho de los malos, vale la pena hacer un esfuerzo por poner a los futuros profesionales en contacto con modelos de vida, con personas que hayan hecho del ejercicio ético de la profesión su proyecto de vida y que al demostrar que se puede vivir una vida profesional ética inspiren a los futuros profesionales en ese sentido en lugar de reforzar la idea de que estamos rodeados de corrupción y la única

²⁵ Martha C. Nussbaum, *Poetic justice: the literary imagination and public life* (Boston, Massachusetts: Beacon Press, 1995).

²⁶ Ferdinand von Schirach, *Crímenes* (Barcelona: Salamandra, 2011).

forma de ejercer la profesión es participando en prácticas corruptas. En *Virtudes cercanas*, García Villegas²⁷ opta por el camino de los buenos ejemplos, presentando la vida de varios de sus amigos como encarnación de virtudes intelectuales y morales: Ciro Angarita, la perseverancia; Carlos Gaviria, la elocuencia; Juan Jaramillo, la justicia, para citar solo a los abogados incluidos en el libro.

Una manera más efectiva de atacar los vicios es hablando de las virtudes. La alabanza de lo bueno es más útil que la estigmatización de lo malo. Pero hablar de las virtudes en abstracto, como un catálogo de consignas para aprender, tampoco sirve de mucho. El terreno de lo virtuoso es el de los sentimientos, no el de las proclamaciones [...]. El buen ejemplo es una guía de comportamiento más fuerte que la moral o el derecho²⁸.

Por último, tendríamos como estrategia pedagógica lo que cabría llamar otras actividades experienciales. Si partimos de la concepción de *experiencia educativa* de Dewey, según la cual la condición para que una experiencia sea educativa es que ésta deje al estudiante mejor preparado para vivir y apreciar las experiencias futuras, esto supone poner a los estudiantes en situaciones reales o similares a las reales en las que tendrían que tomar decisiones con implicaciones para sí mismos y para otros²⁹. Casi todas las competencias éticas del futuro profesional se pueden desarrollar a través del aprendizaje experiencial (simulaciones, juegos de rol, aprendizaje basado en proyectos, aprendizaje en colaboración, etc.).

En el contexto de la educación experiencial, ocupa un lugar destacado el aprendizaje a través del servicio o aprendizaje-servicio, nombre bajo el cual se agrupan diversas prácticas de servicio solidario protagonizada por los estudiantes, destinada a cubrir necesidades reales de una comunidad, que se planifica de forma integrada con el currículo en función de mejorar la calidad de los aprendizajes³⁰. El aprendizaje-ser-

²⁷ Mauricio García Villegas, *Virtudes cercanas* (Bogotá: Ediciones Augusta, 2019).

²⁸ Ibid.

²⁹ John Dewey, *Experience and Education*, *John Dewey: The later works*, vol. 13, 1928.

³⁰ Nieves Tapia, “El aprendizaje-servicio en Argentina y América Latina: estado de la cuestión y perspectivas de desarrollo”, en 7.º *Seminario Internacional “Aprendizaje y Servicio Solidario”*, 2004, 122.

vicio se destaca en comparación con estrategias educativas más tradicionales por su capacidad de desarrollar un compromiso auténtico con la responsabilidad social y cívica, y la promoción de valores sociales³¹.

En el contexto de la educación jurídica, el aprendizaje-servicio toma la forma de consultorios jurídicos y clínicas de interés público, cuyo propósito es doble: “formar estudiantes que tengan las destrezas necesarias para actuar competente y éticamente en la práctica profesional y contribuir a elevar los niveles de justicia social de la comunidad política en la que están inmersos”³².

Aunque he tratado de presentar de manera muy práctica estas orientaciones pedagógicas y didácticas, considero importante cerrar esta sección con una breve consideración acerca de la dimensión política de mi propuesta pedagógica. Esta parte de reconocer una estrecha relación entre democracia, ética y educación jurídica. Y de pensar que es posible aportar a la profundización de la democracia a través de la educación y en particular de la educación jurídica. Las actividades de enseñanza y aprendizaje que propongo se basan, entre otras, en las ideas de John Dewey, para quien la democracia debe entenderse no solo como una forma de gobierno sino ante todo como una forma de vida compartida, la cual se aprende experimentando ambientes de aprendizaje de carácter democrático³³; espacios en los que el conocimiento está distribuido entre sus distintos miembros, donde todos podemos aprender de todos y en los que el profesor es un participante con más experiencia y conocimiento que le permite guiar a los demás, pero no es ni la única fuente de conocimiento, ni su autoridad consiste en sustentar el monopolio de la palabra, ni en controlar el cuerpo (silencioso) de los estudiantes. Cuando escucho a mis conciudadanos criticar las dificultades de cualquier proceso que incluya la participación de los involucrados con la expresión “Es que tanta democracia no funciona”, no puedo evitar pensar en lo profundamente antidemocráticos que son los ambientes en los que vivimos y en los que hemos sido educados todos. Cabe preguntarse,

³¹ Jay W. Brandenberger y Nicholas A. Bowman, “Prosocial growth during college: Results of a national study”, *Journal of Moral Education* 44, n.º 3 (2015): 328-45, <https://doi.org/10.1080/03057240.2015.1048792>.

³² Daniel Bonilla, *Consultorios jurídicos: educación para la democracia*, editado por Daniel Bonilla (Bogotá: Siglo del Hombre-Ediciones Uniandes, 2018).

³³ John Dewey, *Democracia y educación* (Madrid: Morata, 1997).

¿qué oportunidades de experimentar las ventajas y los retos de la democracia tiene durante su formación un estudiante de Derecho? ¿Por qué será que cuando tienen la posibilidad de participar en un proceso de representación estudiantil reflejan inmediatamente todos los vicios del clientelismo y de la mala política del país? ¿Acaso conocen otra forma de participar en política? ¿Se les ha permitido siquiera imaginar cómo puede ser posible una participación política sin politiquería? El potencial civilizador del derecho es enorme y la educación jurídica podría ser un espacio adecuado para que los estudiantes y futuros abogados vislumbraran ese potencial, pero para que eso sea posible, tenemos que diseñar ambientes de aprendizaje muy distintos de aquellos en los que tradicionalmente se ha dado la educación jurídica.

PREGUNTAS PARA REFLEXIONAR

- a. ¿Qué relaciones entre ética y derecho puede identificar en el caso que abre este capítulo?
- b. ¿Qué argumentos tendría en cuenta si estuviera considerando representar una causa que considera abiertamente injusta?
- c. Revise un código de ética del abogado o el equivalente en su país: ¿Es posible identificar principios generales de acción para el abogado? ¿Puede identificar normas de carácter corporativista? ¿Por qué lo son?

BIBLIOGRAFÍA

- Austin, John. *The Province of Jurisprudence Determined*. Indianapolis: Hackett, 1832.
- Beyerstein, Dale. "The Functions and Limitations of Professional Codes of Ethics", en *Applied Ethics: A Reader*, editado por Earl R. Winkler y Jerrold R. Coombs. Cambridge: Blackwell, 1993.
- Bonilla, Daniel. *Consultorios jurídicos: educación para la democracia*, editado por Daniel Bonilla. Bogotá: Siglo del Hombre-Ediciones Uniandes, 2018.
- Brandenberger, Jay W., y Nicholas A. Bowman. "Prosocial growth during college: Results of a national study". *Journal of Moral Education* 44, n.º 3 (2015): 328-45. <https://doi.org/10.1080/03057240.2015.1048792>.

- Chaux, Enrique, Juanita Lleras y Ana María Velásquez. *Competencias ciudadanas: de los estándares al aula. Una propuesta de integración a las áreas académicas*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2012.
- Davis, Michael. “Moral Theory in Ethics Across the Curriculum?”, en *Ethics Across the Curriculum - Pedagogical Perspectives*, editado por Elaine E. Englehardt y Michael S. Pritchard, 39-54. Cham, Switzerland: Springer, 2018.
- Dewey, John. *Democracia y educación*. Madrid: Morata, 1997.
- . *Experience and Education. John Dewey: The later works*, vol. 13, 1928.
- García Villegas, Mauricio. *Virtudes cercanas*. Bogotá: Ediciones Augusta, 2019.
- Hortal, Augusto. *Ética general de las profesiones*. Bilbao: Desclee De Brouwer, 2002.
- Kennedy, Duncan. “The Responsibility of Lawyers for the Justice of their Causes”. *Texas Tech Law Review* 18 (1987): 1157-1163.
- Kohlberg, Lawrence. *The Philosophy of Moral Development. Moral Stages and the Idea of Justice*. San Francisco, CA: Harper & Row Pubs, 1981.
- Krauss, Michael I. “The lawyer as limo: A brief history of the hired gun”. *University of Chicago Law School Roundtable* 8, n.º 2 (2001): 325.
- Lind, George. *La moral puede enseñarse: Manual teórico-práctico de la formación moral y democrática*. Madrid: Trillas, 2007.
- Luban, David. “Professional Ethics”, en *A Companion to Applied Ethics*, editado por Raymond G. Frey y Christopher H. Wellman. Malden, MA: Blackwell, 2003.
- Montoya, Juny. “Educación jurídica en América Latina: dificultades curriculares para promover los temas de interés público”, en *El otro derecho. La educación legal y la garantía de los derechos en América Latina*, 29-42, 2009.
- . “Pedagogía de la ética”. *Anamnesis. Revista de Bioética* 10 (2015): 7-16.
- . “The current state of legal education reform in Latin America: A critical appraisal”. *Journal of Legal Education* 59 (2009): 545.
- Nino, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1991.
- Nussbaum, Martha C. *Poetic justice: the literary imagination and public life*. Boston, Massachusetts: Beacon Press, 1995.
- Rhode, Deborah L. “Ethics by the pervasive method”. *Journal of Legal Education* 42, n.º 1 (1992): 31-56.
- Schirach, Ferdinand von. *Crímenes*. Barcelona: Salamandra, 2011.
- Tapia, Nieves. “El aprendizaje-servicio en Argentina y América Latina: estado de la cuestión y perspectivas de desarrollo”, en *7º Seminario Internacional “Aprendizaje y Servicio Solidario”*, 2004.

Artículos y notas de prensa

<https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-15378415>.
<http://www.urosario.edu.co/Periodico-NovaEtVetera/Justicia/Declaracion-de-los-decanos-de-las-facultades-de-de/>.
<https://www.elespectador.com/noticias/investigacion/el-embajador-de-la-india-de-la-justicia-articulo-700977>.
<https://www.elespectador.com/noticias/judicial/investigacion-contragustavo-moreno-por-corrupcion-aterrizo-en-la-corte-suprema-articulo-708329>.
<https://www.elespectador.com/noticias/judicial/gustavo-moreno-era-un-extorsionista-profesional-senador-musa-besayle-articulo-710493>.
<https://www.elespectador.com/noticias/judicial/francisco-ricaurte-del-cielo-al-infierno-articulo-714217>.
<https://www.elespectador.com/noticias/judicial/lyons-esta-pidiendo-dinero-por-callar-exfiscal-gustavo-moreno-articulo-714994>.
<https://www.elespectador.com/noticias/judicial/hasta-donde-llego-la-corrupcion-en-la-justicia-articulo-714663>.
<https://www.eltiempo.com/justicia/delitos/que-fue-el-cartel-de-la-toga-y-quienes-son-los-investigados-227456>.
<https://www.ambitojuridico.com/noticias/penal/penal/un-ano-del-cartel-de-la-toga-esta-es-la-situacion-de-los-vinculados>.
<https://www.las2orillas.co/la-etica-de-abelardo-de-la-espriella/>.
<https://www.pulzo.com/nacion/investigacion-abelardo-espriella-por-posibles-faltas-etica-PP655047>.

CAPÍTULO II

LA REFLEXIÓN ÉTICA EN LA PRÁCTICA JURÍDICA DE LOS ESTUDIANTES DE DERECHO EN COLOMBIA: NAVEGAR EN LA DICOTOMÍA ENTRE JUSTICIA INDIVIDUAL Y JUSTICIA COLECTIVA *

CAROLINA MORENO VELÁSQUEZ Y ESTEBAN HOYOS CEBALLOS

INTRODUCCIÓN

El presente estudio está dedicado a explorar la relación entre educación jurídica y ética, en el marco de la práctica jurídica que adelantan los estudiantes para recibir el título profesional en los cursos de consultorio jurídico, al final de la carrera. El siguiente caso recrea una situación en la que se presenta una serie de tensiones éticas propia de los escenarios de práctica como lo son los consultorios jurídicos y las llamadas “clínicas jurídicas”.

Un día cualquiera en un consultorio jurídico

Luisa es estudiante del consultorio jurídico y ha recibido un nuevo caso de derecho laboral. En la carpeta correspondiente solo hay un formato de apertura del caso con un relato bastante escueto de los hechos. El caso asignado trata de una mujer, migrante irregular, a quien su empleador despidió sin haberle pagado su liquidación de acreencias laborales y quien ni siquiera reconoce que haya existido una relación laboral entre las partes. Tal como lo muestra la carpeta del caso, la cliente no cuenta con ningún soporte para probar sus afirmaciones, más allá de lo que ella misma manifiesta.

* Para citar: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.415>.

Luisa se encuentra muy disgustada por la asignación de este caso, pues a pesar de haberlo estudiado juiciosamente, concluye que no hay nada que hacer; no hay cómo probar lo que su clienta manifiesta. Además, nota que el caso fue recibido desde antes de que ella entrara a cursar consultorio y se ha hecho muy poco en lo relativo a su gestión. Al parecer, todos los estudiantes del consultorio conocen la historia de su clienta, los detalles del caso y las peripecias que le ha tocado sortear a la señora desde su llegada a Bogotá.

Luego de conversar al respecto con su asesor, este la anima a no darse por vencida tan fácil y le aclara que, en todo caso, “hay una política desde la dirección del Consultorio Jurídico de llevar casos de mujeres migrantes”. Luisa continúa el estudio del asunto, pero le escribe un correo a la directora del Consultorio, expresando su inconformidad. En el correo, la estudiante señala que le han asignado un caso en el que no se puede hacer nada. De manera muy respetuosa, Luisa sugiere que “hay que poner la casa en orden”, pues en el consultorio muchas veces se reciben casos inviables, que lo único que hacen es malgastar el tiempo de los estudiantes, y que ella podría estar trabajando en otros casos en los que sí podría tener éxito y aprender.

El consultorio jurídico es, entre otras cosas, un ejemplo de trasplante de una institución educativa anglosajona a los países latinoamericanos. Desde la mirada de la corriente Derecho y Desarrollo¹, es posible identificar dos grandes momentos de reflexión y reforma orientados a la transformación de la cultura jurídica y la educación jurídica en Latinoamérica. El caso colombiano, en particular, es un claro ejemplo de un escenario receptor y replicador de ese proyecto modernizador que, desde el Norte y en dos momentos distintos, intentó renovar el ámbito de lo legal en el Sur, sin dejar por fuera, por supuesto, la educación jurídica.

En ambos momentos, la apuesta por la enseñanza práctica —“clínica” se suele decir— o experiencial del derecho ha tenido un papel fundamental. En esos dos impulsos reformistas, sus promotores han entendido que

¹ Según Trubek y Galanter, el movimiento de Derecho y Desarrollo es un campo de conocimiento enfocado en el estudio de la relación entre los sistemas legales y el desarrollo que tuvo lugar en los países del Tercer Mundo; véase Marc Galanter y David M. Trubek, “Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States”, *Wisconsin Law Review* 1974, n.º 4 (1974): 1062-1103.

la exposición de los estudiantes al ejercicio práctico del derecho, a partir de situaciones reales, con clientes reales y en escenarios de desempeño reales, contribuye de manera significativa a la formación jurídica de los futuros abogados² y, de contera, hace también un aporte notable a la transformación social y a la justicia social. Valores todos estos muy importantes en el marco de una sociedad democrática liberal y comprometida con el desarrollo.

Estos dos momentos, a su vez, explican dos apuestas o modelos de aprendizaje experiencial que aunque no se distancian totalmente, sí parecen tener, en teoría, una orientación distinta. Estos dos modelos de enseñanza/aprendizaje, con apuestas distintas, han condicionado el entendimiento y la aproximación que las facultades de derecho han tenido frente a la ética jurídica. Como se desarrollará a lo largo del presente escrito, esta dicotomía entre justicia individual y justicia colectiva, que responde a estos dos momentos de reforma de la educación jurídica, no solo ha compartimentado y malentendido la reflexión sobre las tensiones éticas de la profesión en el marco de la práctica jurídica, sino que nos ha distraído de los debates y cuestiones realmente importantes.

En el presente escrito pretendemos mostrar los desaciertos o efectos no deseados que ha generado la oferta de dos modelos inconexos de práctica jurídica disponibles para los estudiantes de las facultades de Derecho en Colombia. En nuestro contexto educativo experiencial, la cuestión ética, cuando lo hace, aparece *ex post*, de manera muy marginal y no constituye un cimiento estructural en la formación práctica de los abogados. En este escrito plantearemos que existen varios tipos de tensiones éticas que emergen a partir de la puesta en marcha de espacios de práctica jurídica para los estudiantes próximos a graduarse como abogadas y abogados.

Estas tensiones éticas tienen que ver con las relaciones que se establecen en el marco de la práctica jurídica, tales como: los centros de práctica y sus estudiantes practicantes; la relación entre docentes supervisores de la práctica y los estudiantes practicantes; el conocimiento que en dicho marco de práctica se produce y la interacción de los centros de práctica y el medio externo. En otras palabras, corresponden a

² Deborah L. Rhode, “Legal Ethics in Legal Education”, *Clinical Law Review* 16 (2009): 53; Donald Nicolson, “‘Education, education, education’: Legal, moral and clinical”, *The Law Teacher* 42, n.º 2 (2008): 165.

los dilemas éticos que surgen para los estudiantes a partir del ejercicio real de la profesión que realizan. A lo largo del presente trabajo mostraremos que la reflexión ética no está dada por el tipo de práctica jurídica –individual o de interés público/colectivo– sino por las particularidades del caso cuya representación asume el estudiante practicante y por el tipo de supervisión o acompañamiento que el escenario de práctica ofrece a los estudiantes.

Es necesario hacer una advertencia antes de continuar con la discusión propuesta, relativa a la forma como entenderemos y usaremos el concepto de *educación jurídica clínica* en el presente escrito. Es así como, para los efectos de este trabajo, entenderemos la educación jurídica clínica: como un espacio de práctica o trabajo experiencial en el que los estudiantes de los dos últimos años de la carrera de Derecho, en Colombia, tienen la oportunidad de un ejercicio real de la profesión jurídica, asumiendo la representación de clientes reales ante autoridades de distinta índole, de acuerdo con las competencias normativas que regulan la materia.

Entendemos el concepto de *educación jurídica clínica* como un “concepto paraguas”, capaz de cubrir tanto la práctica que los estudiantes hacen en los consultorios jurídicos tradicionales como aquella en las llamadas “clínicas jurídicas”. Esto, que parece un asunto obvio, resulta imperioso en cualquier estudio sobre educación clínica en el escenario colombiano, toda vez que la categoría “clínica jurídica” ha sido apropiada por los espacios de práctica que surgieron en Colombia y en el continente latinoamericano a partir de los años noventa, seducidos por el llamado “litigio de interés público”. Esto significó que la educación clínica, que en Colombia ya tenía una tradición importante, sufriera un freno teórico y práctico, impidiendo cualquier reflexión amplia y una reforma o actualización del modelo de práctica existente.

En síntesis, aunque la literatura sobre educación jurídica clínica admite distintas modalidades de práctica³ en las que cabe la atención de casos individuales y colectivos, también llamados “de interés público”, lo que es cierto es que en Colombia la palabra “clínica” es reconocida únicamente a las prácticas jurídicas que se dedican al litigio colectivo o de interés público. Dicho de otro modo, aunque los consultorios

³ Al respecto, véase Frank S. Bloch, “The Andragogical Basis of Clinical Legal Education”, *Vanderbilt Law Review* 35 (1982): 326.

jurídicos son claramente escenarios de educación experiencial clínica, la comunidad jurídica colombiana no lo entiende así. Esta dicotomía tan propia del contexto legal colombiano empantana cualquier discusión que quiera darse sobre la educación jurídica clínica si no se advierte de esta ambigüedad.

En el presente escrito pretendemos reubicar la educación jurídica clínica en el lugar adecuado, tanto en un nivel teórico como en uno práctico; un lugar que se acompase con la literatura en la materia y que permita también, desde una mirada más global, entender lo que la práctica jurídica en el marco de consultorios y clínicas de facultades de Derecho significa para el proceso formativo de los estudiantes, para las responsabilidades sociales de la profesión y para el acceso a la justicia, en especial para las personas más vulnerables de la sociedad⁴. Todas estas cuestiones están conectadas con una serie de asuntos éticos en distintos grados, tal como lo señalamos anteriormente, y que queremos presentar en esta contribución. Nuestro propósito es mostrar la apremiante necesidad de una reflexión más amplia y estructural sobre la educación jurídica colombiana, en general, y sobre la educación clínica, en particular, en la que la ética sea una ficha importante en la mesa de juego.

Este texto dialoga con dos sectores principalmente. Por una parte, le habla a la academia, tanto a quienes se han ocupado de la literatura sobre educación clínica en Colombia, como a quienes se dedican a la enseñanza experiencial del derecho y que, en algunos casos sin saberlo, hacen parte de esta metodología de enseñanza jurídica. Dialoga también con las autoridades, ya pertenezcan a la administración pública o a las instituciones de educación superior y facultades de Derecho, todas ellas decisoras en materia de educación jurídica y llamadas a liderar, o al menos participar, en una reflexión sobre el marco en el que los estudiantes de Derecho realizan la práctica jurídica en Colombia. Por supuesto, este texto está especialmente dirigido a estudiantes de Derecho, quienes deben reconocer el potencial formativo que ofrece la práctica jurídica y tomar la reflexión ética como un componente central de la educación experiencial que ocurre en clínicas y consultorios.

Luego de esta introducción, el argumento del presente trabajo se desarrolla en tres secciones. En la primera exploramos la dicotomía entre

⁴ William Quigley, "Introduction to Clinical Teaching for the New Clinical law Professor: A View from the First Floor", *Akron Law Review* 28, n.º 3 (1995): 463-69, p. 471.

la justicia individual y colectiva, tan característica de la educación jurídica clínica en el contexto colombiano, y proponemos algunos argumentos que sustentan por qué consideramos que un entendimiento dicotómico o compartimentado de la práctica jurídica ha impedido una reflexión más amplia de la ética en esta educación jurídica experiencial. En la segunda parte abordamos cómo los espacios de práctica jurídica en la educación jurídica clínica resultan ser propicios para promover en los estudiantes la reflexión acerca de los dilemas éticos de la profesión jurídica. En esa sección reservamos un espacio para explorar algunas tensiones éticas presentes en la educación jurídica clínica y, en especial, las que tienen que ver con la práctica que adelantan los estudiantes como tal y su relación con clientes/usuarios; con los supervisores de práctica; con la institución de educación superior a la que pertenecen y el medio externo. Por último, presentamos las conclusiones del trabajo e incluimos un conjunto de preguntas relacionadas con la ética y la práctica jurídica, que tiene como propósito profundizar sobre las ideas trabajadas en el presente capítulo.

LA DICOTOMÍA JUSTICIA INDIVIDUAL Y JUSTICIA COLECTIVA

Derecho y Desarrollo 1 y los consultorios jurídicos

El movimiento de Derecho y Desarrollo tiene dos grandes momentos, muy significativos para el análisis de las reformas a la educación jurídica que tuvieron lugar históricamente y para entender cómo se confiaba en que fueran estas un vehículo propicio para la transformación social y el logro del desarrollo económico⁵. Según Rodríguez⁶, la primera

⁵ Véase Helena Alviar, “The classroom and the clinic: the relationship between clinical legal education, economic development and social transformation”, *UCLA Journal of International Law & Foreign Affairs* 13 (2008): 197; David M. Trubek y Álvaro Santos, “Introduction: The Third Moment in Law and Development Theory and the Emergence of a New Critical Practice”, en *The New Law and Economic Development*, editado por David M. Trubek y Álvaro Santos (Cambridge: Cambridge University Press, 2006), 1-18.

⁶ César A. Rodríguez Garavito, “Globalización, reforma judicial y Estado de derecho en Colombia y América Latina: el regreso de los programas de derecho y desarrollo”, *IUSTA* 1, n.º 24 (2016), <https://doi.org/10.15332/s1900-0448.2006.0024.09>.

generación de reformas ocurrió entre las décadas de los sesenta y los setenta, en pleno auge de la Guerra Fría y con un claro interés de los Estados Unidos en contener la expansión global del comunismo, con un interés particular en Latinoamérica.

Este primer impulso reformador que lideró el diseño y la implementación de programas de educación jurídica clínica en el llamado Tercer Mundo, en la década de los setenta, trajo a Colombia los centros de práctica profesional que conocemos como “consultorios jurídicos”⁷. En Colombia, el consultorio jurídico es la práctica obligatoria que deben cumplir todos los estudiantes de Derecho para optar al título profesional de abogados; puede tener una duración de uno o dos años y se lleva a cabo al final de la carrera, de acuerdo con la estructura que cada programa decida en el interior de las instituciones de educación superior. Los estudiantes practicantes del consultorio tienen un contacto directo con el ejercicio profesional, toda vez que la ley los habilita para representar directamente los intereses de clientes reales, sin la intermediación de abogado profesional, de acuerdo con unas competencias fijadas por el legislador⁸.

En los consultorios jurídicos, además de gestionar casos, los estudiantes prestan también servicios de asesoría legal en atención al público y pueden actuar como conciliadores en derecho en los centros de conciliación de los mismos consultorios. Algunas facultades de Derecho admiten las prácticas profesionales en entidades públicas y privadas en el marco del consultorio jurídico. Tal como quedó diseñado desde sus inicios, los servicios jurídicos que ofrecen los consultorios jurídicos están orientados a suplir las necesidades legales insatisfechas de personas que no pueden asumir el pago de abogados profesionales y demás costos asociados al acceso a la justicia. Es así como la normativa que rige el funcionamiento de los consultorios jurídicos advierte explícitamente que los estudiantes practicantes son “abogados de pobres”.

⁷ Gabriela Recalde, Tania Luna Blanco y Daniel Bonilla, “Justicia de pobres: una genealogía de los consultorios jurídicos en Colombia (Justice of the Poor: A Genealogy of Colombian Legal Clinics)”, *SSRN Electronic Journal* 47 (2017): 1-72, <https://doi.org/10.2139/ssrn.2958460>.

⁸ Véase Decreto 196 de 1971, Decreto 765 de 1977 y Ley 583 del 2000.

A pesar de que esta primera ola desarrollista perdió fuelle en poco tiempo, como bien está documentado en obras académicas⁹, lo cierto es que se le dio aire a un nuevo proyecto reformador en nombre del desarrollo hacia finales del siglo xx y comienzos del xxi. Este segundo embate desarrollista se comprometió con la implementación del litigio de interés público¹⁰, con lo que respondían también a algunas críticas recibidas tras dos décadas de existencia de los consultorios jurídicos, con una cultura que no se había alterado en absoluto, muy a pesar de los reformadores de Derecho y Desarrollo.

Derecho y Desarrollo II y las clínicas de interés público

La segunda ola de reformas legales para el desarrollo tuvo lugar en las décadas de 1980 y 1990. Esta segunda incursión reformadora giró alrededor de una reorganización de las relaciones entre Estado y mercado, con una fuerte influencia de los postulados del Consenso de Washington¹¹. El enfoque de esta reforma era promover el logro del desarrollo a través de la autonomía del mercado, con el fin de desestimular la intervención directa del Estado.

Esta segunda generación de reformas jurídicas orientadas al desarrollo tuvo también su foco en la educación jurídica¹². Muy a pesar de las críticas que surgieron del fracaso del proyecto de Derecho y Desarrollo I, provenientes incluso de los mismos académicos que lo impulsaron, lo

⁹ Véase al respecto el icónico texto de David Trubek y M. Galanter “Scholars in self-estrangement: Some reflections on the crisis in law and development studies in the United States”, *Wisconsin Law Review* (1974): 1062-1102.

¹⁰ Alviar, “The classroom and the clinic”.

¹¹ En palabras de David Kennedy: “En un corto periodo de tiempo entre mediados de los setenta y mediados de los ochenta, el consenso de posguerra fue barrido por un nuevo conjunto de ideas económicas sobre el desarrollo, que acabaron denominándose ‘neoliberalismo’ o ‘Consenso de Washington’, porque lograron fama como el dogma desarrollista doméstico del Tesoro de Estados Unidos, el Departamento de Estado, los organismos de ayuda internacional, el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, todos ellos con sede en Washington”; David Kennedy, “The ‘Rule of Law’, Political Choices, and Development Common Sense”, 2006: 129.

¹² Alviar, “The classroom and the clinic: The relationship between clinical legal education, economic development and social transformation”, 211.

cierto es que la premisa de la búsqueda del desarrollo económico y la transformación social a través del derecho sigue teniendo gran acogida en el Sur global y en la academia jurídica del Norte global¹³. En concreto, y en relación con la educación jurídica, el proyecto de Derecho y Desarrollo en su segunda versión volvía sobre la idea de cómo el derecho podía ser un canal propicio para la transformación social. Este propósito no era novedoso en estricto sentido, ya que fue también parte de la primera versión del movimiento en la implementación de los consultorios jurídicos.

Como acertadamente explica Alviar¹⁴, toda la teoría del “Estado de derecho”, promovida con fuerza durante esta segunda ola, influyó decisivamente en la educación clínica, tal como se entendía hasta entonces en Latinoamérica. En consecuencia, las facultades de Derecho abrieron la puerta a las estrategias de derecho de interés público en las prácticas jurídicas disponibles para sus estudiantes, lo cual respondía también a la innegable importancia que el derecho constitucional venía ganando en la región¹⁵.

La acogida que tuvo el derecho de interés público pone en cuestión el rol de los consultorios jurídicos y la práctica que desde allí se ofrece a los estudiantes de Derecho. Esto se traduce en una clara tensión entre educación clínica experiencial tradicional –justicia individual– y la del derecho de interés público –justicia colectiva–, que, aunque patente, resulta invisible e incuestionada por la cultura jurídica local¹⁶.

¹³ Véase Rodríguez Garavito, “Globalización, reforma judicial y Estado de derecho en Colombia y América Latina: el regreso de los programas de derecho y desarrollo”, 17, quien discute la vigencia de las ideas de derecho y desarrollo, a pesar de la crítica de la academia estadounidense; Richard J. Wilson, “Beyond Legal Imperialism: US Clinical Legal Education and the New Law and Development”, en *The Global Clinical Movement* (Oxford University Press, 2010), 146, quien señala que, mientras el primer Derecho y Desarrollo moría en Estados Unidos, este florecía en otras partes del mundo.

¹⁴ Alviar, “The classroom and the clinic”, 212-213.

¹⁵ Véase, por ejemplo, Rodrigo Uprimny, “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”, en *El derecho en América Latina* (Buenos Aires: Siglo XXI, 2011), 109.

¹⁶ Bonilla reconoce también que la tarea de consultorio y clínicas es complementaria. Sin embargo, utiliza una metáfora geológica para describir los distintos tipos de problemas que enfrentan ambos espacios de la práctica: “De esta forma, los asuntos que manejan están interrelacionados estrechamente. Los problemas en las placas,

Resignificar la educación jurídica clínica: más allá de la dicotomía justicia individual/justicia colectiva

Un entendimiento compartimentado de la práctica jurídica, en función del carácter individual o colectivo de los servicios legales que se ofrecen, segregando dicha práctica en consultorios y clínicas, oscurece cualquier reflexión posible en la materia. Así mismo, esta aproximación dicotómica de la práctica jurídica impide ver los elementos comunes que estos comparten, y también desaprovecha las potencialidades que estos ofrecen en el marco de la educación jurídica clínica.

Tal como se advirtió en la introducción, la educación jurídica clínica es una metodología de aprendizaje experiencial que recoge distintas modalidades de ejercicio profesional del derecho, disponible para que los estudiantes se anticipen a la práctica de la profesión, con una contribución en doble vía. Por una parte, participa en el proceso de formación de los estudiantes como profesionales del derecho, y, por otra, incide en el acceso a la justicia y materialización de derechos de personas y grupos sociales excluidos, en situación de vulnerabilidad.

Desde la perspectiva clínica, los estudiantes aprovechan la experiencia real producto del ejercicio de la profesión para adquirir habilidades y experiencias que son importantes y necesarias para el desempeño de la abogacía. Por esto existe un enorme potencial educativo en la enseñanza clínica del derecho, en la medida en que ocurre desde la práctica real y concreta de los casos y clientes representados. Se trata de un aprendizaje contextual y profundamente conectado con la exposición real de los estudiantes a problemas cuya gestión legal mostrará efectos concretos en la vida y en los derechos de las personas que acuden a los servicios legales ofrecidos.

que constituyen la estructura de la comunidad política, son la causa de buena parte de los problemas de la superficie social. Mientras que las CAJ se centran en los derechos de los individuos que representan, las segundas se concentran en las tensiones estructurales que generan los conflictos que sus clientes y otros individuos en situaciones análogas enfrentan. Los dos tipos de tareas tienen enorme importancia”. Daniel Bonilla, “El formalismo jurídico, la educación jurídica y la práctica profesional del derecho en Latinoamérica”, en *Derecho y pueblo mapuche: aportes para la discusión*, 2013, 293, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/28658.pdf>.

Estos méritos de la educación clínica, así como también los retos o desafíos que pueda presentar, no están determinados por el tipo de práctica vista dicotómicamente como individual frente a colectiva (o de “interés público”). Las ventajas de la educación jurídica experiencial deben abordarse más allá de esta relación bipolar y reconocer que la ocurrencia de las virtudes de esta clase de educación se puede producir y fomentar en uno u otro escenario, en tanto espacio formativo que parte de la experiencia profesional para que los estudiantes adquieran competencias¹⁷ y, por qué no, conocimientos sustanciales específicos.

En este sentido, un estudiante que está adelantando su práctica jurídica como requisito de grado tendrá la oportunidad de aprender a: formular problemas jurídicos; identificar hechos jurídicamente relevantes para la gestión del caso; reunir, contrastar y controvertir pruebas; asesorar y entrevistar clientes y usuarios; elaborar documentos jurídicos para que sean valorados por las instancias ante las que se adelantan los casos; desempeñarse en audiencias y diligencias de manera autónoma y con criterio jurídico, sin intervención directa de un supervisor clínico; interactuar con funcionarios judiciales y administrativos; diseñar y jerarquizar las distintas alternativas de solución para el caso que tiene a su cargo; sortear los obstáculos que puede poner el sistema judicial, los funcionarios o las instituciones; lidiar con las presiones que pueden provenir de distintos frentes para que se adopte un curso de acción determinado o se abstenga de actuar; reconocer sus propios prejuicios y estereotipos y cómo estos inciden en sus relaciones con clientes, usuarios y con el sistema, por mencionar algunos.

Así mismo, a partir de su exposición a la gestión de casos reales, los futuros abogados tendrán la oportunidad de abordar los dilemas éticos que supone el ejercicio profesional, más aún cuando se trata de personas que acuden a los servicios legales gratuitos que prestan las facultades de Derecho por las barreras que les impide acceder a la justicia. Tanto la reflexión ética en el marco del ejercicio práctico del derecho como las demás habilidades que acabamos de mencionar requieren un entrenamiento y un acompañamiento en el que la supervisión de los profesores

¹⁷ Véase George S. Grossman, “Clinical Legal Education: History and Diagnosis”, *Journal of Legal Education* 26 (1973): 138; Bloch, “The Andragogical Basis of Clinical Legal Education”, 331.

clínicos resulta fundamental¹⁸. Son estos quienes promueven la producción del conocimiento y la adquisición de las habilidades que si bien se favorecen en espacios de práctica jurídica clínica, es cierto también que esto no ocurre de manera automática ni mágica. Es un aprendizaje que hay que promover con las habilidades adecuadas y el uso de precisas estrategias que resulten idóneas, de cara al logro del objetivo pedagógico propuesto.

El hecho de reconocer que la experiencia es una oportunidad tremendamente valiosa para la adquisición, no solo de conocimientos, sino de las habilidades que requieren los abogados para el ejercicio profesional, supone reconocer también, de manera necesaria, que este aprendizaje puede ocurrir en distintos escenarios de práctica, siempre y cuando se den las condiciones adecuadas para que dicho aprendizaje tenga lugar. Un acuerdo de este tipo es clave para entender lo que debe comunicar realmente la categoría “educación jurídica clínica” y avanzar hacia una reflexión más amplia de la práctica jurídica como conclusión a la formación que ofrecen las facultades de Derecho en Colombia.

Abogamos por un diálogo en el que no se aborde la relación entre consultorios y clínicas como dos formas de práctica alejadas e inconexas, toda vez que esto ha significado el aislamiento y el estancamiento de los consultorios jurídicos como espacio de educación experiencial, pedagógicamente formativo y socialmente muy importante en contextos de profunda exclusión social y desigualdad como lo es justamente Colombia. Reconocemos la práctica jurídica, en tanto expresión de educación jurídica clínica y, en su acepción más amplia, como un abanico de alternativas de gestión de asuntos desde el derecho, idónea para diseñar y ejecutar distintas estrategias jurídicas que contribuyen a suplir las necesidades legales insatisfechas de otros, así como al propio aprendizaje de los estudiantes.

EL LUGAR DE LA ÉTICA EN LA EDUCACIÓN JURÍDICA CLÍNICA

En esta sección nos enfocamos justo en ese potencial que tiene la educación jurídica clínica para promover en los estudiantes la reflexión ética

¹⁸ Bloch, “The Andragogical Basis of Clinical Legal Education”, 347.

en el marco de la práctica jurídica¹⁹ y propondremos algunos dilemas presentes en dicho aprendizaje experiencial. No pretendemos resolver estas tensiones éticas o problemas de responsabilidad profesional que presentamos a continuación, pero sí describir estas situaciones y advertir que deben enfrentarse de manera directa –y cuando es posible, de manera previa– por las autoridades encargadas de supervisar la práctica en clínicas y consultorios.

La reflexión de la ética en la práctica jurídica

Como metodología de aprendizaje, la educación clínica permite que los estudiantes adquieran las habilidades necesarias para la práctica del derecho y que se acerquen a las instituciones y a otros actores relevantes. Posibilita también la discusión sobre la ética en la profesión del derecho y sus responsabilidades sociales²⁰. La interacción con los problemas que exponen los usuarios de los servicios legales gratuitos permite a los estudiantes explorar las implicaciones sociales y humanas que tienen el derecho y el sistema jurídico; cómo no es neutro en sus efectos y cómo esta realidad repercute en la vida de las personas. Desde esta perspectiva, el derecho que regula la materia no cierra la cuestión, sino que más bien es el principio de una reflexión más amplia y contextual, como las que han tenido lugar en el marco de los cursos no prácticos del currículo²¹.

En este punto resulta oportuno retomar el caso planteado al comienzo de este trabajo sobre la estudiante de consultorio y el caso, en apariencia intratable, de la mujer migrante. En esa oportunidad, lo que en principio sería una inconformidad de una estudiante sobre el funcionamiento del consultorio jurídico en el que adelanta su práctica se puede aprovechar para mostrar cuáles son los límites del derecho y cómo no es cierto, desde el punto de vista práctico, que todo conflicto social tenga una solución efectiva desde el derecho. Sobre todo, puede ser útil para mostrar cómo la respuesta desde el consultorio no podría ser, *a priori*,

¹⁹ Lorie M. Graham, “Aristotle’s ethics and the virtuous lawyer: part one of a study on legal ethics and clinical education”, *Journal of the Legal Profession* 20 (1995): 5, 36.

²⁰ Bloch, “The Andragogical Basis of Clinical Legal Education”, 323.

²¹ Rhode, “Legal Ethics in Legal Education”, 51.

no recibir el caso por falta de pruebas, porque es evidente que rechazarle de plano su caso sería dejarla en un desamparo absoluto y en una situación de mayor vulnerabilidad. Su condición de migrante irregular en territorio colombiano haría difícil acudir a otras instancias para la protección de sus derechos, pues correría el riesgo de ser deportada o expulsada, además de que no cuenta con los medios económicos para asumir los costos de un abogado profesional.

Aunque la reflexión en este caso no le ofrezca los elementos de juicio para decidir cómo proceder en el caso particular, sí le permite a la estudiante conocer los límites materiales del derecho y de qué manera, en este caso, las reglas jurídicas están del lado del presunto empleador, explotador de mujeres migrantes, quien las contrata por unos meses y luego las despidе impunemente porque sabe que la inexistencia de pruebas hace imposible cualquier reclamación, máxime tratándose de migrantes irregulares, quienes son especialmente susceptibles a la explotación²².

Desde esta perspectiva, aunque los espacios de práctica experiencial evidentemente están comprometidos con la resolución efectiva de los casos que sus clientes y usuarios les proponen, resulta igualmente valioso poder explorar con los estudiantes practicantes la forma en la que las reglas jurídicas juegan a favor de unos individuos o intereses y en detrimento de otros²³. Desenmascarar la pretensión de neutralidad del derecho y cómo esa supuesta neutralidad incide en la vida de las personas no solo es un propósito ético de la mayor importancia en la práctica jurídica, sino que hace un aporte significativo al proceso de formación de los estudiantes, ya que les ofrece una comprensión que tal vez no habrían tenido oportunidad de ver en un curso regular de la carrera (en nuestro caso, el curso de derecho laboral). En este sentido, la justicia social y el acceso a la justicia de personas socialmente excluidas es un propósito primordial del aprendizaje experiencial.

Afirmamos entonces que existe una relación virtuosa entre la reflexión de la ética jurídica y los escenarios de práctica experiencial del derecho, en los que caben tanto consultorios como clínicas, ya que estos

²² Acerca de cómo el derecho afecta a los pobres, consúltese Quigley, "Introduction to Clinical Teaching for the New Clinical law Professor: A View from the First Floor".

²³ *Ibíd.*, 493.

permiten comprender de una manera más genuina las tensiones éticas de la abogacía, sobre todo cuando se trata de personas y grupos en situación de exclusión social. Así, el aprendizaje experiencial clínico resulta idóneo para suplir los requerimientos de una educación jurídica ética²⁴. Sin embargo, como ya lo habíamos anticipado, es conveniente reiterar que esta riqueza reflexiva no ocurre de manera natural en los estudiantes, sino que debe propiciarse por profesores y supervisores de práctica capaces de incorporar la argumentación y el comportamiento éticos al desarrollo de la experiencia clínica²⁵. La gestión de los casos cuya representación asumen los estudiantes es una buena excusa para que estos puedan evidenciar la forma en la que entran en tensión los principios y responsabilidades de la profesión jurídica²⁶, posibilitando que los estudiantes practicantes entrenen su juicio ético²⁷ y su capacidad de argumentar al respecto.

Lo anterior implica reconocer que formar a los estudiantes en una estructura de pensamiento y acción como abogados supone mucho más que enseñarles los contenidos sustanciales y procesales propios de la disciplina jurídica²⁸. Un verdadero compromiso con la enseñanza del derecho involucra también el ejercicio de enfrentar a los estudiantes a las tensiones éticas de la profesión jurídica, de forma cotidiana y transversal a los distintos cursos que integran el programa de la carrera²⁹. Que los profesores clínicos puedan desarrollar una supervisión del trabajo de los estudiantes practicantes en el que la reflexión ética sea central y significativa requiere no solo el respectivo conocimiento de la literatura académica y las habilidades necesarias para propiciar esa reflexión, sino que también exige el tiempo y la voluntad de llevar a cabo esa supervisión. Dicho de otro modo, se requieren profesores clínicos con la

²⁴ Nigel Duncan y Susan L. Kay, “Addressing Lawyer Competence, Ethics, and Professionalism”, en *The Global Clinical Movement* (Oxford University Press, 2010), 183.

²⁵ Grossman, “Clinical Legal Education: History and Diagnosis”, 187.

²⁶ *Ibid.*, 172.

²⁷ Duncan y Kay, “Addressing Lawyer Competence, Ethics, and Professionalism”, 187.

²⁸ *Ibid.*, 183.

²⁹ En relación con la necesidad de integrar habilidades y valores en la educación jurídica en general y experiencial en particular, véase Rhode, “Legal Ethics in Legal Education”.

experticia, el entrenamiento y especialmente el deseo de asumir la discusión ética como un aspecto medular de la práctica jurídica.

Para que la ética aparezca realmente en el curso del aprendizaje experiencial, los profesores y supervisores clínicos son los primeros llamados a estar seducidos por la ética y que ésta tenga un lugar importante en este marco. Esto supone reconocer, como aquí hacemos, que la argumentación y el comportamiento éticos son habilidades que pueden promoverse y practicarse. Este argumento es tan válido en escenarios de educación jurídica clínica de litigio individual como de litigio colectivo o de interés público, pues en uno y otro es posible que los supervisores clínicos caigan en el ejercicio de una experiencia dominada por la prisa, la rutina, el ritual y el privilegio del conocimiento de las normas sustanciales y procesales; una educación experiencial minimalista en la que no se dedica tiempo y esfuerzo al diálogo sobre las tensiones éticas y las responsabilidades sociales subyacentes a los casos concretos³⁰. En este sentido, es un craso error asumir una postura conforme a la cual la reflexión ética es un asunto extrajurídico y carente de técnica, relegando este tipo de ejercicios a uno que otro curso al final de la carrera³¹, o esperando que de eso se ocupe el consultorio jurídico.

No menos significativa resulta la creación de relaciones humanas empáticas, solidarias y sensibles a los contextos sociales en los que tienen lugar los casos gestionados, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad, quienes enfrentan barreras para el acceso a la justicia³². Esto supone reconocer que antes de ser problemas jurídicos para ser resueltos mediante el razonamiento jurídico y el sistema legal, son conflictos humanos y sociales, muchas veces profundizados por la situación de pobreza, exclusión y vulnerabilidad que caracterizan a los usuarios habituales de los servicios legales gratuitos que ofrecen los espacios de aprendizaje experiencial, bien sea clínicas o consultorios. Los estudiantes practicantes del derecho deben reconocer que el derecho es

³⁰ Nicolson, “‘Education, education, education’: Legal, moral and clinical”, 150.

³¹ Rhode, “Legal Ethics in Legal Education”, p. 54; Graham, “Aristotle’s ethics and the virtuous lawyer: part one of a study on legal ethics and clinical education”, 42.

³² Nicolson, “‘Education, education, education’: Legal, moral and clinical”, 146.

una profesión de servicio, de ayuda, pensada justamente para reducir tensiones, desazones o conflictos³³.

Los problemas que plantean los usuarios en la atención al público, aunque resulten ser rutinarios para el día a día del escenario de práctica –piénsese en las denuncias por inasistencia alimentaria o violencia intrafamiliar; la tutela contra una entidad que no ha contestado en tiempo una petición o las liquidaciones laborales–, son sin duda centrales para la vida personal de quien los enfrenta. En ese sentido, no solo demandan una solución de fondo que haga efectivo su derecho a acceder a justicia y resolver por las vías institucionales los conflictos, sino que también requieren una actitud empática: el reconocimiento del otro y de su situación. Asimismo exigen que el estudiante lea integralmente los aspectos del relato de los usuarios como útiles para entender la dimensión social y de vulnerabilidad y exclusión que caracteriza ese conflicto humano. No hacerlo podría enviar el mensaje al usuario de los servicios legales de que se trata de un problema menor, carente de relevancia jurídica y profesional. Eso es recurrente en asuntos patrimoniales en los que las cuantías de los asuntos de los que pueden ocuparse los estudiantes practicantes son menores por mandato legal y competencia de los jueces de menor jerarquía del sistema judicial.

La interacción con usuarios en atención al público o con los clientes de los casos cuya representación se asume es una oportunidad de oro también para reconocer los propios privilegios de los estudiantes; los estereotipos desde los que evalúan situaciones y juzgan a otros y, sobre todo, para reconocer lo que significa el privilegio de pertenecer a una comunidad educada, en un contexto caracterizado por una profunda exclusión y desigualdad en el que la educación es un privilegio de muy pocos.

Por consiguiente, la práctica del derecho, desde una vocación de servicio, es también una oportunidad para retribuir a la sociedad, y especialmente a quienes más lo necesitan, algo de lo que da ese privilegio de pertenecer a una sociedad educada y jurídicamente instruida, en la que solo pueden interactuar quienes son reconocidos por el sistema. De ese privilegio gozan en Colombia los estudiantes practicantes de Derecho y, en esa medida, deben estos servir de manera responsable y solidaria

³³ Alan A. Stone, “Legal Education on the Couch”, *Harvard Law Review* 85, n.º 2 (1971): 439.

a otros cuya única posibilidad de acceso a la justicia es mediante los servicios legales gratuitos que ofrecen los consultorios y clínicas de las facultades de Derecho. Esta sensibilidad social es aún más apremiante si se tiene en cuenta que el paso por los espacios de educación jurídica experiencial de los estudiantes de Derecho en Colombia puede ser en muchos casos una de las pocas oportunidades, cuando no la única, de interacción con población vulnerable y de lidiar con asuntos de justicia social y de acceso a justicia para los excluidos.

Algunas situaciones y algunos dilemas éticos en el marco de la práctica jurídica

La selección de los casos en clínicas y consultorios

¿Qué criterios deben tener en cuenta las clínicas y los consultorios jurídicos para seleccionar sus clientes o casos? ¿Qué posibles conflictos enfrenta dicha selección? ¿Cuáles son las consecuencias de que una clínica o un consultorio decidan seleccionar pocos o muchos casos? En el caso de los consultorios se suele contestar a algunas de estas preguntas acudiendo a textos legales que regulan los asuntos de competencia de los consultorios jurídicos. En Colombia, por ejemplo, la Ley 583 del 2000 señala en su artículo 1.º los procesos judiciales en los que pueden litigar en causa ajena los estudiantes que hacen parte del consultorio³⁴.

³⁴ Según este artículo 1.º, la intervención de los estudiantes está prevista para los siguientes procesos: “1. En los procesos penales de que conocen los jueces municipales y los fiscales delegados ante éstos, así como las autoridades de policía, en condición de apoderados de los implicados. 2. En los procesos penales de competencia de la jurisdicción ordinaria, como representantes de la parte civil. 3. De oficio, en los procesos penales como voceros o defensores en audiencia. 4. En los procesos laborales, en que la cuantía de la pretensión no exceda de 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes y en las diligencias administrativas de conciliación en materia laboral. 5. En los procesos civiles de que conocen los jueces municipales en única instancia. 6. En los procesos de alimentos que se adelanten ante los Jueces de Familia. 7. De oficio, en los procesos disciplinarios de competencia de las personerías municipales y la Procuraduría General de la Nación. 8. De oficio, en los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías municipales, distritales, departamentales y General de la República. 9. De oficio,

Ese mismo artículo dispone que corresponde a los estudiantes verificar la capacidad económica de los usuarios. Los consultorios suelen tener algunos criterios para ayudar a los estudiantes en esa tarea. Pero ni la ley ni los reglamentos resuelven siempre posibles conflictos en su aplicación por parte de los estudiantes.

Tratándose de otras formas de educación jurídica clínica, como la que tiene lugar en clínicas de derecho de interés público, la pregunta por la selección de las causas o clientes suele ser todavía más difícil de contestar. Algunos, como Eric Posner, han acusado, por ejemplo, a las clínicas de derechos humanos de ser un vehículo para que los académicos promuevan una agenda política con recursos de la universidad y el trabajo de los estudiantes³⁵. Esta es una versión extrema y radical de la crítica, pero sí pone de presente el hecho de que las convicciones políticas y jurídicas de los profesores clínicos, así como de los estudiantes que voluntariamente participan en las clínicas, hacen parte de los criterios de selección de causas o casos. Piénsese, por ejemplo, en un profesor que trabaja en una clínica jurídica que defiende los derechos de personas privadas de la libertad. O, en el contexto anglosajón, en un profesor que trabaja en una clínica que defiende a personas que enfrentan la pena de muerte. Es evidente que tienen una visión particular del derecho y de sus posibilidades para defender los derechos de prisioneros o condenados a la pena capital.

En otras palabras, los objetivos de justicia social y de desarrollo de competencias profesionales de los estudiantes de las clínicas jurídicas no son siempre pacíficos; se llenan de contenido con criterios y decisiones que se toman cada día en las clínicas, que se alimentan a su vez de convicciones político-jurídicas. Lo importante es reconocer que allí también hay posibles fuentes de conflictos, situaciones dilemáticas que

en los procesos administrativos de carácter sancionatorio que adelanten las autoridades administrativas, los organismos de control y las entidades constitucionales autónomas”.

³⁵ Eric A. Posner, “Peace, Love, and Grandstanding”, *The Chronicle of Higher Education*, 17 de noviembre del 2014, <https://www.chronicle.com/article/Peace-LoveGrandstanding/149961>. A Posner le han contestado profesores clínicos, como Sital Kalantry; véase Sital Kalantry, “Eric Posner Has a Narrow Understanding of Human-Rights Clinics”, *The Conversation - Blogs - The Chronicle of Higher Education*, 2014, <https://www.chronicle.com/blogs/conversation/2014/11/24/eric-posner-doesnt-understand-human-rights>.

se extenderán a otros momentos del caso, pero que comienzan con la decisión sobre su selección³⁶. Estos conflictos los enfrentan por igual las directivas de las clínicas y los consultorios, así como los estudiantes que en su interacción con usuarios y clientes toman decisiones sobre la selección y el impulso de ciertas causas.

Otro asunto que comprende la selección de casos es su número. Algunos consultorios y clínicas deciden llevar pocos casos y tener pocos estudiantes dedicados a la práctica jurídica como responsables. Estas clínicas suelen invocar razones de calidad y un cierto privilegio de la reflexión en el consultorio³⁷. Sin embargo, esta decisión puede ser también problemática en contextos de amplias necesidades jurídicas insatisfechas, como el latinoamericano. O incluso el anglosajón, en el que ha habido un desmonte significativo de programas destinados a la asistencia legal de los más pobres. El otro extremo es también problemático cuando los consultorios reciben tantos casos que su seguimiento y supervisión se hacen complejos y no se garantiza una asesoría profesional de calidad. No hay una única receta ni un número sugerido de casos por clínica. Pero sí debe reconocerse que optar por un extremo o por otro es una posible fuente de conflictos y desafíos para el trabajo clínico.

No obstante, la selección de los casos no es solo cuestión de número, también de causas o clientes que pueden ser impopulares³⁸. Cada caso o causa tiene sus propias particularidades, pero el simple hecho de que sea

³⁶ Arturo J. Carrillo y Nicolás Espejo Yaksic, “Re-imaging the human rights law clinic”, *Madison Journal of International Law* 26 (2011): 80. Sobre todo lo relativo a las opciones pedagógicas que se adoptan en las clínicas, y reconociendo, como decimos en la introducción, que hay distintos modelos y alternativas, lo importante es ser consciente de esas elecciones para responder a críticas como la de Posner.

³⁷ Nina W. Tarr, “Ethics, Internal Law School Clinics, and Training the Next Generation of Poverty Lawyers”, *William Mitchell Law Review* 35, n.º 3 (2009): 1029.

³⁸ “Un abogado no debe rechazar los casos o clientes impopulares y controversiales únicamente fundamentando su negativa en el posible impacto ‘adverso’ que puede tener esto para el abogado en la comunidad o sociedad. Por el contrario, lo que se debe hacer es tener presente el deber profesional de brindar acceso a la justicia a quienes tienen más obstáculos para acceder y desde las universidades y consultorios promover a los abogados a llevar casos controversiales con sujetos impopulares”; Robert R. Kuehn y Peter A. Joy, “An Ethics Critique of Interference in Law School Clinics”, *Fordham Law Review* 71 (2002): 1971.

impopular no puede suponer una denegación del derecho de acceso a la justicia de los ciudadanos y ciudadanas que acuden a los servicios legales de una clínica o consultorio jurídico. Lo contrario sería una infracción grave de la responsabilidad profesional de los futuros profesionales³⁹.

Interferencias externas en el trabajo clínico

Las clínicas jurídicas enfrentan con frecuencia interferencias y oposición a su trabajo. Bonilla ha descrito esta problemática en su trabajo sobre clínicas jurídicas en América Latina. Tratándose, por ejemplo, de universidades privadas, el trabajo clínico puede tener efectos sobre la comunidad académica extendida: egresados, exalumnos, miembros de los consejos directivos, aliados estratégicos, financiadores de la investigación⁴⁰. En ocasiones, estos grupos de interés ejercen presión tanto en la selección de casos como en otros momentos del trabajo clínico. Esta presión suele ejercerse de manera indirecta con llamadas a directivos o decanos, que deben enfrentarse a decisiones difíciles con posibles conflictos entre la libertad académica o garantizar el funcionamiento de otras áreas de una facultad.

Este no es un problema solo de universidades privadas ni del Sur global. En Estados Unidos, por ejemplo, el estado de Luisiana tramitó una iniciativa para prohibir el uso de recursos públicos por parte de las clínicas jurídicas, luego de que la clínica de la Universidad de Tulane presentara una demanda en contra de agencias reguladoras ambientales de los órdenes federal y estatal⁴¹. Este tipo de interferencias en el traba-

³⁹ Ibid., 2004.

⁴⁰ Bonilla, “El formalismo jurídico, la educación jurídica y la práctica profesional del derecho en Latinoamérica”, 295.

⁴¹ Bonilla recoge este caso emblemático en Daniel Eduardo Bonilla Maldonado *et al.*, *Abogados y justicia social: derecho de interés público y clínicas jurídicas*, (Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2018, Biblioteca Universitaria de Ciencias Sociales y Humanidades), citando a Ian Urbina, “School Law Clinics Face a Backlash”, *The New York Times*, 3 de abril del 2010, <https://www.nytimes.com/2010/04/04/us/04lawschool.html?mcubz=1http://www.nytimes.com/2010>.

jo clínico se ha presentado en otros estados a lo largo de la historia de la educación jurídica clínica en ese país⁴².

Las clínicas jurídicas han tratado de enfrentar algunas de estas dificultades con reglamentos que se anticipan a posibles interferencias y conflictos de interés, y privilegian la libertad académica, pero sobre todo los objetivos de justicia social e interés público que aspiran a defender los proyectos de los consultorios. Sin embargo, el efecto de una sola interferencia puede ser nefasto y puede llevar a una forma de autocensura de las clínicas que en el futuro decidan solo llevar cierto tipo de casos. Las autoridades universitarias, las facultades de Derecho y las clínicas deben tomarse con mucha seriedad los posibles efectos de la interferencia en el trabajo clínico y en la relación entre estudiantes y clientes.

En algunas ocasiones esas interferencias amenazan el futuro profesional de las y los estudiantes. Por ejemplo, con advertencias relacionadas con la dificultad para conseguir un empleo en empresas o grupos empresariales. En ese caso, las autoridades universitarias deben ser firmes frente a las comunidades de egresados o de profesionales cercanos y reivindicar el trabajo académico riguroso que se hace en las aulas, protegiendo así la autonomía de profesores y estudiantes para adelantar ciertas causas.

El asunto de la estrategia

Otra posible fuente de conflictos y situaciones dilemáticas en materia de educación jurídica clínica es la decisión acerca de la estrategia legal de un caso concreto. Sobre este punto pueden existir divergencias entre los estudiantes y sus profesores asesores en clínicas y consultorios. Un ejemplo común en materia de educación jurídica clínica en Colombia es

⁴² En Kuehn y Joy, “An Ethics Critique of Interference in Law School Clinics”, 1976-1989, se reconstruyen las interferencias externas con el trabajo clínico. De acuerdo con Kuehn, en la mayoría de los casos en los que las clínicas están defendiendo o representando alguna causa (como el medio ambiente) o una persona “poco popular”, o llevando un litigio contra alguna entidad estatal o federal, algún grupo de poder ejerce presión sobre las ramas ejecutiva y legislativa con el fin de limitar los casos que pueden llevar o no los consultorios, ya sea mediante normas jurídicas o recortes de presupuesto; la rama judicial, salvo en un caso, ha decidido proteger los intereses de los consultorios (ibíd., 1991).

la decisión sobre presentar un recurso o no frente a una decisión judicial o administrativa. Para un estudiante, la presentación de un recurso de reposición puede ser parte de una estrategia dilatoria que no contribuye a resolver de manera expedita un asunto, mientras que para su profesor asesor o un directivo de la clínica puede constituir una infracción a los deberes de los estudiantes frente a sus clientes y de agotar todos los mecanismos disponibles para su defensa.

Es imposible resolver este tipo de conflictos de forma absoluta. Una vez más, lo importante es admitir que se pueden presentar divergencias de este tipo y que deben existir criterios claros que permitan resolver tempranamente estos conflictos. Algunas clínicas operan con un principio de mayor autonomía frente a las decisiones estratégicas de los alumnos, mientras que otras exigen una mayor supervisión, consulta y aprobación de las decisiones. No optamos en este texto por una única aproximación frente al problema, pero sí reivindicamos la autonomía del estudiante y que las decisiones estratégicas deben estar encaminadas a servir los intereses de clientes y causas.

Una estrategia judicial o legal puede también resultar ser fallida y tener como consecuencia un resultado adverso para la población que quiso servir o ayudar. Por ejemplo, la declaratoria de constitucionalidad de una norma puede tener como efecto que se cierre la puerta para que en el futuro se presenten nuevas demandas de inconstitucionalidad frente a ella, dado que las decisiones de los tribunales hacen tránsito a cosa juzgada. Creemos acá que lo más importante, y esto se relaciona con los puntos siguientes, es un manejo adecuado de la información y de la comunicación entre estudiantes y las organizaciones y los clientes con los que trabajan. Explicando claramente las alternativas procesales, pero sobre todo los posibles consecuencias o efectos las posibles consecuencias o efectos de la transformación de ciertas controversias políticas, económicas, morales en litigios. Este tipo de decisiones y acuerdos sobre la estrategia deberían quedar por escrito y contar con la aprobación explícita de clientes y usuarios de la educación jurídica clínica.

Confidencialidad

Otro de los asuntos centrales en las clínicas y los consultorios jurídicos es el manejo de la confidencialidad de la información. Al estudiar

y trabajar en sus primeros casos, los estudiantes de Derecho tienden a compartir información con sus compañeros, profesores, familiares y amigos. Esto, que parece algo natural en su proceso de aprendizaje y que seguramente lo fue en otros momentos de la educación jurídica, puede suponer infracciones a los deberes de confidencialidad frente a los clientes. Las clínicas y los consultorios jurídicos deben tener protocolos estrictos para el manejo de la información e insistir cada semestre a los estudiantes en el manejo responsable de la información personal de los usuarios. Un ejemplo típico de conflictos en esta materia se presenta con la Administración y el manejo de los documentos.

Algunos profesores clínicos han insistido en la necesidad de que el consultorio funcione como una firma de abogados⁴³ y en tal sentido la información debe manejarse de esa manera. No creemos que el espacio clínico sea equiparable, en todo, al de la firma de abogados, pero en lo que concierne al manejo de información personal, sensible, creemos que sí se debe ser especialmente cuidadoso con la intimidad de los clientes y ser rigurosos con el secreto profesional. La literatura sobre estos asuntos enseña que tratándose de población vulnerable o de escasos recursos, su experiencia con la institucionalidad es muchas veces frustrante⁴⁴. En ocasiones ven a las entidades públicas o agencias gubernamentales como su adversario. Y usualmente en esos espacios también se les ha solicitado información o documentos personales⁴⁵.

Los estudiantes del consultorio deben ser entonces especialmente cuidadosos con la solicitud y el manejo de esta información; mucho más en los espacios físicos de muchos de nuestros consultorios, donde es difícil tener suficiente intimidad para el tratamiento de información sensible⁴⁶. Una vez más, en el contexto latinoamericano la regulación legal o profesional sobre estos asuntos no suele ser detallada y los consultorios desarrollan ciertas prácticas conforme a sus propios reglamentos. Otros simplemente enfrentan estos conflictos cuando se presentan.

⁴³ Tarr, "Ethics, Internal Law School Clinics, and Training the Next Generation of Poverty Lawyers", 1014.

⁴⁴ *Ibíd.*

⁴⁵ *Ibíd.*, 1018.

⁴⁶ *Ibíd.*

Consideraciones similares a las que acá hemos hecho en relación con los consultorios podrían extenderse también a las clínicas. En casos de litigio de alto impacto, por ejemplo, las estrategias jurídicas no deberían ser conocidas por personas ajenas a los equipos de trabajo de las organizaciones sociales con las que los estudiantes trabajan. Y debe haber protocolos estrictos sobre, por ejemplo, aquello que puede compartirse con los medios de comunicación y el mejor momento para ello. Lo más importante es que estas estrategias sirvan en realidad para avanzar los objetivos del proyecto clínico, no lo pongan en peligro y tampoco creen falsas expectativas en los grupos que podrían beneficiarse con el trabajo de los estudiantes en la clínica.

Comunicación, tiempo y continuidad

Otros asuntos que pueden ser fuente de desafíos desde el punto de vista de la ética y la responsabilidad profesional dentro del consultorio o la clínica jurídica tienen que ver con la comunicación con los clientes, los tiempos de respuesta a sus solicitudes y los cambios de personal en el tiempo. En relación con la comunicación, el consultorio jurídico enfrenta un desafío y es que normalmente los estudiantes no se encuentran disponibles todo el tiempo para atender las solicitudes de sus clientes.

Para resolver este problema, algunos estudiantes, por ejemplo, deciden dar su número de teléfono celular a los usuarios. Este puede ser un buen mecanismo para la comunicación con el cliente, pero puede también ser fuente de conflictos. Por ejemplo, el usuario puede creer que los estudiantes están disponibles todo el tiempo para atender sus solicitudes o el estudiante puede discutir asuntos relacionados con el caso en lugares distintos al consultorio, lo cual nos lleva de nuevo al asunto de la confidencialidad de la información⁴⁷.

Las clínicas deben anticipar este tipo de conflictos; tener reglas claras sobre el manejo de las comunicaciones, sobre compartir información personal con los usuarios y en general sobre los límites entre la asesoría profesional que prestan los estudiantes y el desarrollo de relaciones

⁴⁷ Ibid., 1021.

personales más allá del espacio clínico. Estas reglas deben ser conocidas por usuarios y por estudiantes desde el principio de la asesoría.

En relación con los tiempos de respuesta, como se dijo antes, los usuarios tienen una expectativa de que su solicitud sea resuelta lo más pronto posible. Usualmente acuden al consultorio cuando han agotado otros mecanismos, han tenido respuestas adversas de las autoridades o no han logrado resolver o gestionar sus conflictos con otras personas. Por otro lado, el estudiante se enfrenta a sus primeros casos, es todavía inexperto, necesita tiempo para hacer consultas, estudiar, indagar por el caso, discutirlo con su asesor y ofrecer una respuesta al usuario. Esta tensión puede ser fuente de conflictos, por ejemplo, si para cumplir con el tiempo de respuestas de la clínica la investigación jurídica es insuficiente o si el usuario acude al consultorio cuando queda poco tiempo para presentar un recurso. Los tiempos de respuesta de estudiantes y de asesores deben ser entonces un asunto que las clínicas deben tomarse en serio, pero también de manera flexible según ciertos factores que puedan incidir en la calidad de la asesoría legal prestada a los usuarios.

Finalmente, está el asunto de la continuidad. Los consultorios y clínicas jurídicos tienen todo el tiempo cambios en su personal. Cambian sobre todo los estudiantes, pero también los asesores, profesores y directivos. En ocasiones, unos y otros salen a vacaciones y el cliente puede no obtener información de primera mano sobre su caso. O puede haber discutido la estrategia en un caso con un estudiante, y un nuevo estudiante puede tener una posición distinta frente a ella. Es muy importante entonces hacer empalmes entre equipos que se anticipen a este tipo de cuestiones. Los asesores desempeñan también un rol esencial. No se trata simplemente de entregar una carpeta y cumplir con unos requisitos formales, sino de verdaderamente explicar al nuevo estudiante cuál ha sido la estrategia, cuál ha sido la relación con el cliente, qué se puede esperar en las próximas semanas o meses. Una vez más, los clientes deben tener esto claro desde el principio y se debe velar por que la continuidad y las transiciones sean lo menos traumático para los usuarios.

De igual forma, tratándose del trabajo de clínicas jurídicas, es normal que haya ciertos períodos de mucho trabajo pero que luego haya ciertos períodos muertos o de vacío, en los que en todo caso las organizaciones o clientes presentan requerimientos y solicitudes. En el Norte global estos períodos en los que ya no hay un equipo de estudiantes—por ejemplo, después de presentada una acción o petición—suelen contar con el trabajo

de *fellows*⁴⁸ o asesores que soportan el trabajo de la clínica en momentos como este. Lo importante es que esta falta de continuidad en los equipos de trabajo no lleve a que las organizaciones o comunidades aliadas consideren que la clínica ha perdido interés en el caso.

CONCLUSIONES

Con este texto quisimos contribuir al debate sobre la ética y la responsabilidad profesional en la educación jurídica clínica al menos de dos maneras. En primer lugar, invitando a superar la dicotomía entre modelos de educación jurídica clínica (consultorios jurídicos y clínicas jurídicas). Sabemos que ambos modelos tienen, en el caso colombiano, unas características particulares y surgieron en momentos históricos concretos durante la segunda mitad del siglo xx, en dos momentos distintos del movimiento de Derecho y Desarrollo. Sin embargo, el capítulo ha tratado de reconocer ambos espacios como posibles lugares para incidir de manera decidida en la formación en la responsabilidad profesional de los futuros juristas, enfrentándolos a los desafíos éticos de la práctica profesional cuando proveen asistencia legal a un usuario o cuando trabajan en un litigio estratégico de naturaleza estructural. Por supuesto, esto impone cargas y desafíos pedagógicos a los profesores clínicos que deben hacer explícitos estos debates y lograr su articulación con los otros ciclos de formación de los estudiantes en ética y responsabilidad profesional de manera transversal.

En segundo lugar, el texto quiso presentar algunas situaciones dilemáticas o posibles fuentes de conflictos éticos que plantea la enseñanza clínica del derecho en todas sus modalidades. Estos conflictos y desafíos los enfrentamos directivos, profesores y estudiantes en distintos momentos y con diferentes niveles de intensidad. Estas tensiones tienen que ver con la selección de los casos (número y criterios de selección); las discusiones y decisiones sobre la estrategia; el manejo de la

⁴⁸ Jocelyn Getgen Kestenbaum, Esteban Hoyos-Ceballos y Melissa C. del Águila Talvadkar, "Catalysts for Change: A proposed framework for human rights clinical teaching and advocacy". *Clinical Law Review* 18, n.º 2 (2011): 459-504.

confidencialidad de la información; la relación de los estudiantes con los clientes; la comunicación, los tiempos y la continuidad de la relación.

El texto no se propuso resolver todos estos posibles conflictos, pero sí hacerlos explícitos y hacer un llamado de atención a todos los actores de la enseñanza clínica del derecho para tomarse la ética jurídica en serio y aprovechar estos espacios de educación experiencial para enfrentar dichos conflictos con rigor. Un ejercicio de la educación clínica en este sentido es altamente exigente y no ocurre de manera natural. Por el contrario, no solo se requiere reconocer estas tensiones éticas en el ejercicio de la profesión legal, sino las competencias para abordar la cuestión de manera adecuada, con el propósito de que sí sea una ocasión que contribuya al proceso formativo de los estudiantes. La enseñanza de la ética debe estar presente y explícita en todos los escenarios de práctica jurídica, sin importar si se trata de consultorios jurídicos o de clínicas jurídicas. Ambos deben tener un compromiso real y explícito con la enseñanza de la ética que se entrena desde la práctica del derecho.

PREGUNTAS PARA REFLEXIONAR

Las preguntas que aparecen a continuación pueden ser una herramienta útil para continuar la reflexión alrededor de la ética y la educación jurídica clínica, a partir de las ideas trabajadas en el presente capítulo.

- a. ¿Cómo conectar a los estudiantes de Derecho en los tempranos niveles de formación con los dilemas éticos que plantea el ejercicio de la profesión en el trabajo clínico?
- b. Uno de los temas explorados en este capítulo fue el de la interferencia externa con el trabajo clínico. ¿Cómo evitar dichas interferencias? ¿Cómo anticipar y resolver posibles conflictos entre los diferentes niveles universitarios con ocasión del trabajo clínico?
- c. ¿Cómo articular de una mejor manera los trabajos de consultorios jurídicos y clínicas jurídicas y combatir el formalismo en la educación jurídica?
- d. La educación jurídica clínica en muchos países de la región enfrenta algunos desafíos derivados de un creciente fenómeno de privatización y desregulación. ¿Cuál es el rol de la enseñanza clínica del derecho frente a ese fenómeno?

- e. ¿Cómo evitar una educación jurídica clínica elitista que no responda a las verdaderas necesidades del contexto latinoamericano?
- f. La búsqueda de la justicia social y la enseñanza de habilidades prácticas serán siempre objetivos de la educación jurídica pública. ¿Cómo resolver posibles conflictos entre estos objetivos? ¿Qué efectos tienen dichos conflictos en la enseñanza de la ética profesional en los futuros abogados?
- g. ¿Qué aspectos deberían tenerse en consideración para la formulación de una eventual reforma legal de la práctica jurídica que se adelanta en clínicas y consultorios?

BIBLIOGRAFÍA

- Alviar, Helena. “The classroom and the clinic: the relationship between clinical legal education, economic development and social transformation”. *UCLA Journal of International Law & Foreign Affairs* 13 (2008): 197.
- Bloch, Frank S. “The Andragogical Basis of Clinical Legal Education”. *Vanderbilt Law Review* 35 (1982): 321.
- Bonilla, Daniel. “El formalismo jurídico, la educación jurídica y la práctica profesional del derecho en Latinoamérica”, en *Derecho y pueblo mapuche: aportes para la discusión*, 2013: 259-302. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/28658.pdf>.
- Bonilla Maldonado, Daniel E. et al. *Abogados y justicia social: derecho de interés público y clínicas jurídicas. Biblioteca universitaria de ciencias sociales y humanidades*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2018.
- Carrillo, Arturo J. y Nicolás Espejo Yaksic. “Re-imaging the human rights law clinic”. *Madison Journal of International Law* 26 (2011): 80.
- Duncan, Nigel y Susan L. Kay. “Addressing Lawyer Competence, Ethics, and Professionalism”, en *The Global Clinical Movement*. Oxford: Oxford University Press, 2010..
- Graham, Lorie M. “Aristotle’s ethics and the virtuous lawyer: part one of a study on legal ethics and clinical education”. *Journal of the Legal Profession* 20 (1995): 5.
- Grossman, George S. “Clinical Legal Education: History and Diagnosis”. *Journal of Legal Education* 26 (1973): 162.
- Kalantry, Sital. “Eric Posner Has a Narrow Understanding of Human-Rights Clinics”. The Conversation - Blogs - The Chronicle of Higher Education,

- 2014, <https://www.chronicle.com/blogs/conversation/2014/11/24/eric-posner-doesnt-understand-human-rights>.
- Kennedy, David. "The 'Rule of Law', Political Choices, and Development Common Sense", 2006.
- Kestenbaum, Jocelyn Getgen, Esteban Hoyos-Ceballos y Melissa C. del Águila Talvadkar. "Catalysts for change: A proposed framework for human rights clinical teaching and advocacy". *Clinical Law Review* 18, n.º 2 (2011): 459-504.
- Kuehn, Robert R. y Peter A. Joy. "Ethics Critique of Interference in Law School Clinics, An". *Fordham L. Rev.* 71 (2002): 1971.
- Nicolson, Donald. "'Education, education, education': Legal, moral and clinical". *The Law Teacher* 42, n.º 2 (2008): 145-72.
- Posner, Eric A. "Peace, Love, and Grandstanding". *The Chronicle of Higher Education*, 17 de noviembre del 2014, <https://www.chronicle.com/article/Peace-LoveGrandstanding/149961>.
- Quigley, William. "Introduction to Clinical Teaching for the New Clinical law Professor: A View from the First Floor". *Akron Law Review* 28, n.º 3 (1995): 463-69.
- Recalde, Gabriela, Tania Luna Blanco y Daniel Bonilla. "Justicia de pobres: una genealogía de los consultorios jurídicos en Colombia (Justice of the Poor: A Genealogy of Colombian Legal Clinics)". *SSRN Electronic Journal* 47 (2017): 1-72, <https://doi.org/10.2139/ssrn.2958460>.
- Rhode, Deborah L. "Legal Ethics in Legal Education". *Clinical L. Rev.* 16 (2009): 43
- Rodríguez Garavito, César A. "Globalización, reforma judicial y Estado de derecho en Colombia y América Latina: el regreso de los programas de derecho y desarrollo". *IUSTA* 1, n.º 24 (7 de julio del 2016), <https://doi.org/10.15332/s1900-0448.2006.0024.09>.
- Stone, Alan A. "Legal Education on the Couch". *Harvard Law Review TA - TT* - 85, n.º 2 (1971): 392-441.
- Tarr, Nina W. "Ethics, Internal Law School Clinics, and Training the Next Generation of Poverty Lawyers". *William Mitchell Law Review* 35, n.º 3 (2009): 8-26.
- Trubek, David y M. Galanter. "Scholars in self-estrangement: Some reflections on the crisis in law and development studies in the United States". *Wisconsin Law Review* (1974): 1062-1102.
- Trubek, David M. y Álvaro Santos. "Introduction: The Third Moment in Law and Development Theory and the Emergence of a New Critical Practice",

- en *The New Law and Economic Development*, editado por David M. Trubek y Álvaro Santos, 1-18. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- Uprimny, Rodrigo. “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”, en *El derecho en América Latina*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2011.
- Wilson, Richard J. “Beyond Legal Imperialism: US Clinical Legal Education and the New Law and Development”, en *The Global Clinical Movement*, 134-50. Oxford University Press, 2010.

CAPÍTULO III

EDUCACIÓN JURÍDICA Y DEMOCRACIA *

OSCAR VILHENA VIEIRA Y JOSÉ GARCEZ GHIRARDI

INTRODUCCIÓN

Los profesionales del derecho están en el centro de los graves desafíos con los que se enfrentan hoy las democracias. Los conflictos entre los poderes Ejecutivo y Legislativo, así como la relevancia creciente de las demandas sociales de reconocimiento y redistribución¹, han terminado siendo decididos por los jueces con una frecuencia sin precedentes. Para resolver los bloqueos que ponen en jaque sus instituciones políticas fundamentales y sus dinámicas sociales básicas, las poblaciones han depositado enormes expectativas en los sistemas de justicia. El derecho se ha convertido a la vez en un terreno de batalla y en una esperanza para la reconstrucción de la democracia.

Por ejemplo, se presiona a los jueces para que intervengan y decidan cuestiones políticas y sociales muy sensibles, de enorme relevancia para la calidad de las relaciones sociales, el funcionamiento de las instituciones y la percepción que tienen las poblaciones del funcionamiento de estas últimas. Casi todos los días una cuestión compleja ocupa las principales páginas de los periódicos con el anuncio de que “los tribunales van a decidir...”: de la corrupción en los altos niveles de gobierno a la legalidad de las políticas afirmativas, del derecho al cuerpo a las relaciones de trabajo, de las medidas económicas a la protección del medioambiente.

* Para citar: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.416>

El texto portugués enviado por los profesores Vilhena y Ghirardi ha sido traducido al español por Carlos Francisco Morales de Setién Ravina.

¹ Nancy Fraser, “Recognition or Redistribution?”, en *Contemporary Political Theory: A Reader* (London: SAGE Publications Ltd, 2004), 205-20, <https://doi.org/10.4135/9781446215272.n24>.

Estas cuestiones se les presentan a los jueces gracias al trabajo de una gran variedad de profesionales del derecho: abogados, activistas, defensores públicos, etcétera. Son ellos quienes buscan traducir, en lenguaje jurídico, las aspiraciones fundamentales de los ciudadanos, de manera que sea posible atenderlas y protegerlas. La creencia en la posibilidad de que sus aspiraciones sean consideradas y atendidas es un elemento fundamental de la legitimidad y el prestigio de las instituciones del Estado democrático de derecho. En la “era de los derechos” y en el “siglo de los jueces”, la suerte de la democracia parece depender, de manera muy profunda, de la actuación de los juristas y la calidad de esa actuación.

La renacida expectativa social en el trabajo de los juristas, a pesar de la mayor complejidad de su ámbito de actuación, sugeriría que también hay que renovar y hacer más complejos los espacios responsables de su formación, lo que exige que los egresados de las facultades de Derecho sean conscientes del papel estratégico que deberán desempeñar en la defensa y en el perfeccionamiento de la democracia en sus países.

Desempeñar una función como esa implica abordar la cuestión de la ética en la actuación de los juristas de manera mucho más acentuada y profunda de lo que se ha hecho usualmente. Como bien señala Juny Montoya Vargas², los códigos y los manuales que prescriben puntos mínimos de conducta profesional parecen ser incapaces en lo sustancial de ayudar a los alumnos a reflexionar, con un mayor rigor y claridad, sobre las intrincadas tensiones entre las múltiples lealtades que deben servir de parámetro para su actuar como juristas:

Sobre la ausencia de la ética en el currículo, por ejemplo, cuando los estudiantes estudian derecho procesal, lo normal es que no se haga consideración alguna sobre el deber de lealtad que tiene el abogado con el sistema de justicia, sino que simplemente se estudien las normas procesales como un conjunto herramientas que pueden ser usadas a discreción para obtener los resultados esperados [...] una adecuada preparación para la práctica sería una que entrenara al futuro abogado a abordar de frente la cuestión y a resolver la tensión que existe entre servir a los intereses

² Juny Montoya Vargas, “Ética y educación jurídica”, en *Ética profesional del abogado* (en este libro).

del cliente sin abandonar la lealtad hacia el sistema judicial y la prevalencia del interés público en el ejercicio de sus deberes como abogado³.

Capacitar a los egresados para que actúen competentemente, respetando siempre el equilibrio adecuado entre esa triple lealtad –al papel profesional, al sistema de justicia, a las instituciones y prácticas democráticas–, es uno de los mayores desafíos y una de las mayores responsabilidades que afronta hoy la enseñanza jurídica.

Este estudio sugiere que este proceso de capacitación no puede hacerse realidad sin que se exploren, en primer lugar, las implicaciones éticas de las diferentes formas de teorizar el derecho. Las divergencias sobre el lugar del derecho en la sociedad, su naturaleza, la especificidad y el alcance de la normatividad jurídica, y también sobre los límites de las autoridades judiciales, constituyen uno de los elementos clave para comprender las turbulencias que deben atender las democracias contemporáneas. Hay que escoger entre opciones y enfrentar las implicaciones éticas que tienen las formas de representar el derecho a los alumnos.

Una lectura crítica de las diferentes formulaciones teóricas sobre el derecho, sus funciones y sus límites, por más que sea necesaria, no es, por tanto, suficiente para la formación ética de los egresados. Es necesario ofrecerles también conceptos y criterios que los ayuden a posicionarse ante situaciones concretas, que les permitan establecer, de manera congruente, un compromiso entre los diversos imperativos éticos que concurren en la práctica profesional. Aquí se defiende que las metodologías participativas, centradas en el alumno, son las más adecuadas para una aprehensión de los conceptos y criterios y para el desarrollo de este tipo de competencia práctica. La conciencia ética se desarrolla mediante la reflexión sobre la experiencia, y la experiencia es la piedra de toque de los métodos de enseñanza centrados en el alumno.

A continuación se presentan dos situaciones en las que interpretaciones divergentes del derecho alimentaron la creciente polarización política que desafía hoy la democracia brasileña: una, la condena del expresidente Luiz Inácio Lula da Silva, y, otra, la autorización para que la expresidenta Dilma Rousseff pudiese presentarse como candidata a una vacante en el Senado a pesar de haber sido destituida de la presidencia de Brasil por una moción de censura.

³ *Ibíd.*

Derecho, ética y desafíos para la democracia: dos casos ejemplares

Primera situación. La condena al expresidente Luiz Inácio Lula da Silva. El 12 de julio del 2017, el Circuito Federal 13.º de Curitiba (Brasil) condenó al expresidente Luiz Inácio Lula da Silva a nueve años y seis meses de prisión por los crímenes de corrupción y lavado de dinero. La sentencia sería confirmada después por la 8.ª Sala del Tribunal Regional Federal⁴ y por la 5.ª Sala del Superior Tribunal de Justicia⁵. Lula, el presidente más popular desde el regreso de la democracia al país, se convertía también en el primero en ser condenado por corrupción. El proceso jurídico que culminó en su encarcelamiento y las circunstancias que lo rodearon profundizaron más aun la radicalización de los discursos que han marcado la vida política reciente en Brasil.

El expresidente, según los partidarios de este punto de vista, fue escuchado numerosas veces, presentó un número asombroso de recursos que fueron estudiados y, aun así, fue condenado en tres niveles jurisdiccionales, y por unanimidad en los dos órganos colegiados. Esto sería evidencia de que es falso atribuir la condena a la actitud punitiva de un único juez o defender que la sentencia no habría derivado de una correcta aplicación de la ley. Para ese grupo, el mantenimiento de la sustancia de la decisión por los órganos superiores y una decisión del Supremo Tribunal Federal para que fuese debidamente cumplida indicarían que los jueces estarían, por fin, enterrando la impunidad centenaria de los poderosos en Brasil. Con ello se estaría prestando un gran servicio a la democracia brasileña.

Elogiosos de la actuación de los jueces y del Ministerio Público, los seguidores de esta lectura del juzgamiento critican de forma severa, a su vez, a los abogados del expresidente y a los juristas que se han manifestado en público contra su condena. Para estos críticos, los abogados habrían recurrido a “triquiñuelas jurídicas”, a subterfugios oscuros para intentar evitar la justa condena del expresidente. Como comunidad jurídica, estarían formulando argumentos y tesis “a medida”, en el intento de favorecer a un político de su predilección. Estos juristas estarían

⁴ El 24/01/2018, que aumentaría la pena a doce años y un mes.

⁵ El 23/04/2018, con una reducción de la pena a ocho años, diez meses y veinte días.

rompiendo su compromiso con la integridad de la justicia y prestando un pobre servicio al sistema democrático.

Un número igual de significativo de ciudadanos desarrolló una lectura diametralmente opuesta de todo el proceso. El proceso judicial resultante en la condena de da Silva habría sido, desde esa perspectiva, absolutamente injusto: una farsa cuyo único objetivo sería castigar a un presidente popular, que tuvo el coraje de defender los intereses de los más pobres. Los que adoptan esta tesis señalan la falta de pruebas de cualquier acto de corrupción, de cualquier elemento que permita imputar al expresidente la autoría de un ilícito. Argumentan que la sentencia condenatoria se habría basado fundamentalmente en testimonios recogidos por el Ministerio Público mediante el uso, torcido y abusivo, según estos críticos, de la negociación de penas, es decir, de la delación premiada.

El juez responsable del juzgamiento en primera instancia, Sérgio Moro, objetivo preferido de las críticas, habría conducido los trámites procesales con el objetivo de condenar a Lula más que con el de cumplir con la ley. Las supuestas grabaciones de las conversaciones entre el magistrado y miembros del Ministerio Público, reveladas recientemente⁶, serían apenas la comprobación de la predisposición condenatoria del juzgador, que habría participado en una amplia colusión contra el expresidente.

Según el amplio material divulgado recientemente, el juez –hoy ministro del gobierno de Bolsonaro– se habría comunicado con los procuradores que intervenían en el caso para orientar sus acciones, sugerir sus procedimientos y combinar estrategias, en un irrespeto flagrante de las normas más básicas del debido proceso legal y a los más básicos requisitos éticos de la función del magistrado. Moro se habría erigido espuriamente en acusador y juzgador a un tiempo, y se habría convertido en una especie de “justiciero judicial”⁷. Su conducta representaría una falta

⁶ “Site divulga supostos diálogos entre Moro e membros da Lava Jato | Notícias e análises sobre os fatos mais relevantes do Brasil | DW | 10.06.2019”, consultado el 18 de diciembre del 2019, <https://www.dw.com/pt-br/site-divulga-supostos-diálogos-entre-moro-e-membros-da-lava-jato/a-49125503>.

⁷ Ruy Fausto, “Desmoralização de Moro não inocenta o PT, diz Ruy Fausto - 05/07/2019 - Ilustríssima - Folha”, consultado el 18 de diciembre del 2019, <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2019/07/desmoralizacao-de-moro-nao-inocenta-o-pt-diz-ruy-fausto.shtml>.

ética gravísima, una profunda instrumentalización del sistema de justicia con el objeto de atender intereses político-partidarios. La ética de la Justicia, que es la de la imparcialidad, habría desaparecido por completo.

Para los partidarios de este punto de vista, los jueces y el Ministerio Público se habrían doblegado a los intereses de las elites conservadoras y despreciado la integridad del funcionamiento del sistema jurídico brasileño. Al reglar sus acciones a partir de preferencias políticas y no de la racionalidad jurídica, esos órganos del sistema de justicia habrían causado un daño irreparable a la democracia.

Segunda situación. El mantenimiento de los derechos políticos de Dilma Rousseff. El 4 de octubre del 2017, el Tribunal Superior Electoral (TSE) confirmó, por unanimidad, el derecho de Dilma Rousseff a registrarse como candidata y competir por una vacante en el Senado Federal. El TSE invocó una cuestión técnica, de competencia, para negarse a revisar una decisión del Senado, que hizo una interpretación inédita y controvertida del artículo 52 de la Constitución Federal por la cual condenaban a Rousseff por un delito de responsabilidad, sin suspenderle, a su vez, sus derechos políticos; el TSE afirmó al respecto lo siguiente⁸:

La justicia electoral no tiene competencia para analizar si una decisión tomada por el Senado es correcta o equivocada [...]. Si alguien pudiese —y eso es discutible— revisar esa decisión, sería el Supremo Tribunal Federal y no el Tribunal Superior Electoral⁹.

⁸ “Art. 52: Es competencia privativa del Senado Federal: I. Procesar y juzgar al Presidente y al Vicepresidente de la República por crímenes de responsabilidad, al igual que a los ministros de Estado y los comandantes de la Armada, del Ejército y de la Aeronáutica por crímenes de la misma naturaleza conexos con aquellos; [...] Párrafo único. En los previstos en los incisos I y II, actuará como Presidente el que lo sea del Supremo Tribunal Federal, limitándose la condena, que requerirá para su aprobación dos tercios de los votos del Senado Federal, a la pérdida del cargo, con inhabilitación por ocho años para el ejercicio de la función pública, sin perjuicio de las demás sanciones judiciales imponibles.” https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf.

⁹ “TSE confirma que Dilma Rousseff pode disputar eleição ao Senado | Agência Brasil”, consultado el 18 de diciembre del 2019, <http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2018-10/tse-confirma-que-dilma-rousseff-pode-disputar-eleicao-ao-senado>.

Una buena parte de la población brasileña vio en la posición del TSE una respuesta, si bien incompleta, frente a una moción de censura que consideraba espuria. Como en el caso de la condena de Lula, el proceso contra la presidenta habría tenido como única motivación interrumpir un proyecto político contrario a los intereses de los más poderosos. El supuesto delito de responsabilidad que fundamentaba el impedimento en su contra habría sido una maquinación perversa, elaborada para servir agendas políticas ilegítimas y para garantizar el mantenimiento de estructuras sociales intrínsecamente injustas. Estos brasileños entendían que los jueces prestaban un gran servicio a la democracia al impedir que el golpe orquestado por las élites impidiese la candidatura de un personaje íntegro, identificado con la causa de los más pobres.

Otra parte igual de importante de la población se sintió frustrada, al mismo tiempo, con la decisión. Para esas personas, el sentido del artículo en cuestión es cristalino y determina inequívocamente la pérdida automática de derechos: en el caso de la moción de censura al presidente Collor de Mello, en 1992, esa cuestión ni siquiera se planteó, alega ese grupo. El cambio de interpretación, argumentan los críticos, habría sido fruto de artimañas y de intereses políticos mezquinos: el presidente del Senado era un conocido defensor del partido de la presidenta y el magistrado del Supremo Tribunal Federal (STF) que presidió la sesión había sido propuesto para el cargo por el antecesor de Dilma Rousseff, el expresidente Luiz Inácio Lula da Silva.

Estos brasileños pensaban que al eximirse de la responsabilidad de suspender los efectos de una interpretación extravagante, verdadero golpe a la Constitución, los jueces estarían inclinándose hacia un populismo autoritario y traicionando su compromiso con la democracia.

Las dos situaciones, separadas en el tiempo por unos pocos meses, ilustran la ocurrencia, en la actualidad, de una transformación profunda en la forma en que la población brasileña entiende el funcionamiento del sistema de justicia y la actuación de los profesionales que lo forman. El prestigio del que gozó el derecho en las dos primeras décadas tras la restauración de la democracia y la promulgación de la Constitución Federal de 1988 se fue perdiendo poco a poco, con riesgos evidentes para la calidad de la democracia en el país.

El objetivo principal, aunque no el único, ha sido el Supremo Tribunal Federal. Su aura de guardián de la democracia y de la Constitución se fue mancillando gradualmente por las sospechas de que tal vez

ese poder no estuviera tan aislado de las clases de cálculo y del juego de intereses que las poblaciones deploran en las acciones del Ejecutivo y del Legislativo¹⁰.

Sobre todo a partir de la década del 2010, prosperó la idea de que, por una serie de factores, los jueces estaban asumiendo un protagonismo controvertido en la vida política brasileña. No rehuyeron intervenir, con una frecuencia cada vez mayor, en temas sensibles y complejos, a menudo ocupándose de problemas cuya regulación, según muchos críticos, era más de naturaleza política que jurídica, y de competencia de los poderes Legislativo y Ejecutivo¹¹.

Algunos de los integrantes de los tribunales superiores —e incluso de los tribunales de primera instancia— comenzaron a convertirse en presencias habituales de los medios de comunicación y de las redes sociales. En esos medios se manifestaron, con frecuencia y a veces con desesperación, sobre una cantidad creciente de cuestiones, incluso sobre algunas que eventualmente podrían tener que decidir. Para algunos observadores preocupados, la democracia corría el riesgo de convertirse en una “supremodemocracia”¹².

La perspectiva hermenéutica en la que el STF fundamentaba en muchas ocasiones sus decisiones, sobre todo el fuerte énfasis que ponía en consideraciones consecuencialistas, y la discrepancia percibida entre sus decisiones en casos considerados sustancialmente iguales se sumaron a la exposición pública de los juzgadores, para socavar, apelando al sentido común, la imagen de alejamiento que legitima tradicionalmente a los jueces en las democracias¹³.

Aunque era más visible en las críticas al STF, esta pérdida de confianza se extendió al funcionamiento de todo el sistema de justicia. No son solo los jueces los que se encuentran cuestionados hoy: toda la comunidad de profesionales del derecho —abogados, procuradores, defensores

¹⁰ Oscar Vilhena Vieira, *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional* (São Paulo: Companhia das Letras, 2018).

¹¹ Son casos emblemáticos de esta posición los que involucran el conocido como umbral electoral (o “cláusula de barrera” en algunos países), la unión entre homosexuales y la criminalización de la homofobia por analogía con el delito de racismo.

¹² Oscar Vilhena Vieira, *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional* (São Paulo: Companhia das Letras, 2018).

¹³ *Ibíd.*

públicos, académicos— es observada con desconfianza por una población reticente frente a las afirmaciones de que las estrategias procesales y las posiciones teóricas son interpretaciones técnicas, objetivas de los textos normativos. La euforia con la cual una población abrazó el derecho como principal instrumento para garantizar una vida democrática y justa dio lugar a una desconfianza acentuada sobre su capacidad de cumplir ese papel y, en casos extremos, la sugerencia de que el sistema de justicia y los tribunales podrían servir incluso los fines contrarios.

Las facultades de Derecho no pueden, como es evidente, dar la espalda a esa nueva realidad. Una insatisfacción popular con el funcionamiento de las instituciones jurídicas —terreno peligroso, en el que germinan con frecuencia los discursos autoritarios y antidemocráticos— impone que los educadores de los futuros profesionales del derecho examinen de manera crítica su responsabilidad en este estado de cosas. Se les insta a profundizar su reflexión sobre su papel en la formación de egresados que estén éticamente comprometidos con los intereses de aquellos que representan, con el sistema de justicia y con la democracia.

Esa formación no se dará si las discusiones sobre la ética quedan confinadas a la periferia del currículo, se ven como algo exterior, distinto y disociado del proceso de capacitación técnica. Tiene que ser capaz de ayudar a los alumnos a comprender el carácter intrínsecamente ético y político de todas las dimensiones, y de cada aspecto, de los cursos de derecho, e incluir en ellos las formulaciones teóricas y las metodologías de enseñanza.

UNA DIMENSIÓN ÉTICA DE LA TEORÍA: MIRADAS AL DERECHO, VISIONES DE LA DEMOCRACIA

Una de las características fundamentales de las sociedades democráticas es el hecho de que permiten interpretaciones dispares del derecho, articuladas por grupos y sectores con intereses legítimamente discrepantes. Los cuestionamientos contemporáneos al funcionamiento de los sistemas de justicia son testimonio de la relevancia concreta que surge de sus diferentes formas de entender el derecho, su función y sus fronteras.

Los diseños de estrategias jurídicas, los modos de actuación profesional y la elaboración de la *ratio decidendi* no se forman solo a partir de categorías técnicas, sino, y de forma mucho más fundamental, de

la manera en que les damos un significado a estas categorías. Es decir, aquello que se define como “técnico” o “estrictamente jurídico” no es un *a priori* pacífico, sin oposición, sino el resultado de formas específicas de concebir conceptualmente el derecho. Este trabajo de elaboración conceptual, de delineamiento de fronteras, se realiza, de manera muy especial, en cada institución de enseñanza jurídica. En las sociedades democráticas, las diferentes visiones en torno al derecho se generan en las universidades.

De hecho, una función central de los cursos jurídicos es la de formar la perspectiva que sus egresados tendrán del derecho. Sin embargo, esta dimensión política (en sentido lato) de los cursos, muchas veces oscurecida por las demandas más prácticas de la formación profesional, tiene consecuencias profundas sobre la posibilidad de que las leyes sirvan efectivamente como fundamento democrático para regular la vida del país y sobre la noción de lo que significa ser una jurista íntegra éticamente. Como observa William H. Simon en *A prática da Justiça*, “Las cuestiones fundamentales de la ética jurídica pertenecen al ámbito de la teoría del derecho, es decir, implican cuestiones sobre la naturaleza y el propósito del derecho y del sistema jurídico”¹⁴.

Esa formación no ocurrirá si las discusiones sobre la ética quedan confinadas a la periferia del currículo, consideradas algo exterior, diverso y disociado del proceso de capacitación técnica. Tiene que poder ayudar a los alumnos a comprender el carácter intrínsecamente ético y político de todas las dimensiones, y de cada aspecto, de los cursos de derecho, incluidas las formulaciones teóricas y las metodologías de enseñanza.

Desde hace más o menos un siglo, en Occidente las divergencias entre los teóricos han sido descritas, con variaciones, como el enfrentamiento entre la perspectiva positivista y la perspectiva realista. Dejando a un lado sus múltiples e importantes peculiaridades, las propuestas de cada uno de estos campos dan prioridad, como punto de partida para sus reflexiones, a la estructura y la coherencia interna del sistema normativa, y a los efectos y condiciones del funcionamiento real del sistema, respectivamente.

¹⁴ William H. Simon, *A prática da justiça* (Sao Paulo: Martins Fontes, 2001).

La escogencia de una u otra de estas matrices fundamentales, al igual que la de cualquiera de sus innumerables variaciones, es una decisión ética fundamental, de la que se derivarán todas las demás (currículos, temas, metodologías, materiales, comentarios). Es así porque esa elección circunscribe el espacio legítimo de actuación en el cual y a partir de la cual cualquier consideración ética profesional es posible.

Una propuesta de enseñanza jurídica basada en lecturas del primer grupo, por ejemplo, basada en la creencia de que es conveniente para las democracias que la racionalidad jurídica permanezca apartada de otros tipos de racionalidad –por ejemplo: económica, política, moral– tendrá una articulación necesariamente distinta de las propuestas que entienden que esta clase de disociación es teóricamente insostenible y prácticamente indeseable, toda vez que el derecho, en esta segunda perspectiva, estaría imbricado intrínsecamente con otras dimensiones de la vida.

La idea de la ética profesional que atraviesa cada una de estas perspectivas es, por consiguiente, necesariamente distinta, así como será distinta la manera de comprender que desarrollará cada una de ellas sobre el significado práctico del imperativo de la triple lealtad: al papel profesional, al sistema de justicia y a las instituciones y las prácticas democráticas.

Los partidarios de alguna de las versiones de la propuesta positivista tenderán, por lo general, a conceder un lugar especial en las aulas a la dogmática y a los documentos normativos que estructuran el derecho positivo, y también a los doctrinantes que apoyan el predominio de este enfoque sobre las teorías rivales. La legalidad y la validez de los actos jurídicos destacarán usualmente en su forma de presentar y problematizar el derecho, así como la atención al contenido semántico de normas y principios, y a las teorías de interpretación que les dan prioridad a estos valores.

Esta interpretación del derecho tendrá consecuencias directas para la forma de pensar el sentido de la ética profesional y las formas de enseñarla en los cursos de derecho. Desde este punto de vista, una postura ética se estructura en gran medida por la capacidad del profesional de abstenerse de consideraciones que ese enfoque entiende como no jurídicas, es decir, por la adopción de una posición neutra con respecto a los fines para los cuales se apela al sistema de justicia. Requiere también un cuidado escrupuloso a la hora de respetar los límites de acción que le son impuestos por su función dentro de todo el sistema (abogado, fiscal, defensor público, juez). Esta autocontención se considera necesaria

para evitar que las preferencias individuales interfieran en la integridad del funcionamiento de las instituciones de justicia.

Es decir, esta concepción teórica del derecho lleva implícita la idea de que la principal contribución que los juristas pueden hacerle a la democracia es no traspasar el mandato político de otros poderes o de otros sujetos sociales. Su función es la de seguir estrictamente la defensa de los intereses *jurídicos* de sus representados puesto que se supone que del otro lado hay una contraparte profesional igual de capacitada que hará lo mismo por la contraparte y, entre estas, habrá un magistrado competente para decidir estas cuestiones. En otros términos, la ética profesional se vincula aquí a una forma particular de entender la separación de poderes y las fronteras que impone esa separación.

En esta perspectiva, un buen profesional del derecho es aquel que hace lo máximo posible dentro de la *racionalidad jurídica*, una de las racionalidades en la estructura del Estado democrático. Los que adoptan este punto de vista no son ingenuos con respecto a las dificultades —e incluso a las eventuales injusticias— que surgen de ese propósito de autocontención. Defienden, a pesar de ello, que la solución a esos problemas no saldrá del abandono de la especificidad profesional (como la entienden), sino en el perfeccionamiento del sistema de justicia en su conjunto. Históricamente ligada a los regímenes liberales, esta concepción sugiere que la función de los juristas es “velar por las reglas del juego”; otras instancias serían las encargadas de formularlas y de administrar sus consecuencias.

Por otro lado, los partidarios de alguna de las versiones de la propuesta realista tenderán, por lo general, a otorgar a la jurisprudencia y a los problemas prácticos un lugar especial en sus aulas, y también a los doctrinantes que apoyan la preeminencia de este enfoque sobre los de las teorías rivales. La ponderación de valores y los efectos sociales de los actos sociales destacarán en su forma de presentar y problematizar el derecho, así como el contenido axiológico de normas y principios, y las teorías de interpretación que les dan prioridad a esos valores.

También esta interpretación del derecho tendrá consecuencias directas para la forma de pensar el sentido de la ética profesional y las formas de enseñarla en los cursos jurídicos. Al problematizar, expandir o deshacer las fronteras con las que la visión positivista separa el derecho de las otras dimensiones de la vida social, las versiones realistas desarrollan también un sentido diferenciado de la ética profesional.

Si la ponderación jurídica no se puede disociar de las consideraciones del contexto y de los efectos del funcionamiento del sistema de justicia, los buenos profesionales del derecho tampoco pueden ser ajenos a estas consideraciones.

Desde este punto de vista, una adhesión estricta a la dimensión técnica del papel es la condición necesaria, pero no suficiente, para el pleno ejercicio ético de la profesión. Esta comprensión de la conciencia ética impone que el profesional, al escoger cuáles estrategias jurídicas se utilizarán y cuáles no, o los tipos de interpretación que se implementarán y los que se rechazarán, considere siempre el interés social más amplio y la integridad de la democracia, a la cual debe servir su actuación.

Esta perspectiva se liga a la preocupación de que el derecho sea capaz de contribuir a un incremento no solo de la justicia procedimental, desde el punto de vista del funcionamiento del sistema jurídico, sino también de la justicia sustantiva, desde el punto de vista del funcionamiento de la sociedad. Dialogando, en el campo teórico, con el debate clásico sobre el problema de la distancia entre el “law in the books” y el “law in action”, esta forma de pensar el derecho se vuelve más urgente y adquiere matices particulares en las sociedades latinoamericanas, marcadas por diferencias abismales en las condiciones de vida de sus ciudadanos.

Históricamente, esta forma de postular el papel del derecho se liga a la crítica a las propuestas liberales, en general, y a la exportación de sus instituciones para los países periféricos, en especial. Tiene una larga tradición en el pensamiento latinoamericano que es crítica de las pretensiones de neutralidad de las instituciones de la democracia liberal, incluso del sistema de justicia¹⁵.

Desde este punto de vista, el profesional ético debería incorporar a su actuación una preocupación constante por comprender este contexto más amplio en el que se produce la elaboración y la aplicación del derecho, y por ponderar las consecuencias prácticas de las diferentes líneas de acción.

Las observaciones de Luís Roberto Barros, magistrado del Supremo Tribunal Federal de Brasil, son emblemáticas de esta forma de pensar, y de la forma en que se produce la crítica a la visión opuesta, de sesgo

¹⁵ Diego Eduardo López Medina, *Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana* (Bogotá: Legis, 2004).

positivista. Considerando el pasado histórico de la vida brasileña, sobre todo desde el punto de vista del derecho constitucional, el magistrado observa que

A lo largo de este periodo^[16] la teoría del derecho constitucional osciló entre dos extremos [...]. De un lado, el pensamiento constitucional tradicional, abrazado por la dictadura, que se ajustaba a una perspectiva historicista, puramente descriptiva de las instituciones vigentes, incapaz de reaccionar frente al poder autoritario y al silencio forzado de las calles. De otro lado, parte de los académicos y de la juventud se habían movido hacia una teoría crítica del derecho, una mezcla de ciencia política y de sociología jurídica, de fuerte influencia marxista. La teoría crítica subrayaba el carácter ideológico del orden jurídico, visto como una superestructura orientada hacia la dominación de clase, y denunciaba la naturaleza violenta e ilegítima del poder militar en Brasil. [...] [La] visión crítica fue decisiva para el surgimiento de una generación menos dogmática, más permeable a otros acontecimientos teóricos y sin los mismos compromisos con el *statu quo*. La redemocratización y la reconstitucionalización del país, a finales de la década de los ochenta, impulsó un regreso al derecho¹⁷.

La referencia a una posición teórica coincidente con el autoritarismo y la negación de la democracia señala, de forma cristalina, la objeción ética que esa propuesta representa para algunas formas tradicionales de interpretar el derecho. Más allá de eso, está claro también que el camino sugerido para la superación de estas formas y la construcción de una acción éticamente responsable es aquella que lleva a los juristas a abandonar las interpretaciones estrictas de la dogmática y a abrirse a otros campos del saber.

Esta concepción teórica del derecho lleva implícita la concepción de que la principal contribución que los juristas pueden hacer a la democracia es la de ampliar las posibilidades del derecho de promover,

¹⁶ El periodo dictatorial en Brasil, que se extendió de 1964 a 1985.

¹⁷ Luis Roberto Barroso, “A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria”, *Revista Brasileira de Políticas Públicas* 5, n.º 2 (2015), <https://doi.org/10.5102/rbpp.v5i2.3180>.

efectivamente, una vida más justa y ecuánime para todos los ciudadanos. Actuar éticamente es tener ese horizonte más amplio como condición de sentido para el empleo de la técnica y el conocimiento experto de los profesionales.

No es difícil ver cómo cada una de esas perspectivas teóricas impacta en la forma de pensar la formación del egresado –por ejemplo, las matrices que se le dan para pensar las tensiones éticas que colocan entre los intereses del cliente y los de la sociedad– y el espacio otorgado a la enseñanza de la ética en las facultades de Derecho. Apoyar una u otra posición implica postular un espacio más o menos delimitado, y un sentido más o menos estricto, para las discusiones sobre ética profesional.

Pero no es solo la enseñanza de la teoría la que conlleva inevitablemente un presupuesto ético. Las metodologías de enseñanza y las prácticas en el salón de clases están igual de cargadas de elecciones éticas fundamentales.

LA DIMENSIÓN ÉTICA DE LA PRÁCTICA: OPCIONES METODOLÓGICAS, VISIONES DE LA DEMOCRACIA

Las facultades de Derecho, espacio de múltiples significados, son también, y de forma muy particular, un lugar de poder. Su jerarquía interna, sus formas de legitimación y de validación de las interacciones entre gestores, docentes, estudiantes y funcionarios, sus currículos y sus formas de renovar su personal dialogan de manera muy profunda con las estructuras de poder en funcionamiento en las sociedades en las que se insertan.

Este diálogo se da en dos niveles, que se realimentan recíprocamente. El primero de ellos tiene que ver con la función social de las facultades de Derecho: preparan al personal que se integrará en el sistema de justicia y en las instituciones de gobierno, es decir, a los profesionales formados para definir y disputar lo que será permitido, prohibido y obligatorio en la vida social. El segundo tiene que ver con la dinámica interna de su funcionamiento: *locus* de formación de un capital relacional¹⁸

¹⁸ Yves Dezalay y Bryant G. Garth, *The Internationalization of Palace Wars* (Chicago: University of Chicago Press, 2002).

para el ejercicio futuro de la profesión, la academia jurídica presenta una versión peculiar de la relación saber-poder explorada por Foucault¹⁹.

En lo que se refiere a la formación de los cuadros para el sistema de justicia y las instituciones de gobierno, esta función de preparar a los futuros ocupantes del poder produce un patrón bien definido, que se puede encontrar, con pequeñas variaciones, a lo largo de todo el continente:

El patrón clásico latino se podía observar en Brasil al menos hasta finales de la década de los sesenta. [...] En primer lugar, el derecho y la educación jurídica servían para unir a los diversos sectores de la elite gobernante. En segundo lugar, el derecho y la educación jurídica proporcionaban un medio para el intercambio, la conversión y la reproducción del capital social o relacional de las familias dominantes. En tercer lugar, el derecho proporcionaba un lenguaje y una autoridad que legitimaban el control sobre el Estado²⁰.

Esta configuración tradicional, en la que la enseñanza de la normatividad jurídica se enlaza con la consolidación de dinámicas de ampliación y perpetuación de las estructuras de prestigio social, encuentra su traducción en los métodos de enseñanza predominantes en las facultades de Derecho.

En América Latina, la enseñanza ha sido tradicionalmente respetuosa con el sistema jurídico presentado a los alumnos. Una larga tradición de clases expositivas y de glosas, y la práctica recurrente de estructurar las aulas en torno a la disección minuciosa de los códigos y las leyes, artículo por artículo, ha implicado una posición sobre todo descriptiva de los mecanismos internos del sistema, que la mayoría de las veces es distante, o ajena, a los discursos de poder que incorpora, expresa o refuerza implícitamente. El objetivo de las clases es el de presentar, por así decirlo, las causalidades del sistema, no el de discutir su sentido.

La persistencia de las clases magistrales (en esencia no muy diferentes de las impartidas desde el siglo XIX), incluso frente las transformaciones radicales que caracterizan el contexto contemporáneo en el que se elabora y aplica el derecho —un contexto marcado por la globalización,

¹⁹ Michel Foucault, *La arqueología del saber* (Madrid: Siglo XXI, 2013).

²⁰ Dezalay y Garth, *The Internationalization of Palace Wars*.

por la revolución de las tecnologías de la información, por la reconfiguración de las estructuras y del papel del Estado, por los nuevos tipos de movimientos sociales y de subjetividades—, tal vez sea una señal de los factores permanentes más profundos que configuran y estructuran el poder en las sociedades latinoamericanas.

En las facultades de Derecho no es infrecuente observar aulas en las que una multitud silenciosa de alumnos escucha, con diversos grados de atención e interés, a un docente que pontifica, con toda autoridad, sobre algún aspecto de la ley. La relación que ahí se establece es la de un polo activo y otro polo pasivo del discurso, entre quien tiene legitimidad para hablar (uno) y quienes no la tienen (muchos). Una relación jerárquica clara e inequívoca y la participación de los alumnos se restringen, correspondientemente, a la solicitud de aclaraciones o adiciones, no a rebatir o a criticar lo que se dice.

Esta opción metodológica por la clase expositiva magistral y jerárquica a menudo se ve afectada por la actitud cotidiana de docentes y estudiantes, que parecen entenderla como una expresión natural, cuando no necesaria, del funcionamiento de una institución que tiene como una de sus funciones prioritarias la educación para el ejercicio del poder. Esta práctica pedagógica, contrapunto metodológico de las perspectivas teóricas de corte positivistas que aíslan el derecho de otros campos de la vida, deja fuera del salón de clases la preocupación por el contexto y la pluralidad de sujetos que lo frecuentan.

Habrà, sin duda, diferencias en las formas en que se implementa esta perspectiva didáctica, variaciones en los grados y modalidades de interacción docente-estudiante —es posible encontrar, por ejemplo, exposiciones más o menos seductoras, más o menos abiertas a cuestionamientos, etcétera—. Sin embargo, a pesar de estas diferencias, las clases magistrales expositivas tienen como aspecto común y fundamental el hecho de que se estructuran a partir del objeto que se enseña, y no del *sujeto* que aprende, en una dinámica en la que este es secundario con respecto a aquel²¹.

²¹ José Garcez Ghirardi, “O instante do encontro: questões fundamentais para o ensino jurídico” (Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (Direito GV, 2012).

La elección de dinámicas de enseñanza centradas en el objeto de estudio, que se traducen por lo general en clases magistrales expositivas, tiene así una dimensión ética incontestable. No es solo una elección sobre la forma de presentar el derecho: es también una forma de entender la universidad, el saber y la función social de ambos. Es un modo específico de ejercer el poder en el salón de clases, componente del currículo oculto²² que constituye una de las influencias más permanentes de la universidad sobre sus egresados.

El influyente y controvertido artículo de Duncan Kennedy “Legal Education and the Reproduction of Hierarchy”²³ resume una parte importante de las críticas a las implicaciones éticas de esta propuesta metodológica. Kennedy sugiere que “el contenido ideológico del currículo de la facultad de Derecho, las prácticas no curriculares de las facultades de Derecho [...] forman a los estudiantes para que acepten y participen en la estructura jerárquica de la vida en el derecho”²⁴; defiende que la reproducción acrítica de las jerarquías sociales existentes es un problema que las facultades de Derecho tienen que enfrentar.

Aunque la academia jurídica esté en desacuerdo, a veces marcado, con las propuestas de Kennedy sobre las formas de responder a esta situación, gran parte de ella parece estar de acuerdo con su diagnóstico²⁵. En las últimas décadas se han multiplicado las obras que proponen la centralidad del sujeto en el proceso de enseñanza-aprendizaje del derecho, así como el número de instituciones que adoptan alguna modalidad de “enseñanza participativa”.

Estas propuestas tienen en común, por un lado, la premisa pedagógica de que las condiciones históricas del sujeto son fundamentales para el

²² Gozewijn Bergenhenegouwen, “Hidden curriculum in the university”, *Higher Education* 16, n.º 5 (1987): 535-43.

²³ Duncan Kennedy, “Legal Education and the Reproduction of Hierarchy: A Polemic against the System”, *Michigan Law Review* 82, n.º 4 (febrero de 1984): 961.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Dezalay y Garth, *The Internationalization of Palace Wars*; Lucille A. Jewel, “Bourdieu and American Legal Education: How Law Schools Reproduce Social Stratification and Class Hierarchy”, *Buffalo Law Review* n.º 56 (2008): 1156; Gerald Turkel, “Michel Foucault: Law, power, and knowledge”, *Journal of Law and Society* n.º 17 (1990): 170-93.

aprendizaje. Los métodos participativos, que actualizan la propuesta de Paulo Freire de elaborar la enseñanza a partir de la cual se está formando, introducen una inversión de la jerarquía tradicional del salón de clase. Los polos pasivo/activo del discurso se alternan programáticamente a lo largo de las clases, y requieren una negociación continua sobre la legitimidad y la aceptabilidad de las propuestas ofrecidas.

Por ello, estas metodologías tienden a afectar también, como ya se señaló, al *corpus* de materiales y temas que se discuten: la solución de casos y problemas, y la reflexión sobre la repercusión de las soluciones propuestas gana espacio sobre la exégesis de los artículos y el escrutinio de la arquitectura normativa. La experiencia de los sujetos que aprenden se vuelve el fundamento del proceso de enseñanza-aprendizaje.

Al igual que lo que pasa con las clases expositivas magistrales, también la elección de metodologías activas tiene implicaciones éticas de peso. Lleva implícitas concepciones tan importantes y variadas como las que dicen respetar el lugar del derecho en las sociedades, las relaciones entre orden y justicia y la función de la universidad. Darle otro significado al poder del docente y a la participación del estudiante tiene ecos profundos en las formas en que los egresados entienden los intercambios de poder en sus sociedades.

Por ello, es crucial no olvidar que las opciones metodológicas expresan escogencias éticas de fondo, aun cuando a menudo estás no se hayan hecho explícitas. La falta de claridad sobre esas escogencias empobrece el debate sobre la enseñanza jurídica y priva a todos —alumnos, profesores, instituciones y sociedad— de la oportunidad de un salto cualitativo en la forma de pensar y enseñar el derecho.

Estas diferencias entre perspectivas, lejos de ser un problema, muestran una pluralidad de visiones y de valores que deben ser abrazadas por las sociedades verdaderamente democráticas. Por ello, la búsqueda imprescindible de una educación jurídica ética no debe entenderse como un llamado a la homogeneización de modelos que no tengan en cuenta la diversidad del contexto (nacional, regional, institucional). En las democracias, un modelo único no es deseable ni para pensar, ni para enseñar el derecho. Por ello, debatir de forma abierta las premisas y las implicaciones éticas de cada modelo de enseñanza, además de ser un imperativo para la mejora interna de las instituciones, es una contribución fundamental al crecimiento de las instituciones democráticas.

PREGUNTAS PARA REFLEXIONAR

- a. ¿Una preocupación por el perfeccionamiento de la vida democrática debe ser una prioridad para las facultades de Derecho? ¿Por qué? ¿Qué consecuencias tendría su respuesta para el currículo y las metodologías de su facultad?
- b. ¿Usted defiende que hay conexiones relevantes entre teoría y metodologías de enseñanza del derecho, ética profesional y democracia? ¿Por qué?
- c. Una discusión sobre los desafíos concretos que enfrenta una democracia en un país, ¿debe ser parte del currículo regular de los cursos de graduación del derecho? ¿O deberían ser objeto solo de actividades extracurriculares y de la investigación de posgrado?
- d. ¿Usted cree que hay espacio para la discusión sobre las relaciones entre democracia y derecho en el ámbito de las disciplinas dogmáticas? ¿Y en el ámbito de las disciplinas zetéticas o especulativas? ¿Por qué?
- e. ¿El currículo de su universidad sugiere una interpretación unitaria o plural de las relaciones entre teorías y metodologías de la enseñanza del derecho, ética profesional o democracia? ¿Cuál o cuáles serían?
- f. ¿Qué significa una universidad “democrática”? ¿Debe reflejar apropiadamente el funcionamiento de una sociedad democrática? ¿Por qué? ¿Cómo se produce eso en su universidad?
- g. ¿Cómo entiende usted que hay que articular la triple lealtad discutida en el texto: al papel profesional, al sistema de justicia, y a las instituciones y las prácticas democráticas?

BIBLIOGRAFÍA

- Barroso, Luís Roberto. “A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria”. *Revista Brasileira de Políticas Públicas* 5, n.º 2 (junio del 2015).
- Bergenhengouwen, Gozewijn. “Hidden curriculum in the university”. *Higher Education* 16, n.º 5 (1987): 535-43.
- Dezalay, Yves, y Bryant G. Garth. *The Internationalization of Palace Wars*. Chicago: University of Chicago Press, 2002.

- Fausto, Ruy. “Desmoralização de Moro não inocenta o PT, diz Ruy Fausto - 05/07/2019 - Ilustríssima - Folha”. Último acesso el 18 de diciembre de 2019, <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2019/07/desmoralizacao-de-moro-nao-inocenta-o-pt-diz-ruy-fausto.shtml>.
- Foucault, Michel. *La arqueología del saber*. Madrid: Siglo XXI, 2013.
- Fraser, Nancy. “Recognition or Redistribution?”, en *Contemporary Political Theory: A Reader*, 205-20. London: SAGE Publications Ltd, 2004.
- Ghirardi, José Garcez. “O instante do encontro: questões fundamentais para o ensino jurídico”. Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (Direito GV), 2012.
- Jewel, Lucille A. “Bourdieu and American Legal Education: How Law Schools Reproduce Social Stratification and Class Hierarchy”, *Buffalo Law Review* 56 (2008): 1156.
- Kennedy, Duncan. “Legal Education and the Reproduction of Hierarchy: A Polemic against the System”. *Michigan Law Review* 82, n.º 4 (febrero de 1984): 961.
- López Medina, Diego Eduardo. *Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis, 2004.
- Montoya, Juny. “Ética y Educación jurídica”, en *Ética Profesional del abogado*, s. f.
- Rosanvallon, Pierre. *La légitimité démocratique: Impartialité, réflexivité, proximité*. Paris: SEUIL, 2008.
- Simon, William H. *A prática da justiça*. Sao Paulo: Martins Fontes, 2001.
- “Site divulga supostos diálogos entre Moro e membros da Lava Jato | Notícias e análises sobre os fatos mais relevantes do Brasil | DW | 10.06.2019”. Último acceso el 18 de diciembre del 2019, <https://www.dw.com/pt-br/site-divulga-supostos-diálogos-entre-moro-e-membros-da-lava-jato/a-49125503>.
- “TSE confirma que Dilma Rousseff pode disputar eleição ao Senado | Agência Brasil”. Último acceso el 18 de diciembre del 2019, <http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2018-10/tse-confirma-que-dilma-rousseff-pode-disputar-eleicao-ao-senado>.
- Turkel, Gerald. “Michel Foucault: Law, power, and knowledge”. *Journal of Law and Society* 17, n.º 2 (1990): 170-93.
- Vieira, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.
- . “Supremocracia”. *Revista Direito GV*, 2008.

SEGUNDA PARTE
REGULACIÓN

CAPÍTULO IV

ABOGADOS Y REGULACIÓN DE LA PROFESIÓN: ENTRE AUTONOMÍA Y SUBORDINACIÓN*

CARLOS FRANCISCO MORALES DE SETIÉN RAVINA

INTRODUCCIÓN

La historia de la profesión jurídica en Latinoamérica, como en casi todo el mundo occidental, camina de la mano de la tensión entre la regulación y la autorregulación del ejercicio profesional. La cualificación para el ejercicio de la profesión, el lugar en el que la regulación estatal es más patente, está también fuertemente influida por los intereses y las concepciones de los abogados sobre cuál debe ser la función de los abogados en la sociedad y qué conocimiento deben tener. En lo relativo al derecho, cuando la legislación habla del interés público reproduce en muchos casos las frases y los lugares comunes que los propios abogados repiten en sus invocaciones a la dimensión social de su profesión y que los profesores de derecho repiten a sus alumnos: el abogado es un guardián de la justicia, el garante de la ley, el guardián del pueblo. Sin embargo, gran parte de esas ideas abstractas consagradas en las normas jurídicas como principios de actuación del abogado encuentran un reflejo tenue, si acaso, en mecanismos que permitan controlar de manera efectiva la conducta de los practicantes del derecho. La respuesta contradictoria, y a veces cínica, de que el control es innecesario porque la mayoría de las prácticas es acorde con esos principios y que, por consiguiente, esos mecanismos son rara vez usados, no se corresponde con las quejas cada vez mayores sobre la dificultad real que experimentan los clientes para exigir responsabilidad a los abogados que infringen los códigos de conducta y sobre la opacidad de unos procesos que, escudándose en el secreto profesional y la afectación potencial al prestigio

* Para citar: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.417>

del abogado (inocente), parecían estar destinados a proteger a los abogados más que a sus clientes.

La acusación de corporativismo, que padecen habitualmente también otros profesionales, como médicos o auditores, se usa para denunciar la conducta de los profesionales que, ante una posible infracción de unos de sus miembros, actúan como los antiguos gremios en defensa de sus intereses, por encima de los intereses del cliente insatisfecho y de la sociedad en su conjunto. La autorregulación, cuando existe, solo empeora la situación según los críticos de la colegiación, porque se ve como el brazo del corporativismo que barre en silencio las quejas de la ciudadanía. Para los que tienen una visión negativa de la profesión como esta, más regulación y control de las autoridades públicas sería la respuesta frente al corporativismo y su corolario, la autorregulación.

“The neverending story” o por qué es tan difícil una buena regulación de la profesión jurídica

The neverending story. Así, con ese título en inglés de ortografía extraña, sacado de un libro de “fantasía oscura”¹, es como el órgano encargado de vigilar la competencia en España y sancionar las conductas contrarias a las normas, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), se refiere a sus intentos durante más de veinte años de hacer que los colegios profesionales, y entre ellos los de abogados, reformen sus estatutos con el fin de “eliminar los fallos de mercado en beneficio de los consumidores y usuarios”². Sin embargo, la historia de los enfrentamientos entre asociaciones profesionales y poderes públicos no es ninguna historia de ficción, sino una historia muy real, en la que los intentos de regulación (o desregulación, en este caso) por la administración del Estado chocan una y otra vez contra la resistencia, de facto

¹ “The NeverEnding Story” es el título en inglés del famoso libro de Michael Ende, *Die Unendliche Geschichte*, Stuttgart: Thienemanns (Berlin: [K.] Verlag, 1979). Existe versión en español: Michael Ende. *La historia interminable* (Madrid: Alfaguara, 1982).

² Véase Comisión Nacional de los Mercados y Competencia (CNMC), “Colegios profesionales: *The neverending story*”, blog de la CNMC, 11 de julio del 2019, <https://blog.cnmc.es/2019/07/11/colegios-profesionales-the-never-ending-story/>, publicado el 11 de julio del 2019.

y jurídica, de esas asociaciones, que enarbolan la bandera del “interés público” cuando se intenta limitar el alcance de sus competencias autorreguladoras y disciplinarias, o modificar las normas existentes para introducir mayor competencia. En asuntos relativos al derecho, parecerían ser los profesionales los que están en mejor posición para definir cuál es ese interés. Los intentos de reforma del acceso y el ejercicio de la profesión los ponen “en pie de guerra”³.

La historia reciente tiene como trasfondo las obligaciones adquiridas por el país con la Unión Europea de liberalizar el sector de prestación de servicios. Eso implica, como es obvio, revisar las facultades autorreguladoras de los colegios profesionales en España y las posibles limitaciones que esas normas puedan suponer para la competencia, sin que estén lo suficientemente justificadas por los intereses del consumidor o que sean más restrictivas de lo necesario. Desde ese momento, el conflicto entre la autoridad reguladora de la competencia (primero con el ya extinto Tribunal de Defensa de la Competencia y luego con su sucesor, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia) y los colegios profesionales ha sido continuo. Las normas que han introducido medidas liberalizadoras han sido el Real Decreto-ley 5/1996, del 7 de junio, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de colegios profesionales, y después, como producto de la necesidad de transponer al ordenamiento español la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 12 de diciembre del 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, las llamadas “leyes paraguas” (Ley 17/2009, del 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio) y Ómnibus (Ley 25/2009, del 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio).

³ No conozco intento de regulación de la profesión en España que no ponga en pie de guerra a los colegios de abogados cuando se trata de liberalizar el ejercicio de la profesión. Al respecto, véase Mercedes Serraller, “Los profesionales se ponen en pie de guerra contra la CNC”, *Expansión*, 19 de septiembre del 2008, <https://www.expansion.com/2008/09/16/juridico/1165281.html>. La resistencia se extiende a los aspectos comerciales de la actividad, como la publicidad, que en nada se diferenciarían de los de otras profesiones; véase José María López Agúndez, “El presidente de la CNC carga contra los límites a la publicidad en la abogacía”, *Expansión*, 18 de diciembre del 2008, <https://www.expansion.com/2008/12/18/juridico/1229624134.html>.

La historia comienza con el Real Decreto-ley 5/1996, del 7 de junio, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de colegios profesionales, que recogía algunas de las recomendaciones efectuadas por el ya extinto Tribunal de Defensa de la Competencia en su *Informe sobre el libre ejercicio de las profesiones*. La norma, en su exposición de motivos, pretendía modificar “determinados aspectos de la regulación de la actividad de los profesionales que limitan la competencia, introduciendo rigideces difícilmente justificables en una economía desarrollada”⁴. Sin ser especialmente liberalizadora del mercado de servicios profesionales, introducía tres cambios esenciales: el primero, sujetar las profesiones colegiadas al régimen de libre competencia; el segundo, permitir que bastara registrarse en un solo colegio para poder desempeñar la profesión en cualquier parte del territorio nacional, sin necesidad de volver a hacerlo en el colegio regional correspondiente al lugar donde se fueran a prestar servicios; y el tercero, eliminar la competencia de los colegios para fijar honorarios mínimos. Un tiempo después vendría la Ley 25/2009, del 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, conocida como *Ley Ómnibus*, que recogía recomendaciones de dos informes de la antigua Comisión Nacional de la Competencia⁵. Sin conseguir los cambios necesarios, se aprobó un Anteproyecto de Ley sobre Colegios y Servicios Profesionales, que no llegaría a buen puerto en el órgano legislativo, y cuyo propósito era regular “restricciones precisas para garantizar la confianza indispensable de los destinatarios de los servicios profesionales en la calidad de lo que reciben, así como su protección y seguridad y, por otra, las libertades necesarias para favorecer el desarrollo de la actividad”. Los límites que pretendía establecer a

⁴ Real Decreto-ley 5/1996, del 7 de junio, Reino de España, “Exposición de motivos”; disponible en <https://www.boe.es/eli/es/rdl/1996/06/07/5>.

⁵ Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), “Trabajando por la competencia. Informe sobre el sector de servicios profesionales y colegios profesionales”, del 2008, disponible en https://www.cnmc.es/sites/default/files/1254639_7.pdf y también CNMC, “Informe sobre los colegios profesionales tras la transposición de la directiva de servicios”, del 2012, disponible en <http://www.colvet.es/sites/default/files/2015-12/Informe%20de%20la%20CNMC%20sobre%20Colegios%20Profesionales%20y%20Directiva%20de%20Servicios.pdf>; la síntesis de la posición de la CNMC sobre la actitud de los colegios puede leerse en CNMC, “Colegios profesionales: *The neverending story*”.

la capacidad de autorregulación de los colegios, en especial con respecto al monopolio de ciertas actividades profesionales (art. 8.1), la sujeción de las conductas a la normativa de la libre competencia y de la competencia desleal (art. 10) y la prohibición de imponer restricciones al ejercicio de una actividad profesional salvo que así estuviera contemplado en una norma con rango de ley o en una disposición de carácter general que desarrollara una previsión legal (art. 11), dieron lugar a presiones corporativistas de la Unión Profesional, que agrupa a 35 consejos generales de colegios profesionales, y se hundió el anteproyecto⁶, a pesar de que la secretaria general del partido de gobierno en ese entonces reconociera que el Ejecutivo había recibido “una enorme presión por parte de las instituciones comunitarias”⁷ para aprobar una nueva norma más abierta a la competencia. Ni con la presión de la Unión Europea se consiguió torcer la resistencia de las asociaciones profesionales ni determinar la voluntad del gobierno para reducir el poder de los colegios. El portavoz del Consejo General de la Abogacía en ese entonces, Lucas Blanque, dijo que “[d]eterminadas garantías que ofrece la colegiación obligatoria, como el control o la ordenación de la profesión estarían en franca regresión” —desconociendo que el asunto es precisamente ese, quién debe controlar u ordenar la profesión, y dando por sentado que si los colegios no son los que la controlan u ordenan, no hay garantías—. A su vez, un abogado administrativista de gran prestigio se sumó a las críticas diciendo que “En cuanto se hurga un poco en el texto, en vez de una supuesta liberalización, se encuentra intervencionismo” —como si las quejas contra la forma en que se está regulando la profesión por los colegios estuvieran recogidas y atendidas por los mismos profesionales, sin necesidad de “intervencionismo” del Estado—⁸. Así, el gobierno de España prefirió enfrentarse a las sanciones de la Unión Europea que a la ira de los colegios profesionales.

Ramón Mullerat, expresidente del Consejo de Colegios de Abogados de Europa, explicó a título personal en torno a esta polémica que los

⁶ “Cospedal anuncia que el Gobierno retira la Ley de Colegios Profesionales”, *CincoDías*, 15 de abril del 2015, https://cincodias.elpais.com/cincodias/2015/04/14/economia/1429034760_837773.html.

⁷ *Ibíd.*

⁸ *Ibíd.*

colegios profesionales nacieron hace siglos con dos misiones: “amaestrar [*sic*] al discípulo y defender los intereses de sus miembros”, y añade que “esta actitud ya no es válida hoy”, para a continuación, en una pirueta fantástica, añadir que sí, que implican ciertas trabas a la competencia, “pero necesarias”⁹.

Pero los colegios de abogados no son los únicos que están en cuestión. El informe de la Comisión Nacional de Competencia (CNC) de finales del 2008 es demoledor contra estas organizaciones y su pretensión de controlar no solo las cuestiones relativas al ejercicio de la profesión, sino también los modelos de negocio permisibles (existe la posibilidad de separar ambos, como ocurre en el Reino Unido)¹⁰. La institución explica que España tiene un alto nivel de regulación de los servicios profesionales, de dos tipos: la entrada o el acceso al mercado (mediante la titulación y la pertenencia a un registro profesional) y el ejercicio de la propia profesión, cuya regulación se establece mediante la publicidad, los precios o la localización, entre otras. La CNC aclara que muchos otros países, como Reino Unido, Francia u Holanda, tienen niveles de regulación mucho menores, que no perjudican al mercado ni suponen menos garantías para el usuario de los servicios jurídicos.

La colegiación, según la CNMC, impone siempre trabas a la libre circulación de los servicios, y sólo puede justificarse por el interés general, es decir, por el beneficio para el consumidor¹¹.

⁹ Bernat García, “Adiós al poder de los colegios profesionales”, *El País*, 27 de agosto del 2009, https://elpais.com/diario/2009/08/27/sociedad/1251324001_850215.html.

¹⁰ En el Reino Unido se distingue entre ambas cuestiones; así The Law Society regula las cuestiones relativas a la práctica y la Solicitors Regulatory Authority (SRA), un órgano administrativo del Estado, se encarga de especificar cuáles son las formas autorizadas de negocio y prestación de los servicios. El fin de esta estructura es facilitar al consumidor el acceso a los servicios jurídicos en condiciones de competencia (lo que debería incidir a la baja en el costo de los servicios) y facilitar la incorporación de las innovaciones del mercado a la prestación de los servicios jurídicos; se puede encontrar una evaluación muy completa de este sistema mixto de corregulación en la página de internet del Centre for Ethics and Law - UCL - University College London, <https://www.ucl.ac.uk/ethics-law/publications/2018/sep/independent-review-legal-services-regulation>.

¹¹ Jose M.ª López Agúndez, “Competencia ataca el poder de los colegios y reclama su liberalización”, 19 de septiembre del 2009, <https://www.expansion.com/2008/09/16/juridico/1164888.html>.

Sin embargo, las sanciones de cientos de miles de euros no parecen haber detenido la resistencia de los colegios¹², ni su presión política para aprobar un proyecto de Estatuto de la Abogacía que no recoge las recomendaciones de la Directiva Europea y de la CNMC¹³, razón probable para que desde su propuesta por el Consejo General de la Abogacía en el 2013 no haya sido aprobado hasta la fecha y que continúe vigente el Estatuto de la Abogacía del 2001¹⁴. La CNMC insiste en lo mismo en lo que insistía hace más de veinte años: persisten restricciones al acceso a la profesión (vinculación de colegiación a la residencia, certificados y carnés, colegiación obligatoria para el desempeño de la profesión en todos los niveles) y restricciones al ejercicio de la profesión (publicidad, honorarios profesionales, colaboración multi-profesional, registro de sociedades profesionales y ciertas obligaciones de comunicación), además de restricciones derivadas de ciertos poderes asignados al Colegio General de la Abogacía (asistencia jurídica gratuita, regulación y discrecionalidad de procesos sancionatorios)¹⁵.

El “interés público”, definido por los abogados, seguirá siendo el argumento para resistirse a las reformas. En el I Congreso de la Abogacía Madrileña, celebrado en el 2015, la decana del colegio de abogados madrileño, Sonia Gumpert Melgosa, anunciaba, en presencia del ministro

¹² Antonio M. Vélez, “El consejero de la CNMC que fichó por el PP se borra de una charla pagada por uno de sus regulados”, *eldiario.es*, 21 de mayo del 2017, https://www.eldiario.es/economia/consejero-CNMC-PP-retribuida-regulados_0_645335617.html; y “La CNMC sanciona a 9 colegios de abogados con una multa de 1,4 millones de euros”, *Expansión*, 3 de diciembre del 2018, <https://www.expansion.com/juridico/actualidad-tendencias/2018/03/12/5aa6adf0e5fdea55428b45cd.html>. Las multas en los últimos años, especialmente por los intentos de los colegios de controlar el precio de los honorarios, han dado lugar a numerosas sanciones por parte de la CNMC. Los dos artículos citados contienen un resumen de algunas de esas sanciones, pero cualquier interesado podrá encontrar en internet los numerosos casos de sanción de los colegios por estas prácticas.

¹³ Texto del proyecto de Estatuto General de la Abogacía, disponible en <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2013/05/Estatuto-General-de-la-Abogacia.pdf>.

¹⁴ Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española, en <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/06/Estatuto-General-de-la-Abogacia-Espanola-1.pdf>.

¹⁵ Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), “Acuerdo por el que se emite informe relativo al proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española. IPN/CNMC/018/19”, del 20 de junio del 2019, https://www.cnmc.es/sites/default/files/2530888_14.pdf, 19-20.

de Justicia, “que hoy más que nunca se hace necesaria, desde nuestra unidad, la defensa de nuestras organizaciones colegiales y de nuestro régimen jurídico de autorregulación profesional, institucionalizado por nuestros Colegios”¹⁶. Por mucho que haya abogados, como el citado Mullerat, que critiquen el enfoque de las asociaciones profesionales como instituciones dirigidas a la defensa de los intereses de sus asociados, la mentalidad corporativista está ahí y lleva a que, tras la crítica, ese mismo abogado acabe por reconocer que los colegios de abogados implican ciertas trabas a la competencia, “pero necesarias”. Pero ¿quién dice que son necesarias y para qué?

Conflictos como el anterior ponen de manifiesto que en la regulación de los abogados hay al menos tres dimensiones: una política, una técnica y otra ética. La dimensión política gira en torno al poder de decisión en los asuntos relativos al control de acceso y el ejercicio de la profesión. La dimensión técnica está relacionada con preguntas funcionales sobre quién está en mejor posición para solucionar los problemas que plantea la regulación del acceso y el ejercicio a la profesión. La dimensión ética tiene, a su vez, dos aspectos, uno relacionado con la política pública —quién debería regular la actividad de los profesionales y cómo— y otro relacionado con la responsabilidad ética de cualquier sujeto frente a las personas que se ven afectadas por sus acciones, que evidentemente tiene en el ámbito profesional una incidencia pública, pero que se desenvuelve en las relaciones entre los profesionales y sus clientes.

Estas tres dimensiones, en principio diferenciables, se prestan a usos estratégicos. Los argumentos técnicos o éticos pueden usarse para defender privilegios económicos, en muchas ocasiones monopolistas, de la profesión. También se recurre a ellos cuando lo que se defiende son intereses políticos propios, ligados al mantenimiento del *statu quo* de la profesión del abogado en el mundo de la Justicia. Estos usos estratégicos, importantes desde un punto de vista sociológico, no se explorarán en este estudio.

¹⁶ Sonia Gumpert Melgosa (decana del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid), “Discurso de inauguración”, I Congreso de la Abogacía Madrileña, 2015, 14, disponible en <http://web.icam.es/bucket/Discurso%20inauguraci%C3%B3n%20decana.pdf>.

¿QUIÉN DEBE REGULAR?: AUTORREGULACIÓN FRENTE A HETERORREGULACIÓN

En su forma moderna, el debate occidental de la autorregulación de las profesiones surge con el nacimiento del Estado social y la ambición ilustrada de la Europa del siglo XIX, imposible de realizar, de contar con una regulación universal única para todos los ciudadanos, sin diferencias basadas en la pertenencia a grupos sociales. La desconfianza hacia la sociedad estamental previa y los que se consideraban privilegios de diferentes grupos sociales, como los gremios, se plasmó en una desconfianza hacia las asociaciones de cualquier tipo y una mayor intervención estatal en la regulación de las profesiones, que en algunos casos llevó incluso a la prohibición de los colegios de abogados (*barreaux*) en Francia a finales del siglo XIX. En otros países los colegios de abogados no perdieron sus facultades de autorregulación, como Argentina y España, y aun en otros, como Colombia, un país profundamente centralista, los abogados influyeron en la legislación estatal que los regula, pero no tuvieron formalmente poderes de autorregulación.

Lo primero que hay que preguntarse es por qué hay que regular el ejercicio profesional, y lo segundo es quién debe hacerlo. Se podría optar por no regular la prestación de un servicio. La expansión y luego crisis del Estado de bienestar¹⁷ hicieron que, desde finales de los años setenta, un grupo de economistas liberales criticara con fuerza las burocracias y los órganos reguladores, y defendieron la superioridad del mercado en la organización social de los intereses privados. Cuestionaron incluso que hubiera un interés público diferente al resultante de las fuerzas de mercado, de manera que lo que se denomina comúnmente “interés público” sería el interés particular de un determinado grupo de poder. El control de la definición de “interés público” sería la lucha por el control de la imposición del propio interés sobre otros intereses sociales por

¹⁷ Sobre la crisis económica del Estado de bienestar y su debilitación debido al proceso de globalización, véase, respectivamente, Kevin Farnsworth y Zoë Irving, “Fiscal Crisis, Financial Crisis and the Fragile Welfare State”, en *Routledge Handbook of the Welfare State*, editado por Bent Greve (2.ª ed., Abingdon, Oxon; New York, NY: Routledge, 2018), pp. 329-339, y Patrick Diamond, “Globalisation and Welfare States”, en *Routledge Handbook of the Welfare State*, editado por Bent Greve (2.ª ed., Abingdon, Oxon; New York, NY: Routledge, 2018).

medio de la regulación. Stigler propuso el concepto de “captura de la regulación” para explicar cómo los grupos económicos buscan enriquecerse mediante la apropiación del poder coercitivo del Estado con el fin de limitar la competencia y fijar precios¹⁸. Los abogados no serían sino uno de sus grupos económicos. La forma más sencilla de controlar la regulación sería a través de la regulación, aunque existirían otras formas (por ejemplo, copar los órganos legislativos o controlar como grupo de presión la actividad normativa). El comportamiento de los abogados, como el de cualquier otro grupo con poder burocrático, estaría determinado por la “búsqueda de rentas”¹⁹ monopolísticas u oligopolistas mediante el control de la legislación. Los sociólogos del derecho añadirían al interés económico el interés social de los profesionales en diferenciarse frente a otros grupos sociales: el sentido de pertenencia a un club exclusivo en el que los miembros deben vigilar constantemente las posibles intrusiones que afecten su “prestigio”²⁰.

Lo cierto es que, si bien estas teorías liberales críticas de la regulación han podido alimentar las tendencias contrarias a la autorregulación y las favorables a un mayor desarrollo de la competencia en la prestación de servicios profesionales, eso no ha hecho que el Estado moderno renuncie a la regulación, en beneficio del mercado, en casi todos los ámbitos de prestación de servicios y establece condiciones mínimas de cualificación de los prestadores. En los países desarrollados esa regulación afecta incluso hoy a las profesiones manuales como fontanero, electricista, algunas clases de albañil y otras. Si la prestación del servicio puede afectar gravemente el bienestar propio o el de terceros, lo habitual es que se establezcan cualificaciones para el prestador del servicio, salvo en los

¹⁸ George J. Stigler, “The Theory of Economic Regulation”. *Bell Journal of Economics and Management Science* 2 (1971): 3-21.

¹⁹ El primero en introducir este concepto fue Gordon Tullock, “The Welfare Costs of Tariffs, Monopolies, and Theft”. *Western Economic Journal* 5, n.º 3 (1967): 224-32. Buchanan afirma que “el concepto de búsqueda de rentas tiene por propósito describir el comportamiento en un marco institucional en el que los esfuerzos de los individuos por maximizar valor generan pérdida social en vez de beneficio social” (traducción propia), James Buchanan, “Rent Seeking and Profit Taking”, en *Toward a Theory of the Rent-Seeking Society*, editado por James M. Buchanan, Robert D. Tollison y Gordon Tullock (College Station [Texas]: Texas A&M, 1980), 4.

²⁰ Sobre este aspecto sociológico de las profesiones, véase, en general, Robert P. Kaye, “Regulated (Self-)Regulation: A New Paradigm for Controlling the Professions?”. *Public Policy and Administration* 21 (2006): 105-119, 105.

trabajos manuales más básicos (limpieza, servicios de entrega, etcétera). Aunque el antónimo de regulación sería la desregulación, lo cierto es que la desregulación absoluta en la prestación de servicios profesionales no existe en Occidente, por lo que cuando se habla de “desregular”, o su sinónimo en el lenguaje político, liberalizar, de lo que se está hablando es de reducir los niveles de regulación existentes, muchos de ellos producto de la autorregulación profesional. Liberalizar el mercado de servicios profesionales es, por consiguiente, eliminar normas existentes con el fin de reducir el número de ellas que se aplicará a la prestación de los servicios profesionales, ya estén dictadas por las propias asociaciones o por la administración estatal. En el caso de los colegios de abogados, “desregular” o “liberalizar” significa en la mayoría de los casos quitarles la facultad de regular por sí mismos aspectos del acceso a la profesión y su ejercicio que consideran específicos y los cuales serían merecedores de una normativa propia, diferente a la general que regula aspectos análogos, o que incluso podrían no estar regulados por el Estado. Una vez que los colegios de abogados se autorregulan, la tensión surge cuando la administración pública intenta sustituir sus normas por una norma general –que, como ocurre en la Unión Europea, se aplica a un gran número de asociaciones por igual– o cuando intenta eliminar una facultad previa en beneficio de otro órgano existente, como el desplazamiento de una facultad disciplinaria propia a un órgano administrativo o judicial ya existente, que funcione con normas generales.

Las razones que se suelen dar para regular el ejercicio profesional de la abogacía, similares a las de otras profesiones de especial relevancia para el buen funcionamiento social, están relacionadas con dos grandes categorías de razones: la protección del consumidor y la importancia del desempeño de esa profesión para el buen funcionamiento de la estructura del Estado democrático.

En cuanto a la protección del consumidor, esta estaría ligada a una falla del mercado, procedente de la asimetría de información entre el prestador y el usuario de servicios jurídicos, que le impide conocer tanto *ex ante* como *ex post* cuál será la calidad de los servicios jurídicos que se le prestarán o que ya se le prestaron. *Ex ante*, si cualquiera pudiera ofrecerse a prestar un servicio y alegar tener las cualificaciones necesarias para prestarlo, el usuario del servicio carecería en la mayoría de los casos de medios para saber si las cualificaciones presentadas son las adecuadas y si la persona las ha adquirido de la forma regular. El riesgo

al que estaría sometido el usuario del servicio lo colocaría en un riesgo muy elevado de no conseguir la prestación deseada y eso le llevaría o a pagar cantidades irrisorias por el servicio, en previsión de que no sea prestado apropiadamente, o a asumir el riesgo de pérdida en un gran número de casos. Es evidente que el prestigio profesional limita ese riesgo, pero lo cierto es que la mayoría de los usuarios de un servicio, y de los servicios jurídicos en especial, aun si conociera quiénes son los abogados prestigiosos para resolver un determinado problema (la información no es difícil de conseguir), carecería de los medios económicos para pagar a esos profesionales prestigiosos. *Ex post*, el usuario suele carecer de una medida de comparación que le permita saber si el abogado le prestó los servicios con el nivel de calidad esperable y si lo que le cobró se corresponde efectivamente con el trabajo realizado. Salvo que sea un usuario habitual de servicios jurídicos, carecerá de criterio técnico para juzgar la actuación del profesional. A diferencia de otros servicios, gran parte del trabajo del abogado es invisible para el usuario y, además, el resultado en sí no permite juzgar la calidad o el precio del servicio prestado: es posible que la gestión del abogado no sea exitosa y que, sin embargo, haya tenido la máxima diligencia profesional, y, al contrario, un resultado exitoso puede estar ocultando una mala práctica o un cobro abusivo de honorarios en relación con el trabajo prestado. El problema puede agravarse si la actuación del prestador del servicio no se controla de forma efectiva. La regulación, sea en forma de autorregulación o regulación estatal, intenta mitigar este problema de asimetría de la información²¹.

En segundo lugar, hay un interés público evidente en controlar el ejercicio de la profesión jurídica. Por un lado, los abogados son sujetos responsables de la defensa de los derechos y libertades de sus clientes. Lo que está en juego cuando se recurre a un abogado tiene en muchos casos un gran valor para el usuario del servicio, y relevancia pública para el funcionamiento del mercado o el mantenimiento de los valores sociales. Es importante garantizarle al usuario que recibirá un servicio con una calidad mínima por el prestador del servicio, en este caso el abogado, si se quiere mantener la confianza en el funcionamiento del

²¹ Sobre estos aspectos, véase Roger van den Bergh, "Self-Regulation of the Medical and Legal Professions: Remaining Barriers to Competition and EC Law". Fondazione Mattei Working Paper, 31/97 (1997): 1-67.

derecho, esencial para el mantenimiento del orden en un Estado. Pero, además, el abogado, en sus actuaciones, debería encarnar el respeto por los valores democráticos reconocidos por el sistema jurídico, lo cual implica una vigilancia de la actividad del profesional. Por consiguiente, existe un interés público, ligado al mantenimiento del sistema de derecho y a la democracia, en regular y controlar la prestación del servicio, sea por los propios prestadores del servicio, puesto que ellos mismos están interesados a largo plazo en que los servicios prestados sean útiles para los usuarios —de no ser así, el número de servicios decaería—, sea por el Estado. Esa regulación puede ir dirigida al control del acceso a la profesión de abogado, verificando que la persona reúna unas cualidades mínimas antes de poder ejercer la profesión, y al control de la forma en que se ejerce la profesión, fijando reglas deontológicas y éticas, y órganos sancionadores en caso de incumplimiento de esas normas. El problema, desde un punto de vista ético, es que la regulación puede intentar sacar del mercado, sin justificación, a personas calificadas que podrían prestar servicios jurídicos, lo cual reduciría el precio de esos servicios ante la mayor oferta, o también puede estar elaborada de tal manera que asegure que el costo del incumplimiento de reglas deontológicas sea reducido o ineficaz, como han denunciado muchas veces los usuarios de los servicios jurídicos²².

Aunque la autorregulación pueda tener raíces históricas profundas, el debate contemporáneo sobre la autorregulación tiene sus orígenes en el Estado moderno y su ambición sistemática de regular de manera centralizada todos los aspectos de la vida ciudadana. La expansión del Estado moderno y su monoteísmo jurídico a lo largo de todo el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX, frente a las formas pluralistas de regulación de los grupos y los problemas sociales, hizo que la autorregulación se viera como un fenómeno secundario frente al poder estatal. La discusión sobre quién debía producir las normas que rigieran la vida social era más teórica que práctica, y el debate político versaba más sobre el alcance que debía tener el Estado de bienestar y sus costos que

²² Para una crítica de la falta de controles en el ejercicio de la profesión, aunque falta de datos específicos (habría que decir en descargo del autor que son escasos), véase Mauricio García Villegas y María Adelaida Ceballos Bedoya. *Abogados sin reglas* (Bogotá: Ariel, 2019), y especialmente el artículo “Crecimiento de la profesión y falta de controles”, pp. 49 y ss.

sobre quién debía regular la realidad social. Solo algunos grupos privilegiados, con cierta capacidad reconocida de autorregulación, como los abogados, pudieron mantener y mantienen discusiones con alcance práctico sobre cuál debería ser la intervención del Estado en algunos asuntos de interés público. En general, el Estado aparece como el *locus* indiscutible de la regulación formal, con un nivel de autonomía considerable frente a los distintos grupos de interés.

La crisis del Estado de bienestar en los años setenta cuestionaría la capacidad del intervencionismo estatal para satisfacer las necesidades de la población y promovería la desregulación en beneficio del mercado²³. La desconfianza hacia lo público recibiría un gran impulso en lo político con la aparición del movimiento conservador en los años ochenta y la defensa del mercado como abstracción capaz de regular por sí mismo la mayoría de los intercambios sociales. Parte de las elites conservadoras acogen una versión extrema del liberalismo decimonónico y lo utilizan para iniciar un ataque sistemático tanto a las políticas del Estado de bienestar como a su capacidad reguladora.

La desconfianza hacia la burocracia estatal se produce desde distintos campos. Frente a la racionalidad burocrática weberiana que justifica el funcionamiento del Estado moderno, las teorías económicas de “elección pública” critican los intereses especiales que se apoderan de los organismos y cuerpos públicos en detrimento del interés general en el desarrollo económico de un país y la conducta de los funcionarios dirigida a promover intereses propios, creados, frente a otras opciones más beneficiosas desde el punto de vista social²⁴. Un correcto funcionamiento del mercado limitaría o impediría esas conductas contrarias al interés general. De ello se deriva la búsqueda de una burocracia pequeña, que disminuya los riesgos de la “búsqueda de rentas”, con una intervención mínima en el funcionamiento del mercado. La regulación no debería ir más allá de favorecer las condiciones de un mercado perfecto (reducir barreras de entrada al mercado, garantizar simetría de información, contar con bienes y servicios homogéneos, garantizar la competencia, y garantizar un número abundante de oferentes y demandantes de bienes y servicios).

²³ Kevin Farnsworth y Zoë Irving, “Fiscal Crisis, Financial Crisis and the Fragile Welfare State”, p. 331.

²⁴ *Supra*, notas 19 y 20.

Una segunda línea de ataque a la regulación, o más bien a la heterorregulación, proviene de teorías de la complejidad como la teoría de sistemas, que considera que los niveles de desarrollo de los sistemas sociales, y sus subsistemas, hacen inviable la idea de un control social centralizado²⁵. Su reflejo más extremo en la teoría jurídica lo encarnan Niklas Luhman y Gunther Teubner, con su defensa de la autonomía de los “subsistemas” sociales en las sociedades postindustriales modernas y de las “formas reflexivas” del derecho. La propuesta, en un lenguaje de difícil comprensión para el no iniciado, acaba por defender las formas de regulación mínima centralizada acompañadas de un estímulo a la autorregulación de los distintos agentes sociales. La complejidad de la realidad social y su velocidad de cambio harían que el conocimiento necesario para una regulación óptima estuviera en manos de los agentes sociales del campo social específico regulado. Las burocracias estatales, al intentar regular esa realidad, harían más daño que bien; se enfrentarían a lo que Teubner llama el “trilema regulatorio”: el intento por regular una realidad compleja llevaría o bien a la destrucción de esa realidad –la norma es completamente inadecuada para el fenómeno social que intenta regular y su aplicación coercitiva destruye ese aspecto valioso de la realidad social–, o al desconocimiento del derecho –el típico problema de ineficacia de las normas– o a la propia descomposición del derecho cuando se renuncia totalmente a la regulación estatal en favor de la capacidad reguladora de los agentes sociales –la pérdida de fe en el derecho mismo²⁶.

Es en este panorama donde se producen las discusiones sobre los distintos modos de regulación de la profesión.

²⁵ En el lenguaje abstruso de la teoría de sistemas, John Braithwaite lo expresa bien (dejaré el inglés original para que el que conozca el idioma juzgue por sí mismo el lenguaje y a continuación presentaré mi traducción: “Abuse of power is best checked by a complex plurality of many separated powers—many semi-autonomous nodes of networked governance [...]. All nodes of separated private, public, or hybrid governance need enough autonomy so that they cannot be dominated by other nodes of governance” [“El abuso de poder se controla mejor mediante una pluralidad compleja de muchos poderes separados—muchos nodos semiautónomos de gobernanza en red— [...]. Todos los nodos separados de gobernanza privada, pública o híbrida necesitan la suficiente autonomía para no ser dominados por otros nodos de gobernanza”]; John Braithwaite, “Responsive regulation and developing economies”. *World Development*, 34, n.º 5 (2006): 884-898, 885.

²⁶ Gunther Teubner, “After Legal Instrumentalism: Strategic Models of Post-Regulatory Law”, en *Dilemmas of Law in the Welfare State*, editado por Gunther Teubner (Berlín: Walter de Gruyter, 1986), 299-325.

DISTINTOS MODELOS DE REGULACIÓN DE LA PROFESIÓN JURÍDICA

Tracy L. Adams afirma que la “autorregulación ha estado desde hace mucho en la comprensión sociológica de que significa ser un ‘profesional’”²⁷. Esa comprensión sociológica refleja la propia concepción que los abogados y otros profesionales tienen de lo que significa ser un profesional. Sin embargo, el Estado moderno, que se concibe a sí mismo como el defensor de interés público, o al menos así lo hizo desde el siglo XIX hasta finales de la década de los setenta, movido además por el principio de igualdad entre todos los ciudadanos, ha intervenido en la regulación de las profesiones, y ha fijado: los requisitos de entrada en las profesiones, incluida la educación del profesional y el contenido y manera de impartirla; las condiciones del ejercicio, laborales y de otras clases, como las relativas a la libre competencia, y la sanción de determinadas conductas, en algunos casos mediante procesos administrativos, no solo penales. Si los abogados conservan cierta capacidad de regulación, es en el marco de una legislación específica que las convierte en “profesiones reguladas” más por el Estado que por las propias asociaciones profesionales, teniendo como gran excepción en algunos países los asuntos disciplinarios, que aun así se ven sujetas a ciertas normas constitucionales derivadas del respeto al debido proceso. A pesar de la defensa de la desregulación que se hace por los políticos conservadores y por algunos teóricos del derecho²⁸, lo cierto es que no parece que esa tendencia se vaya a extender a las profesiones como el derecho, en las que las críticas a la inacción frente a los casos de malas prácticas²⁹ y los costos sociales

²⁷ Tracey L. Adams, “Self-regulating professions: past, present, future”. *Journal of Professions and Organization* 4, n.º 1 (2016): 70-87, 70-71.

²⁸ Un artículo de 1989 explica bien las circunstancias en las que surgen las teorías económicas contra la regulación, sus variaciones y la falta de causalidad entre la crisis del Estado en los años setenta y la aparición de estas teorías, aunque no hay duda de que esa crisis las impulsó; véase Sam Peltzman, “The Economic Theory of Regulation after a Decade of Deregulation”. *Brookings Papers on Economic Activity. Microeconomics* (1989): 1-59.

²⁹ La descripción que se hace de la situación en los diferentes países es muy parecida; como ejemplos, para los problemas de la conducta de los abogados en Argentina, véase Ariel Alberto Neuman, “Ética, desafíos y abogados”, *El Cronista*, 1.º de noviembre del 2017, <https://www.cronista.com/legales/Etica-desafios-y-abogados-20171101-0004.html>; en México, María de los Ángeles Fromow, “Abogados, ¿y la ética?”, *El Sol de*

asociados al monopolio de la práctica, sumados al deseo del Estado de controlar ciertos servicios prestados a veces por los colegios de abogados, como la asistencia legal gratuita, hacen que el Estado vea con desconfianza los intentos de autorregulación de los abogados³⁰.

Lo que tenemos hoy, por lo tanto, es un sistema de regulación de la profesión caracterizado por la legislación estatal, que en ocasiones permite grados de autorregulación de los abogados. En una obra didáctica muy interesante, patrocinada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos argentino, los autores clasifican las formas de regulación de la profesión conforme al sujeto regulador³¹. Para la elaboración del modelo los autores parecen centrarse en el control del ejercicio de la profesión y no tanto en las cuestiones de acceso, en las que la intervención estatal es predominante, y no tiene tampoco en cuenta la aplicación de la legislación general a las prácticas profesionales de los abogados y que, como es obvio, constituye un límite exógeno a la autonomía profesional. Es de utilidad, no obstante, para mostrar las distintas tendencias reguladoras de la profesión. Los seis tipos de modelo regulador que presentan son los siguientes:

1. Regulación prioritaria a cargo de los tribunales. Los encargados de controlar el ejercicio de la profesión son principalmente los tribunales, si bien las cuestiones de acceso pueden quedar en manos de la legislación estatal o de los colegios de abogados, y también puede haber intervención de los colegios en algunas clases de sanción. El modelo es predominante en América Latina y algunos estados de Estados Unidos.

México, 27 de febrero del 2018, <https://www.elsoldemexico.com.mx/analisis/abogados-y-la-etica-1031955.html>; en Colombia, Yesmina Morales Nemez, “¿Qué ha pasado con la ética profesional del abogado en Colombia?”, *Blog de Derecho de los Negocios*, 27 de julio del 2018, <https://dernegocios.uexternado.edu.co/negociacion/que-ha-pasado-con-la-etica-profesional-del-abogado-en-colombia/>, y José David Castilla, “Cada año suspenden a cerca de 840 abogados por faltas a la profesión”, *Asuntos Legales*, 7 de mayo del 2019, <https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/cada-ano-suspenden-a-cerca-de-840-abogados-por-faltas-a-la-profesion-2859093> (y esos son los que detectan).

³⁰ Adams, “Self-regulating professions: past, present, future”, 9-10.

³¹ Eduardo Rivera López (ed.), *Ética profesional y derecho. Cuadernillo para alumnos*. Programa de formación en áreas de vacancia de la abogacía (Buenos Aires: Ediciones SAIJ - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2017).

2. Regulación exclusiva a cargo de un colegio de abogados. Es el modelo argentino, en el que la asociación profesional de abogados es responsable de la regulación y de la representación de la profesión. Es la legislación estatal la que confiere estas competencias al Colegio de Abogados argentino.
3. Regulación predominante o exclusiva del Gobierno (Poder Ejecutivo). Es el Estado el que controla todas las competencias relativas al acceso y al ejercicio de la profesión. Es el modelo colombiano, y también el de países asiáticos como China, Taiwán o Vietnam.
4. Autoridades independientes o delegadas. Existe un órgano delegado, sin participación de los profesionales regulados, que establece las reglas por las que se administrará la profesión.
5. Modelos de autoridad mixta. En estos modelos hay una organización *ad hoc* en la que se sientan representantes de varias organizaciones profesionales, de distintos ámbitos del ejercicio jurídico. Según los autores del documento, se observa en el oeste de África.
6. Modelos combinados. Los autores añaden esta categoría, pero lo cierto es que todos los modelos, salvo el de regulación exclusiva del Estado, serían modelos “combinados” en cierto sentido; la autoridad estatal tendría reflejo en ciertos aspectos del acceso o la práctica.

Habría que hacer dos consideraciones con respecto a lo que hemos presentado. En materia de modelos de regulación, lo que tendríamos sería, por consiguiente, un *continuum*, en el que en un extremo se situaría la legislación estatal exclusiva, y en el otro la autorregulación pura (inexistente en sentido estricto, a nuestro juicio); entre medias tendríamos los otros modelos, situados de mayor a menor intervención del Estado: autoridades independientes, autoridades públicas y privadas combinadas, y tribunales de justicia (si los vemos como órganos que comparten intereses y valores comunes con los abogados, y no tanto como organismos públicos al servicio exclusivo de los intereses del Estado)³². La segunda consideración que habría que hacer es que, si quisiéramos tener una idea

³² La idea del continuo se toma de Andrew Boon, “The Regulation of Lawyers and Legal Services”, en *International Perspectives on the Regulation of Lawyers and Legal Services*, editado por Andrew Boon (Oxford and Portland: Bloomsbury, 2017), 12.

más exacta de la forma de regulación de la profesión, habría que distinguir funcionalmente por el tipo de servicio jurídico prestado (asesoría jurídica, intervención ante los tribunales, gestión de asuntos jurídicos, etcétera) y la etapa de regulación relevante: acceso, práctica y mecanismos sancionatorios de las malas prácticas. Cómo mínimo, la pregunta de quién regula, en la que se basa el modelo que acabamos de ver, tendría que completarse con la pregunta de qué tipo de práctica se regula y cómo se hace para cada etapa y cada componente de esa etapa. La tabla elaborada por Boon³³, que sintetiza los aspectos regulados en cada una de esas etapas, nos permite entender los factores de análisis que harían más complejo el modelo:

Tabla 1. Etapas de la regulación profesional y clases de requisitos para cada etapa

Etapas de regulación	Requisitos profesionales típicos de cada etapa
Admisión	Título académico necesario Curso vocacional Examen de entrada Inscripción colegiada Ceremonias (por ejemplo, ceremonia de admisión, almuerzos protocolarios) Pasantías (aprendizaje práctico)
Práctico	Certificado anual de práctica Regulaciones (código de conducta) Educación continuada del profesional Foros para quejas Investigación/inspección de la práctica de los despachos Intervención (de las autoridades públicas en la administración de los despachos) Seguro de responsabilidad profesional Fondo para indemnizaciones por malas prácticas profesionales
Disciplina	Normas de conducta Normativa reglamentaria aplicable a los procesos disciplinarios Sanciones legales o estatutarias (por ejemplo, restricciones a la práctica) Tribunal u órgano disciplinario

Fuente: elaboración de Andrew Bloon (n. 27), traducción propia.

³³ *Ibíd.*, 15

Si consideramos las tres variables, un modelo regulador apropiado no solo se pregunta por quién debe regular, sino a quién se debe regular (es decir, las diferencias funcionales que se consideren pertinentes a efectos de regulación) y cómo regular de la manera más apropiada cada aspecto de cada etapa de regulación. Esta es la clase de preguntas que permitiría no solo un mejor análisis de la regulación, sino también un debate más complejo y apropiado con respecto a las cuestiones reguladoras, que iría más allá de la simplificación que representa ver *todo* el problema en términos de autorregulación-heterorregulación, o, dicho de otra forma, como una cuestión limitada a quién debe regular³⁴.

Dos cuestiones adicionales se suman a la complejidad que pudiera tener un modelo regulatorio: la protección del consumidor y la promoción de la libre competencia³⁵. Estas cuestiones, y sobre todo la segunda, son relativamente recientes en materia de regulación de las profesiones y, obviamente, condicionan la elaboración de los modelos reguladores. En un Estado democrático, no solo es el debido proceso o el derecho a la igualdad, es decir, los derechos constitucionales, los que condicionan la elaboración de normas, sino también el incipiente campo de la protección al consumidor y la defensa de la libre competencia, como se muestra en el caso que se presentó en la introducción.

En los países en que existen los colegios de abogados, las viejas aspiraciones de regular y controlar la profesión no desaparecen, y en los que no los hay, todavía se siguen proponiendo como solución a los

³⁴ Es interesante el análisis muy detallado, y ya clásico, en la materia que hace Wilkins sobre los distintos mecanismos de cumplimiento en cuatro variables controles disciplinarios, controles de responsabilidad civil, controles institucionales y controles legislativos, y su relación con los principios de eficiencia y de autonomía profesional; véase David B. Wilkins, "Who Should Regulate Lawyers". *Harvard Law Review* 105 (1992): 799-887.

³⁵ De hecho, estas son variables consideradas en la taxonomía propuesta por Semple, Pearce y Newman, basada en dos marcos analíticos, el de profesional-independiente (la autonomía de Wilkins) y el consumerista-competitivo (la eficiencia de Wilkins), que analiza desde cuatro variables: estructura ocupacional, gobernanza, posición institucional, objeto central de regulación; Noel Semple, Russell G. Pearce y Renee Newman Knake, "A Taxonomy of Lawyer Regulation: How Contrasting Theories of Regulation Explain the Divergent Regulatory Regimes in Australia, England and Wales, and North America". *Legal Ethics*, 16, parte 2 (2013): 258-283.

problemas de gobernanza y ejercicio de la profesión³⁶. El anhelo de autorregulación, que no deja de ser el anhelo decimonónico de controlar el acceso a la profesión y la defensa de los intereses propios, sigue estando muy presente en las asociaciones profesionales, aunque a veces las declaraciones de los abogados nieguen que esos sigan siendo propósitos principales de las asociaciones profesionales (y aunque las manifestaciones sean contradictorias con la supuesta modernización de los colegios que se busca)³⁷. Veamos, por lo tanto, las razones de ser y las críticas que reciben los colegios profesionales como principales organismos de autorregulación.

ASOCIACIONES PROFESIONALES ¿PARA QUÉ?

LOS COLEGIOS DE ABOGADOS COMO INSTITUCIONES REGULADORAS Y DISCIPLINARIAS

Los colegios de abogados tienen funciones asistenciales y funciones reguladoras, más o menos amplias según el país. Las funciones asistenciales son de diverso tipo, como la prestación de servicios formativos, informativos o pensionales a sus asociados, o facilitarles el acceso a servicios médicos o de ocio en condiciones ventajosas. Aquí no se discutirán esas funciones asistenciales, puesto que no se prestan en régimen monopolista y, aunque puedan estar ligadas a la colegiación obligatoria, serían formas de contraprestación por esa colegiación, que pueden

³⁶ En Colombia la propuesta se ha hecho, e incluso se ha creado un “Colegio de Abogados” privado, impulsado por las facultades de Derecho, pero más allá de su creación, la falta de competencias legalmente reconocidas y la tradición de control estatal han hecho que no tenga relevancia alguna. Es difícil incluso descubrir cualquier actividad posterior a su creación.

³⁷ Por ejemplo, volviendo al caso de la introducción, frente al informe de la autoridad de competencia que refleja una opinión negativa de la famosa Ley 34/2006 de acceso a las profesiones de abogado y procurador, que supondría “claramente una excepción a la libertad de elección de profesión proclamada en la Constitución” y que crea “mercados acotados y cerrados a la competencia de otros profesionales”, la decana del Colegio de Barcelona (ICAB), Silvia Giménez-Salinas, se resiste a liberalizar el ejercicio de la profesión y dice que “en muchos ámbitos el informe puede tener razón de ser, pero no en la abogacía”; y Francisco Real, decano del Colegio de Abogados de Valencia, declara “nos parece exagerad[a]” esa línea de actuación; véase Mercedes Serraller, “Los profesionales se ponen en pie de guerra contra la CNC”.

tratarse desde la óptica del consumo de servicios y que, en gran medida, son una pura cuestión interna que poco o nada afecta a los intereses generales de la ciudadanía.

Sin embargo, la función reguladora de los colegios concierne al interés público de muy diversas formas. La primera, que ya mencionamos, es que el tipo de trabajo que presta un abogado tiene en muchas ocasiones una relevancia determinante para el futuro del usuario de servicios jurídicos: puede verse privado de libertad, perder una parte enorme de su patrimonio, perder el empleo que le permite mantener a su familia, ver afectado su buen nombre de por vida, etcétera. En segundo lugar, el funcionamiento apropiado de la democracia está basado en el respeto por la ley y los derechos y las libertades de los ciudadanos, y los abogados tienen una intervención importante en la defensa de esos intereses. Por último, el Estado tiene un interés directo en que las normas que regulan la profesión del abogado sean las mejores posibles y la intervención de los profesionales a través de sus asociaciones podría ser un elemento importante para conseguir ese objetivo. El abogado defiende intereses particulares, pero lo hace a la luz del interés público y eso lo coloca en una posición de equilibrista frente a la opinión pública. Como dice Böhmer, “una abogada está incumpliendo con esta obligación cuando no asume cabalmente su rol de traductor de intereses privados en interés público, sino que, en el afán de defender el interés privado de su cliente distorsiona la mejor interpretación acerca de lo que demanda el interés público”³⁸. Sin embargo, es fácil inclinar la balanza a favor del cliente y difícil para la ciudadanía entender por qué se defienden algunos intereses particulares (también lo es para algunos juristas)³⁹.

³⁸ Martín Böhmer, “Igualadores y traductores. La ética del abogado en una democracia constitucional”, en *Homenaje a Carlos S. Nino*, coordinado por Marcelo Alegre, Roberto Gargarella y Carlos F. Rosenkrantz (La Ley - Facultad de Derecho UBA, Buenos Aires, 2008), 16.

³⁹ He de decir que en la literatura académica solo una vez he visto formulado con claridad el argumento de que los abogados no deberían aceptar casos que produzcan resultados, en caso de ganarse, considerados por ese abogado “socialmente desafortunados” en conjunto, sin contraponer la (pseudo)justificación del “derecho a la defensa” para aceptar cualquier clase de casos. A más de un abogado le ha costado su reputación defender a narcotraficantes violentos: no parece que “el derecho a la defensa” nos valga cuando el repudio social es generalizado; véase Duncan Kennedy, “The Responsibility of Lawyers for the Justice of their Causes”. *Texas Tech Law Review* 18 (1987): 1157-1163, 1159.

La confianza en que se produzca o no esa dualidad de la que habla Böhmer como un deber ser en la práctica del abogado es uno de los factores determinantes de la aceptación por la sociedad y los órganos democráticos de la autorregulación de los abogados. Si se piensa que los abogados ponderan cuidadosamente el interés privado suyo y de sus clientes con el interés público, y que son ellos los que están en mejor situación para realizar esa ponderación, se defenderá la autorregulación. Si por el contrario se piensa que lo que ocurre es que los abogados dan por sentado que su práctica, por el simple hecho de ejercerla conforme a lo dispuesto en las normas jurídicas vigentes, produce ese equilibrio entre interés público y privado, pero la realidad es que en su actuación priman los intereses privados, se será partidario de la regulación externa, que imponga el interés público en los distintos aspectos de la regulación de los abogados.

Los colegios de abogados y la defensa del interés público

Hace más de 150 años, Tocqueville afirmaba que “no hay países en los que las asociaciones sean más necesarias, para impedir el despotismo de los partidos o la arbitrariedad del príncipe, que aquellos en lo que el Estado social es democrático”⁴⁰. Los colegios de abogados se ven a sí mismos como contrapoderes frente a la administración estatal y las políticas públicas cambiantes, en el sentido de servir como garantes de los intereses de los ciudadanos ante la Justicia y del funcionamiento independiente de este. Para poder cumplir esa función, reclaman su autonomía frente al Estado, pero también algún grado de control de ciertos aspectos que los abogados consideran esenciales para el buen funcionamiento del derecho. Partiendo de la necesidad de que el abogado ejerza sus funciones con independencia y libertad, los colegios han reclamado autonomía para poder dictar sus propias normas deontológicas y tener sus propios procedimientos disciplinarios, de manera que no se les puedan imponer obligaciones contrarias a su práctica o recibir la amenaza de una sanción cuando sus actuaciones pudieran resultar incómodas a

⁴⁰ Alexis de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, en *Œuvres complètes d'Alexis de Tocqueville*, vol. 2 (15.^a ed., Paris: Michél Levy Frères, 1868), 37.

las autoridades de turno. Aunque es posible concebir la existencia de garantías para el ejercicio profesional que no dependieran de la capacidad de autorregulación, nadie podría garantizar que en momentos de tensión entre practicantes del derecho y los gobernantes se produjeran cambios normativos de la legislación estatal perjudiciales para el funcionamiento de la Justicia. La garantía de que eso no ocurra residiría en la autorregulación de los colegios de abogados.

Como hemos mencionado, la existencia de los colegios de abogados, cuando tienen capacidad de regulación, no puede justificarse exclusivamente a partir de la defensa de los intereses propios. Es evidente que en una sociedad democrática la autorregulación debe verse como un privilegio. Si un colegio de abogados tuviera como único propósito la defensa de los intereses de sus miembros, sería una asociación privada y, más allá del establecimiento de sus estatutos conforme a la ley, no gozaría de capacidad de autorregularse cuando la actividad de sus miembros afectara a los usuarios de servicios jurídicos o al interés público en sentido amplio. En la concepción moderna del asociacionismo profesional, es el cumplimiento de ciertas funciones públicas lo que da lugar al reconocimiento del privilegio de la autorregulación. El artículo 3.º del Colegio de Estatutos del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid refleja bien esa dualidad de fines:

Son fines esenciales del Colegio, en su ámbito territorial:

- (a) La ordenación del ejercicio de la profesión de abogado.
- (b) La representación exclusiva de la abogacía.
- (c) La defensa de los derechos e intereses profesionales de los colegiados.
- (d) Velar por la satisfacción de los intereses generales relacionados con el ejercicio de la profesión de abogado.
- (e) Promover la constante mejora de la calidad de las prestaciones profesionales de los colegiados mediante la formación profesional permanente.
- (f) Cooperar en la mejora de los estudios que conducen a la obtención de los títulos habilitantes para el ejercicio de la profesión de abogado.
- (g) El control deontológico y la aplicación del régimen disciplinario en garantía de la sociedad.
- (h) Colaborar con las administraciones públicas en el ejercicio de sus competencias en los términos previstos en las leyes.

- (i) La defensa del Estado social y democrático de derecho proclamado en la Constitución, así como la promoción y defensa de los derechos humanos.
- (j) La colaboración en el funcionamiento, promoción y mejora de la Administración de Justicia⁴¹.

Como vemos, esos objetivos contienen fines privados (b, c y parcialmente a y d) y públicos (g, h, i, j, y parcialmente a y d) sin percibir conflictos de intereses entre esas dos clases de fines. Las dos formas de conciliar esos fines son asumiendo, como tantas veces pasa, que la defensa del interés privado es, en el caso particular de los abogados, coincidente con la defensa del interés público, o que, llegado el caso, las directivas del colegio de abogados serán capaces de efectuar la debida ponderación y hacer primar el interés público sobre el interés particular de los abogados.

También es habitual justificar la autonomía diciendo, sin mucha prueba, que los colegios de abogados garantizan la formación de los abogados y un control ético de la profesión⁴². Por un lado, es raro la exigencia de cursos de actualización o de certificaciones anuales de práctica, con lo que la “garantía de la formación” se reduce muchas veces a la comprobación de los requisitos para el ejercicio de la profesión, que a veces se limitan a la posesión del título de abogado (así es en Colombia, México o Perú, con el requisito formal de inscripción en la asociación correspondiente, entre otros). Por otro, es difícil conciliar la idea de un control ético de la profesión con la realidad de las malas prácticas en la profesión, que producen todo tipo de quejas y hasta bromas populares⁴³.

⁴¹ Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Estatutos del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, http://web.icam.es/bucket/1381385763_Estatutos%20del%20Ilustre%20Colegio%20de%20Abogados%20de%20Madrid.pdf.

⁴² Oscar Cruz Barney, “La colegiación como garantía de independencia de la profesión jurídica: la colegiación obligatoria de la abogacía en México”. *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional* 28 (2013): 75-101, 81; el artículo contiene una síntesis histórica interesante del nacimiento de los colegios de abogados en México, motivado más por cuestiones asistencialistas y de dignificación de la profesión que por cuestiones políticas o de defensa del privilegio.

⁴³ Sobre las ambivalencias de los abogados, su mala fama y las bromas de abogados, es interesante el capítulo II de la tesis doctoral de Juan Jesús Garza Onofre, “Entre abogados te veas”. Aproximación multidisciplinar en torno a la figura del abogado y

Las razones del escepticismo hacia los colegios de abogados

Los gremios son los antecedentes históricos de la autorregulación profesional. La modernidad y, con ella, las ideas del libre mercado, en lo económico, y de la Ilustración, en lo político, hicieron que las asociaciones profesionales se vieran como formas obsoletas de organización de la producción y como defensoras de privilegios de clase⁴⁴. En Francia, la Ley Le Chapelier encarna la manifestación más hostil de esa aversión al asociacionismo de toda clase. En su artículo 1.º establecía que “El desmantelamiento de toda clase de corporaciones de ciudadanos del mismo oficio y profesión es una de las bases fundamentales de la Constitución francesa. Se prohíbe volver a crearlas de hecho, por cualquier razón o bajo cualquier forma”. Esa hostilidad a las asociaciones se combatiría por los sectores más influyentes de las profesiones, como los abogados, que consiguieron que el Estado francés, aun antes de abolición de la Ley Le Chapelier en 1864, les reconociera su derecho de asociación, si bien de forma limitada, en 1810^[45]. En el caso específico de las profesiones jurídicas, el asociacionismo como forma de defensa de los propios intereses y de la autonomía del campo jurídico volvería a producir el reconocimiento de algún grado de autorregulación por parte del Estado, cuando menos en asuntos disciplinarios.

Sin embargo, el escepticismo radical francés decimonónico hacia las formas asociativas persiste, si se quiere atenuado, en los legisladores y la ciudadanía. El escrutinio al que se somete la actividad profesional por las autoridades, el público, los medios de comunicación y los grupos de consumidores cuestiona la autorregulación existente y los intentos de ampliarla. Los escándalos públicos causados por prácticas corporativistas de médicos, auditores o abogados antes casos de malas prácticas no

análisis iusfilosófico sobre su proyección en la teoría del Derecho contemporánea”. Tesis de doctorado (Madrid: Universidad Carlos III, 2018), disponible en <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/28012>.

⁴⁴ Ricardo Hernández y José Damián González Arce García, “Gremios y corporaciones laborales. Debates historiográficos y estado de la cuestión”. *Areas. Revista Internacional de Ciencias Sociales* 34 (2015): 7-17, 8 y 11.

⁴⁵ Véase un resumen de la historia de los colegios de abogados en Francia en la página del Colegio de Abogados de París, <http://www.avocatparis.org/entre-nous/culture/notre-histoire-commune/un-peu-dhistoire>.

hacen sino aumentar esa desconfianza hacia las profesiones y, por ende, hacia su regulación. En el caso de los abogados, su exposición al público en los casos de gran relevancia, defendiendo casos que repugnan a las consideraciones éticas de la sociedad, contribuye a su desprestigio social (todo el mundo cree en el derecho a la defensa y el debido proceso; otra cosa es que la ciudadanía entienda las consecuencias derivadas de esos derechos)⁴⁶.

Hay también un cuestionamiento del valor de la autorregulación de los profesionales en general. En las sociedades con Estados fuertes, las responsabilidades se le exigen en última instancia al Estado y la idea de que nuestras quejas las atienda un grupo intermedio es difícil de aceptar. ¿Por qué si un abogado me cobra unos honorarios indebidos tienen que ser otros abogados los que juzguen la conducta de ese profesional? ¿Y por qué, a diferencia de lo que ocurre en los procesos penales, se protege la identidad del abogado demandado? ¿Por qué no actúa directa y rápidamente el Estado cuando las prácticas de los abogados están perjudicando a sectores amplios de la población, por ejemplo, en la prestación de servicios jurídicos gratuitos? El Estado hiperburocrático actual forma parte de nuestra manera de entender el funcionamiento de la sociedad y la defensa del interés público y, en ese marco, las asociaciones profesionales se ven como excepciones a la regla general que privilegian a colectivos poderosos.

Desde el punto de vista de la competencia, se cuestiona a los colegios por crear barreras artificiales de entrada a la profesión, que o se plasman en monopolios profesionales o reducen la competencia posible en el mercado, como vimos en el caso introductorio. La afiliación obligatoria a colegios regionales, la residencia obligatoria en el lugar de práctica, la fijación de honorarios por los colegios, la limitación de la publicidad, los límites a la libertad de expresión de un profesional

⁴⁶ Tras el análisis de la evidencia, Stephen concluye en el caso de Inglaterra y Gales, ambos con un desarrollo institucional notable, que “los estudios de caso de las dos jurisdicciones demuestran que no se puede confiar en que los organismos autorreguladores de los profesionales del derecho protegen a los clientes de estos profesionales de sufrir a manos de los abogados que prestan servicios jurídicos inadecuados o, de hecho, se comportan de manera fraudulenta”: Frank H. Stephen, *Lawyers, Markets and Regulation* (Cheltenham [UK]: Edward Elgar, 2013), 61. Si eso es así, no es difícil inferir las deficiencias de la autorregulación en países con una institucionalidad más débil.

que cuestione la práctica de otro o la misma obligación de colegiación para poder ejercer son formas evidentes de limitación de la competencia y que los abogados justifican en “aras del interés público”, pero de un interés público definido por un grupo con intereses muy definidos en calificar como público lo que las autoridades de la competencia y los consumidores ven como privado.

Por último, la falta de transparencia en los procesos disciplinarios y en los mecanismos de decisión de estas organizaciones profesionales acrecienta la desconfianza hacia la autorregulación. En un seminario organizado en Bogotá sobre regulación de la profesión de abogado, recuerdo cómo Martín Böhmer nos hizo reír a los asistentes mientras mostraba en una diapositiva la transcripción de un proceso disciplinario contra un abogado en Argentina, llena de tachones, al afirmar que el documento tenía más censura que los documentos de los archivos secretos de la CIA. Y se congratulaba de que el acceso a esos documentos mermados se hubiera facilitado, sin ser fácil, con respecto al pasado.

CONCLUSIÓN

Los mecanismos de autojustificación no son algo exclusivo de los abogados. La tendencia a confundir los intereses propios con los intereses generales constituye una forma de justificación moral habitual, y la cuestión es si la defensa de la autorregulación es apoyar la existencia de un privilegio o promover la mejor defensa del interés público. Lo que debería ser evidente, y no lo es tanto, es que los abogados, como principales interesados y beneficiados en la autorregulación, no son los que están en mejor posición para juzgar la validez de esos argumentos a favor de la autorregulación. Son los que mejor conocen los problemas del ejercicio de la profesión y los que mejor pueden defender sus intereses, pero eso no quiere decir que sean los que tienen los mejores criterios para resolver esos problemas, que sus intereses sean prioritarios frente a otros intereses sociales o que su concepción del interés público sea la más conveniente para la sociedad. La complejidad de la regulación de las profesiones, en un entorno social cambiante, requiere una participación amplia; de los abogados, sí, pero también de los usuarios de sus servicios y de otros profesionales directamente interesados en las actividades que tradicionalmente desempeñan los abogados. *La historia interminable*

debería ser la de la necesidad de adaptar el ejercicio profesional a las necesidades sociales y a los nuevos valores ciudadanos con la participación más amplia posible en la regulación, y no la de la resistencia de los abogados a ser regulados, como parece que ha sido hasta ahora, especialmente en aquellos lugares en los que conservan un poder considerable a través de los colegios de abogados.

PREGUNTAS PARA REFLEXIONAR

- a. Una de las principales funciones que reclaman las asociaciones profesionales es el control de acceso a la profesión. Las autoridades de la competencia ven en ese control de acceso y en las condiciones impuestas una restricción injustificada a la prestación libre de servicios jurídicos. ¿Qué clase de restricciones al acceso de la profesión por los colegios de abogados serían “injustificadas”?
- b. Usted, como abogado, sabe que en casi todos los países los procedimientos disciplinarios contra los abogados son de carácter confidencial, lo cual hace que el público no conozca los nombres de los abogados y de los clientes involucrados. Sin embargo, algunos defienden que esa información es de interés público y que además permitiría una selección más apropiada de los prestadores de servicios jurídicos por parte del consumidor. ¿Qué nivel de publicidad deberían garantizar las normas jurídicas con respecto a los procesos disciplinarios de los abogados para conjugar los intereses del buen nombre y la intimidad con los de protección del consumidor y buen funcionamiento del mercado de bienes jurídicos?
- c. Las tensiones entre autorregulación de los abogados y regulación de la profesión jurídica por el Estado acompañan la historia moderna de la profesión jurídica. ¿En qué asuntos pensaría usted que está justificada la autorregulación de los abogados sin intervención del Estado y por qué?
- d. ¿Hay alguna razón para que la regulación de la publicidad tenga restricciones en el caso de la abogacía, fijadas por las asociaciones profesionales, o debería someterse al régimen general de la publicidad? ¿A qué abogados beneficia y a qué abogados perjudica la restricción a la publicidad de la profesión jurídica?

- e. ¿Está justificado el monopolio de las asociaciones profesionales, es decir, que en la mayoría de los países sea una sola asociación profesional nacional o local la que controle las cuestiones relativas al ejercicio de la profesión, o se debería permitir la existencia de varias asociaciones profesionales, en el marco común establecido por una ley?

BIBLIOGRAFÍA

- Adams, Tracey L. “Self-regulating professions: past, present, future”. *Journal of Professions and Organization* 4, n.º 1 (2016): 70-87.
- Böhmer, Martín. “Igualadores y traductores. La ética del abogado en una democracia constitucional”, en *Homenaje a Carlos S. Nino*, coordinado por Marcelo Alegre, Roberto Gargarella y Carlos F. Rosenkrantz. La Ley - Facultad de Derecho UBA, Buenos Aires, 2008.
- Boon, Andrew. “The Regulation of Lawyers and Legal Services”, en *International Perspectives on the Regulation of Lawyers and Legal Services*, editado por Andrew Boon (Oxford and Portland: Bloomsbury, 2017).
- Braithwaite, John. “Responsive regulation and developing economies”. *World Development*, 34, n.º 5 (2006): 884-898.
- Buchanan, James. “Rent Seeking and Profit Taking”, en *Toward a Theory of the Rent-Seeking Society*, editado por James M. Buchanan, Robert D. Tollison y Gordon Tullock. College Station (Texas): Texas A&M, 1980.
- Cruz Barney, Oscar. “La colegiación como garantía de independencia de la profesión jurídica: la colegiación obligatoria de la abogacía en México”. *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional* 28 (2013): 75-101.
- Diamond, Patrick. “Globalisation and Welfare States”, en *Routledge Handbook of the Welfare State*, editado por Bent Greve (2.ª ed., Abingdon, Oxon; New York, NY: Routledge, 2018).
- Farnsworth, Kevin y Zoë Irving, “Fiscal crisis, financial crisis and the fragile welfare state”, en *Routledge Handbook of the Welfare State*, editado por Bent Greve. 2.ª ed., Abingdon, Oxon; New York, NY: Routledge, 2018.
- García Villegas, Mauricio y María Adelaida Ceballos Bedoya. *Abogados sin reglas*. Bogotá: Ariel, 2019.
- Garza Onofre, Juan Jesús. “‘Entre abogados te veas’. Aproximación multidisciplinar en torno a la figura del abogado y análisis iusfilosófico sobre su

- proyección en la teoría del Derecho contemporánea”. Tesis de doctorado (Madrid: Universidad Carlos III, 2018), disponible en <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/28012>
- Gumpert Melgosa, Sonia (decana del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid), “Discurso de inauguración”. I Congreso de la Abogacía Madrileña, 2015, <http://web.icam.es/bucket/Discurso%20inauguraci%C3%B3n%20decana.pdf>.
- Kaye, Robert P. “Regulated (Self-)Regulation: A New Paradigm for Controlling the Professions?”. *Public Policy and Administration* 21 (2006): 105-119.
- Kennedy, Duncan. “The Responsibility of Lawyers for the Justice of their Causes”. *Texas Tech Law Review* 18 (1987): 1157-1163.
- Peltzman, Sam. “The Economic Theory of Regulation after a Decade of Deregulation”. *Brookings Papers on Economic Activity. Microeconomics* (1989): 1-59.
- Rivera López, Eduardo (ed.). *Ética profesional y derecho. Cuadernillo para alumnos*. Programa de formación en áreas de vacancia de la abogacía. Buenos Aires: Ediciones SAIJ - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2017.
- Semple, Noel, Russell G. Pearce y Renee Newman Knake, “A Taxonomy of Lawyer Regulation: How Contrasting Theories of Regulation Explain the Divergent Regulatory Regimes in Australia, England and Wales, and North America”. *Legal Ethics* 16, parte 2 (2013): 258-283.
- Stephen, Frank H. *Lawyers, Markets and Regulation*. Cheltenham (UK): Edward Elgar, 2013.
- Stigler, George J. “The Theory of Economic Regulation”. *Bell Journal of Economics and Management Science* 2 (1971): 3-21.
- Teubner, Gunther. “After Legal Instrumentalism: Strategic Models of Post-Regulatory Law”, en *Dilemmas of Law in the Welfare State*, editado por Gunther Teubner. Berlin: Walter de Gruyter (1986).
- Tullock, Gordon. “The Welfare Costs of Tariffs, Monopolies, and Theft”. *Western Economic Journal* 5, n.º 3 (1967): 224-232.
- de Tocqueville, Alexis. *De la démocratie en Amérique*, en *Œuvres complètes d’Alexis de Tocqueville*, vol. 2 (15.ª ed., Paris: Michél Levy Frères, 1868).
- Van den Bergh, Roger, “Self-Regulation of the Medical and Legal Professions: Remaining Barriers to Competition and EC Law”. *Fondazione Mattei Working Paper*, 31/97 (1997): 1-67.
- Wilkins, David B. “Who Should Regulate Lawyers”, *Harvard Law Review* 105 (1992): 799-887.

Artículos y notas de prensa

- Castilla, José David. “Cada año suspenden a cerca de 840 abogados por faltas a la profesión”, *Asuntos Legales*, 7 de mayo del 2019, <https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/cada-ano-suspenden-a-cerca-de-840-abogados-por-faltas-a-la-profesion-2859093>.
- Colegio de Abogados de París, <http://www.avocatparis.org/entre-nous/culture/notre-histoire-commune/un-peu-dhistoire>.
- Expansión*. “La CNMC sanciona a 9 colegios de abogados con una multa de 1,4 millones de euros”, *Expansión*, 3 de diciembre del 2018, <https://www.expansion.com/juridico/actualidad-tendencias/2018/03/12/5aa6adf0e5fdea55428b45cd.html>
- Fromow, María de los Ángeles. “Abogados, ¿y la ética?”, *El Sol de México*, 27 de febrero del 2018, <https://www.elsoldemexico.com.mx/analisis/abogados-y-la-etica-1031955.html>; en Colombia,
- Hernández, Ricardo y José Damián González Arce García, “Gremios y corporaciones laborales. Debates historiográficos y estado de la cuestión”, *Areas. Revista Internacional de Ciencias Sociales* 34 (2015): 7-18.
- López Agúndez, José María. “El presidente de la CNC carga contra los límites a la publicidad en la abogacía”, *Expansión*, 18 de diciembre del 2008, <https://www.expansion.com/2008/12/18/juridico/1229624134.html>.
- López Agúndez, José María. “Competencia ataca el poder de los colegios y reclama su liberalización”, 19 de septiembre del 2009, <https://www.expansion.com/2008/09/16/juridico/1164888.html>.
- Morales Nemez, Yesmina. “¿Qué ha pasado con la ética profesional del abogado en Colombia?”, Blog de Derecho de los Negocios, 27 de julio del 2018, <https://dernegocios.uexternado.edu.co/negociacion/que-ha-pasado-con-la-etica-profesional-del-abogado-en-colombia/>.
- Neuman, Ariel Alberto. “Ética, desafíos y abogados”, *El Cronista*, 1.º de noviembre del 2017, <https://www.cronista.com/legales/Etica-desafios-y-abogados-20171101-0004.html>.
- Serraller, Mercedes. “Los profesionales se ponen en pie de guerra contra la CNC”, *Expansión*, 19 de septiembre del 2008, <https://www.expansion.com/2008/09/16/juridico/1165281.html>.
- Vélez, Antonio M. “El consejero de la CNMC que fichó por el PP se borra de una charla pagada por uno de sus regulados”, *eldiario.es*, 21 de mayo del 2017, https://www.eldiario.es/economia/consejeroCNMCPPretribuidaregulados_0_645335617.html.

Normas e informes legales citados

Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), “Acuerdo por el que se emite informe relativo al proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española. IPN/CNMC/018/19”, del 20 de junio del 2019, https://www.cnmc.es/sites/default/files/2530888_14.pdf, pp. 19-20.

Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), “Trabajando por la competencia. Informe sobre el sector de servicios profesionales y colegios profesionales”, del 2008, disponible en https://www.cnmc.es/sites/default/files/1254639_7.pdf.

Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, “Informe sobre los colegios profesionales tras la transposición de la directiva de servicios”, del 2012, disponible en <http://www.colvet.es/sites/default/files/2015-12/Informe%20de%20la%20CNMC%20sobre%20Colegios%20Profesionales%20y%20Directiva%20de%20Servicios.pdf>.

Estatuto General de la Abogacía, disponible en <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2013/05/Estatuto-General-de-la-Abogacia.pdf>.

Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Estatutos del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, http://web.icam.es/bucket/1381385763_Estatutos%20del%20Ilustre%20Colegio%20de%20Abogados%20de%20Madrid.pdf.

Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española, en <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/06/Estatuto-General-de-la-Abogacia-Espanola-1.pdf>.

CAPÍTULO V

EL TRABAJO PRO BONO: LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DEL ABOGADO*

PAULA SAMPER SALAZAR Y ANAMARÍA SÁNCHEZ QUINTERO

INTRODUCCIÓN: EL ACCESO A LA JUSTICIA Y LA EXPANSIÓN DEL PRO BONO EN LATINOAMÉRICA

Los problemas de acceso a la justicia para las poblaciones de escasos recursos son comunes a todos los países del mundo, pero es evidente que en los países de ingreso medio o bajo, como los latinoamericanos, esos problemas se acrecientan, en la medida en que los ingresos de un elevado porcentaje de la población los colocan en situación de pobreza o por debajo de la línea de pobreza¹. Las soluciones ofrecidas hasta el momento para cubrir las necesidades de los pobres, como asistencia jurídica gratuita por instituciones públicas, consultorios jurídicos universitarios gratuitos o asociaciones que prestan servicios gratuitos a determinados colectivos (indígenas, mujeres maltratadas), son claramente insuficientes para cubrir las necesidades de acceso a la justicia en Latinoamérica. En este contexto, los despachos de abogados han trasplantado al contexto latinoamericano, y en especial en Argentina, Chile,

* Para citar: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.418>

¹ Según el último informe de la CEPAL sobre la situación social en Latinoamérica, que trata los problemas de desigualdad, pobreza y migraciones en la región, en Latinoamérica habría 191 millones de personas en situación de pobreza y 72 millones en situación de pobreza extrema, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Panorama Social de América Latina* (Santiago de Chile: CEPAL, 2019), 97; por otro lado, los costos de los servicios jurídicos son muchas veces inabordables para las personas de bajos ingresos. Por ejemplo, en Colombia, un país de ingreso medio y uno de los dos países latinoamericanos miembros de la OCDE, más del 70% de la población tenía ingresos familiares iguales o inferiores a tres salarios mínimos mensuales y el 55% menos de dos en el 2017 (en el 2017 el salario mínimo eran 737.717 pesos, por lo que el 70% de los hogares colombianos tenía un ingreso de 2.150.000 pesos, equivalentes en el 2017 a unos 720 dólares, y el 55% menos de 1.415.000, unos 480 dólares); DANE, “Boletín técnico”, Encuesta Nacional de Presupuestos de los Hogares (Bogotá: DANE, 2018).

Colombia y Brasil², la institución de los servicios jurídicos *pro bono*, que permiten prestar servicios jurídicos de calidad a individuos y organizaciones sin recursos suficientes para pagarlos. La práctica del *pro bono* no es obligatoria en ningún país de la región, pero tampoco lo es en casi ningún país, salvo en unos pocos estados de Estados Unidos³. Sin embargo, con independencia de su carácter voluntario, la práctica está muy extendida y tiene una larga tradición en los países de *common law*, en los que se aconseja a los abogados dedicar entre 35 y 50 horas de trabajo facturable a la práctica del *pro bono*. En el *common law*, la práctica del *pro bono* está institucionalizada⁴. En los países de Latinoamérica lo que hay es un crecimiento notable de la práctica y un esfuerzo de institucionalización de ella⁵.

La práctica *pro bono*, además de contribuir a la satisfacción de las necesidades jurídicas de un sector de la población de bajos recursos, o de organizaciones de recursos limitados, tiene otros beneficios valorables desde el punto de vista de la ética. El *pro bono* permite que un abogado con preocupaciones sociales que vayan más allá del ejercicio remunerado de la profesión pueda hacer ese trabajo y ayudar a otros; le permite,

² La primera acción colectiva nació de la “Cumbre Estratégica para el Continente Americano: Una Profesión en Apoyo de la Democracia”, organizada por el Centro Cyrus R. Vance por la Justicia Internacional en el 2005 y en la que participaron abogados estadounidenses, mexicanos, brasileños, colombianos, peruanos y argentinos, y que daría lugar dos años más tarde a la Declaración Pro Bono para el Continente Americano (disponible en <https://probono.org.co/quienes-somos/declaracion-probono/>), y que dos años después fue sobre este trasplante jurídico en Latinoamérica, véase Daniel Bonilla (ed.), *Los mandarines del derecho. Trasplantes jurídicos, análisis cultural del derecho y el trabajo pro bono* (Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2017); el libro, tras una reflexión general sobre el trasplante del pro bono en Latinoamérica, estudia los casos de Argentina, Chile y Colombia. Para el caso de Brasil, véase el artículo de Daniel Bonilla, “El trabajo jurídico pro bono en Brasil: Trasplantes jurídicos, acceso a la justicia y las obligaciones sociales de los abogados”, *Revista Direito e Praxis* 10, n.º 1 (2019): 424-467.

³ Florida, Hawai, Illinois, Indiana, Maryland, Nevada, Nuevo México y Nueva York; https://www.americanbar.org/groups/probono_public_service/policy/arguments/.

⁴ Sobre la institucionalización de la práctica *pro bono* en los Estados Unidos, véase Cummings, Scott L. y Deborah L. Rhode. “Managing Pro Bono: Doing Well by Doing Better”. *Fordham Law Review* 78 (2010): 2357-2442, y también Cummings, Scott L. “The Politics of Pro bono”. *UCLA Law Review* (2004): 1-150.

⁵ La Fundación Pro Bono es el primer intento en la región por institucionalizar la práctica; véase <https://www.probono.org.co/pdf/ProBonodelaAalaZ/Manualdeimplementaciondelprogramaprobono.pdf>.

en definitiva, hacer un bien social⁶. Como lo expresa Cumming, puede “estar bien haciendo el bien”⁷. Aumenta además la fidelidad de esos abogados al despacho, al permitirles sentir que no todo gira en torno a la facturación y que el despacho contribuye directamente al bienestar social en algún grado. Además, los despachos pueden establecer relaciones beneficiosas con la comunidad, que disminuyan el rechazo que a veces producen los abogados, en general, y los grandes despachos de abogados, en particular, que a veces se ven solo como los grandes promotores de los intereses económicos de los poderosos. El *pro bono* contribuye a la buena reputación de los abogados y los despachos que lo practican.

Sin embargo, la práctica *pro bono* presenta también algunos problemas. En cuanto a la satisfacción del interés público, en especial el servicio a la población de bajo ingresos, se plantea una objeción ética derivada de la idea de que las necesidades de esa población son una obligación del Estado y las prácticas del *pro bono* diluyen esa responsabilidad (no es culpa de quienes lo prestan). Más relevante es el problema de que la práctica *pro bono* de los despachos, aunque gratuita, exige un trabajo de coordinación grande de las organizaciones que recurren a ella y desvía recursos importantes hacia esa práctica (la respuesta sería que nadie obliga a las organizaciones a recurrir a los despachos y que, en última instancia, es un cálculo de costo-beneficio). Una tercera objeción sería que los casos asumidos por los abogados en la práctica *pro bono* están seleccionados de manera tal que dejan un gran número de intereses sociales sin cubrir. Los abogados, y en especial los grandes despachos, no tomarán casos que afecten, actual o potencialmente, la base de sus clientes de pago. Es lo que se conoce como “conflictos de posición”, un tipo específico de conflictos de interés, que Cummings define como casos en que los argumentos de un abogado “son directamente contrarios, o perjudican, la posición planteada en beneficio de un segundo cliente en un caso o asunto diferente”⁸. Por ello, la mayoría de los grandes despachos no se ocupa *pro bono* de asuntos ambientales, de casos colectivos de derechos de consumo ni de casos muy polémicos para la opinión pública. Otros despachos pueden tener conflictos de posición específicos (por ejemplo, si un despacho tiene como clientes grandes empresas

⁶ Cummings, Scott L. “The Politics of Pro bono”, 102.

⁷ *Ibíd.*

⁸ *Ibíd.*, 116.

agrícolas, evitará llevar *pro bono* casos de restitución de tierras). Por esta razón, como explica Cummings, “las demandas judiciales modestas, la colaboración con los consultorios o los asuntos comerciales *pro bono* [...] son los más seguros desde la perspectiva de los conflictos de interés” y, por lo tanto, los que con mayor probabilidad sean asumidos *pro bono* por despachos y abogados⁹. Por último, es de mencionar que el número de horas que un abogado tiene para este tipo de trabajo voluntario gratuito es siempre limitado, y además que hay abogados que ven esta clase de trabajo como un obstáculo para su promoción profesional en el despacho, al quitarles tiempo de horas facturables. Veamos dos casos hipotéticos que permiten ver esta clase de conflictos¹⁰.

Dos casos hipotéticos *pro bono* o cómo para hacer el bien hay que esforzarse

Caso 1: De cómo las represas dan siempre problemas. Gómez y Cárdenas, un gran despacho de Bogotá, con sucursales en varias ciudades del país. Las organizaciones indígenas de Colombia le han pedido que les ayude a presentar demandas constitucionales y administrativas para impedir la construcción de una nueva presa en Antioquia. La construcción de la presa inundará un área de gran valor ecológico y en la que varios pueblos indígenas trabajan y obtienen su sustento. Aunque ninguno de los clientes del despacho les ha pedido hasta ahora llevar casos que impliquen problemas jurídicos de uso del agua o relativos a la explotación de recursos hídricos, sí tiene clientes transportistas que están demandando la normativa sobre emisiones de varios municipios del país, aunque ninguno en Antioquia, y otros que le han pedido que los represente en licitaciones públicas en las que se exigen unos requisitos de emisiones para el transporte con los que no están de acuerdo. ¿Puede representar éticamente el despacho a las organizaciones indígenas? ¿Podría recurrir a su vez a argumentos éticos para negarse a aceptar el caso? ¿Este tipo de casos le conviene al despacho? ¿De qué dependerá que le convenga o no aceptarlos?

⁹ Ibid., 125.

¹⁰ Los dos casos elaborados a continuación son una adaptación, con modificaciones, de Esther F. Lardent, “Positional Conflicts in the Pro Bono Context: Ethical Considerations and Market Forces”, *Fordham Law Review* 67 (1999):2279-2294, 2281-2282.

Caso 2: De cómo los pobres también presionan a los ricos. Gómez y Cárdenas tienen también una práctica mercantil y civil prestigiosa. Siguiendo la tendencia de los grandes despachos colombianos, quiere promover su práctica *pro bono* en beneficio de las comunidades más desfavorecidas de Bogotá, el lugar en el que desarrolla el 80% de su práctica nacional. Una organización comunitaria de Ciudad Bolívar, que defiende los intereses de varios barrios ilegales ubicados en los cerros, les pidió ayuda. Necesitaban abogados que los representaran en sus tratos comerciales con empresarios que quieran crear negocios y puestos de trabajo en esos barrios. Los socios de Gómez y Cárdenas estuvieron de acuerdo en representarlos. Una de las multinacionales latinoamericanas más grandes de tiendas por departamentos querría instalarse en los terrenos de la comunidad. Los líderes de la comunidad quieren un compromiso de la empresa de que el 80% del personal contratado para las obras y después para el funcionamiento de la tienda sea de los barrios que representan. Además, le piden a la multinacional que, como han hecho las empresas constructoras de la zona, reserve una porción del terreno, o compre uno apropiado para un parque, y que pague los costos de construcción de éste. Después de haberse reunido con los líderes comunitarios, en la reunión mensual de socios, uno de los socios del departamento de sociedades le recuerda al resto de socios que en el pasado les habían aconsejado a dos de sus clientes más importantes no adquirir obligaciones contractuales de una clase parecida a las que se están proponiendo. Si en el pasado se opusieron, ¿es ético que el despacho defienda ahora las pretensiones contrarias para este cliente *pro bono*? ¿Debería informar al cliente de que en el pasado el despacho asesoró a empresas convencido de que era malo para ellas aceptar esas condiciones? ¿Este tipo de actuaciones contradictorias puede afectar negativamente al despacho en el futuro a la hora de conseguir como clientes a empresas que necesiten suelo para desarrollar sus proyectos?

Un caso representativo del trabajo *pro bono* en la región:
el acceso a la justicia en Colombia y la capacidad del *pro bono*

En Colombia, como en todos los países democráticos, el acceso a la justicia es tanto un derecho fundamental¹¹ como un elemento esencial del

¹¹ Constitución Política de Colombia.

Objetivo de Desarrollo Sostenible número 16 de las Naciones Unidas. El acceso a la justicia ha sido entendido como la posibilidad que tiene todo ciudadano, sin importar su condición económica o social, de acceder al aparato jurisdiccional y resolver efectivamente sus conflictos. La garantía de este derecho tiene una incidencia directa con el crecimiento inclusivo, el bienestar de los ciudadanos y la buena administración pública, además de influir en la vida diaria de las personas en asuntos cotidianos como la salud, la educación, la vivienda y la productividad.

La Corte Constitucional de Colombia ha establecido que el derecho al acceso a la justicia es un medio a través del cual se mantiene la convivencia armónica en una sociedad, a través de la resolución de conflictos entre los integrantes de la población por medios institucionales y formales.

La Constitución de 1991 asignó la función de organizar y dirigir la defensoría pública a un ente autónomo, la Defensoría del Pueblo, al cual le asignó la función de proveer el acceso a la justicia a través del sistema de defensoría pública, en especial respecto de quienes se acredite que se encuentran en imposibilidad económica o social de proveer por sí mismas la defensa de sus derechos. Antes de la expedición de dicha norma, el entonces Ministerio de Justicia contrataba defensores de oficio que actuaban en los procesos en los que eran requeridos. La actual Defensoría del Pueblo centraliza los servicios de defensa pública, principalmente a través de abogados contratados por ella misma y estudiantes de consultorios jurídicos. Sin embargo, este sistema no logra en la actualidad resolver la totalidad de necesidades de acceso a la justicia de nuestro país. En su informe de resultados al Congreso de la República publicado en diciembre del 2015, la propia Defensoría del Pueblo manifiesta que la demanda del servicio de Defensa Pública ha venido creciendo significativamente en los últimos años y por ende sus servicios son insuficientes frente a las necesidades de acceso en igualdad de condiciones a la administración de justicia.

Las cifras que presenta el Departamento Nacional de Planeación (DNP) en la encuesta de necesidades jurídicas hablan por sí solas: el 10% de la población declaró tener una necesidad jurídica en los últimos dos años, pero el 60% de ellos no obtuvo solución. El 55% de las necesidades proviene de tres categorías: acceso a la salud, asuntos de familia y delitos. Las otras categorías incluyen conflictos de vecinos, asuntos laborales, deudas, servicios públicos y otros. Solo el 48% de las personas

acudió a las instituciones públicas o privadas autorizadas por el Estado para resolver el problema. El 25% hace un acuerdo pacífico con la contraparte y el resto de las personas o no hace nada, o acude a un actor ilegal o a una acción violenta.

El porcentaje de efectividad (casos resueltos) de las entidades llamadas a hacerlo es apenas del 50% para los jueces, el 34% para la Fiscalía General de la Nación y el 27% para la Defensoría del Pueblo. Este es el panorama actual del acceso a la justicia en Colombia.

Para alcanzar la plenitud del goce de este derecho, el Departamento Nacional de Planeación (DNP) ha considerado que el acceso a la justicia es un proceso de *múltiples dimensiones* que permiten a las personas resolver sus necesidades jurídicas. En este sentido, al analizar el contenido material de este derecho se encuentra que el acceso a la justicia tiene diferentes etapas que van desde la identificación de las necesidades cotidianas como necesidades jurídicas, hasta la capacidad de cumplimiento de las decisiones judiciales. En esta medida, es deber del Estado dotar a los ciudadanos de garantías en cada una de estas etapas, de manera que su tránsito por el proceso de acceso a la justicia resulte efectivo y en condiciones de igualdad. Para el DNP, basándose en el informe “Access to Justice Assessment Tool” de la American Bar Association, este procedimiento consta de seis dimensiones: (1) ambiente favorable; (2) empoderamiento legal; (3) asistencia legal; (4) acceso a las instituciones; (5) procedimiento justo y (6) capacidad de cumplimiento.

Frente a la dimensión de “asistencia legal”, el DNP establece que es el momento en el cual las personas se enfrentan a la necesidad de contar con los conocimientos especializados de profesionales en derecho, para poder satisfacer sus necesidades. En este sentido, por *asistencia legal* se entiende aquellos servicios prestados por profesionales en derecho orientados a prestar asesoría legal o representación judicial o administrativa. La asistencia legal constituye una barrera para el acceso a la justicia tratándose de la población con escasos recursos económicos, quienes no pueden pagar los honorarios de abogados que presten estos servicios calificados. Para cubrir esta demanda de asistencia legal, existen cuatro variables: asistencia legal pagada, defensorías públicas, consultorios jurídicos y el potencial del trabajo *pro bono*.

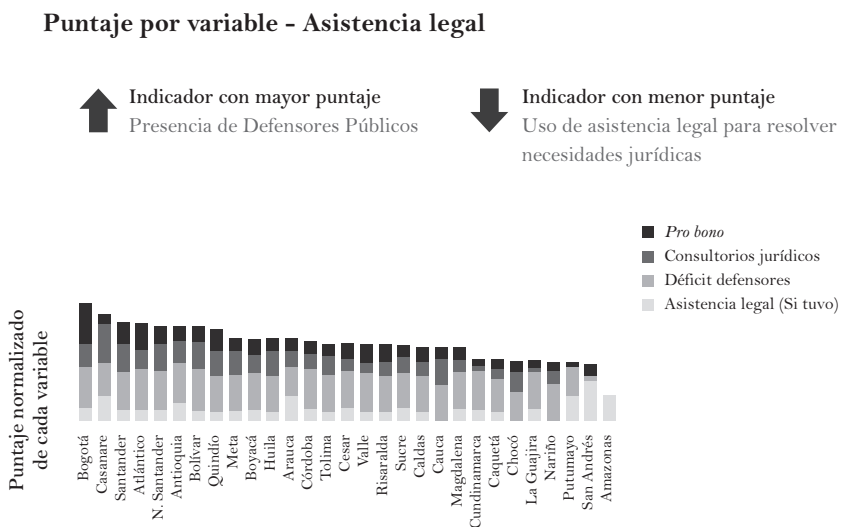
El DNP define el trabajo *pro bono* como “un servicio de asistencia legal gratuito prestado por abogados a una comunidad, persona natural o jurídica, que no cuenta con los recursos económicos suficientes

para acceder a una asesoría legal sujeta a honorarios”. Este servicio es prestado principalmente por abogados que ejercen en el sector privado, bien sea independientes, a través de firmas de abogados o en departamentos legales de empresas. En este sentido, a través de programas de responsabilidad social profesional, se puede generar un impacto en la provisión de servicios jurídicos de calidad y gratuitos a personas que no están cubiertas por los servicios institucionales de defensa pública y de consultorios jurídicos.

En el índice de acceso efectivo a la justicia se incluye el trabajo *pro bono* como una variable que mide el potencial de servicio *pro bono* según la cantidad de abogados registrados en el Registro Nacional de Abogados por departamento, considerando que es un deber profesional la prestación de servicios gratuitos en favor de la población vulnerable.

El siguiente gráfico demuestra cuál es la capacidad de trabajo *pro bono* con la que cuenta cada departamento en Colombia, además de los otros indicadores de asistencia legal evaluados por el DNP.

Gráfico 1. Acceso a asistencia legal



Fuente: diapositiva 27 del informe disponible en https://planeacionnacional-my.sharepoint.com/:b:/g/personal/mandiaz_dnp_gov_co/EWr4iNez1RpHlI6un3q45RsBwhxyMLVz1yUq2uQEWFe1g?e=uriAej.

¿QUÉ ES EL TRABAJO PRO BONO? DESARROLLO TEÓRICO

Concepto de trabajo *pro bono*

De acuerdo con la Declaración de Trabajo Pro Bono para el Continente Americano, el trabajo *pro bono* se refiere a la prestación de servicios legales gratuitamente y que benefician a personas o comunidades menos privilegiadas, que de otra manera no tendrían acceso a dichos servicios¹².

Según Scott Cummings, el trabajo *pro bono* es un “deber profesional (realizado por fuera del curso normal de la práctica facturable) de proveer servicios gratuitos a personas con recursos limitados, o a clientes que buscan la protección del interés público”¹³.

En Colombia es escasa la literatura que trata la cuestión de si los abogados privados deben contribuir o no al acceso a la justicia. Existen estudios sobre la pertinencia y eficacia de los consultorios jurídicos de las universidades, sobre las dificultades en el sistema de justicia y en general sobre las necesidades jurídicas insatisfechas. Pero poco se ha profundizado sobre el rol de los abogados privados, particularmente de aquellos que trabajan en las firmas de abogados, quizás porque se trata de un concepto que ha sido catalogado, como lo ejemplifica Bonilla, como un trasplante jurídico de reciente adopción, heredado del sistema anglosajón, que está limitado a unas élites de la profesión y que no ha terminado de implementarse. Según Bonilla, el proceso de creación de una verdadera cultura *pro bono* en nuestro país es todavía muy débil¹⁴. Como se verá más adelante, el trasplante de una figura anglosajona a una realidad tan diferente como la que se vive en Colombia plantea retos importantes tanto para los abogados privados como para las personas de escasos recursos económicos que acuden a ellos.

¹² Cyrus Vance Center, “Declaración del Trabajo Pro Bono para el Continente Americano”, 2006, <http://www.vancecenter.org/vancecenter/images/stories/vancecenter/english.pdf>.

¹³ Scott L. Cummings, “The Politics of Pro Bono”. *UCLA Law Review*, 2004, 1-150.

¹⁴ Daniel Bonilla, “Las obligaciones sociales de los abogados y el trabajo pro bono”, en *Abogados, sociedad y derecho de interés público*, editado por Daniel Bonilla (Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2017), 11-58.

El trabajo *pro bono* parte de unas premisas básicas: la primera, que los abogados tienen obligaciones sociales en una democracia, o que existe una función social inherente a la profesión, que va más allá de ejercerla con fines de lucro: estas obligaciones, a diferencia de las contractuales que son con el cliente, lo son con la comunidad o la sociedad. Algunos autores, como Luban, llegan incluso a sugerir que el derecho a contar con un abogado es indispensable para ejercer los demás derechos humanos¹⁵. Por lo tanto, los abogados tienen obligaciones no solamente con los clientes que los contratan, sino con los demás seres humanos que necesitan ejercer un derecho.

Para diferenciar el concepto del trabajo *pro bono* de otro tipo de servicios voluntarios, Daniel Bonilla define el concepto de trabajo *pro bono* a partir de siete características fundamentales¹⁶:

1. *Es un servicio jurídico*. El trabajo *pro bono* es el uso de conocimientos jurídicos profesionales en favor de personas y comunidades de escasos recursos económicos.
2. *Es un servicio prestado por abogados*. El trabajo *pro bono* solo puede ser prestado por profesionales en derecho, de manera que aquellas personas que tienen conocimientos jurídicos pero que no han sido reconocidos como profesionales de acuerdo con los requisitos que cada Estado establezca, como los líderes sociales, no puede realizar trabajo *pro bono*.
3. *Es gratuito*. El trabajo *pro bono* implica que los abogados no reciban ningún tipo de remuneración económica por la prestación de los servicios en favor de las comunidades vulnerables. Parte de la completa gratuidad de los servicios prestados y la ausencia de honorarios por la prestación de estos servicios.
4. *Es voluntario*. Uno de los elementos más discutidos es si debe existir una obligación estatal para que los abogados realicen trabajo *pro bono* o si este debiera ser asumido de manera voluntaria. Para Bonilla el trabajo *pro bono* es voluntario y deriva de una

¹⁵ David Luban, *Legal Ethics and Human Dignity* (Cambridge: Cambridge University Press, 2007).

¹⁶ Daniel Bonilla, “El trabajo *pro bono* en perspectiva comparada”, en *Los mandarines del derecho. Trasplantes jurídicos, análisis cultural del derecho y el trabajo pro bono*, editado por Daniel Bonilla (Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2017), 19-132.

obligación autónoma que adquieren los abogados de ejercer social y responsablemente su profesión.

5. *Es institucionalizado*. El trabajo *pro bono* debe ser una actividad permanente y formalizada y no una prestación esporádica de servicios jurídicos gratuitos.
6. *Está dirigido a personas de bajos recursos socioeconómicos y comunidades vulnerables*. El trabajo *pro bono* debe estar dirigido a personas que no tengan los recursos económicos suficientes para pagar los honorarios de un abogado.
7. *Es un asunto de interés público*. También es considerado trabajo *pro bono* el trabajo gratuito realizado en favor de asuntos colectivos o de comunidades, como lo son el litigio estratégico, la educación jurídica y las asesorías legislativas.

Justificación del trabajo *pro bono*

La necesidad de la existencia del trabajo *pro bono* descansa en dos premisas fundamentales, según Deborah L. Rhode. La primera hace referencia al acceso a servicios legales como una necesidad fundamental de todas las personas. El acceso efectivo a la justicia es el único mecanismo para garantizar la ejecución de todos los derechos humanos, razón por la cual es una necesidad primaria en los estados sociales de derecho garantizar la administración y acceso a la justicia, en el entendido de que la democracia solo se logra a través de la verdadera ejecución de los derechos de las personas.

Como se planteó anteriormente, el acceso a la justicia es un derecho humano y un fin del Estado, de manera que, según lo ha corroborado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Estado debe adoptar todas las medidas posibles para garantizar que todas las personas tengan acceso a una asistencia letrada efectiva¹⁷.

No obstante, la realidad demuestra que el acceso a la justicia es un postulado que no se aplica a las poblaciones de escasos recursos económicos, quienes no solo tienen las necesidades legales comunes de cualquier persona, sino que además dependen de la asistencia legal para

¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Chaparro Álvarez y Lapo Ñíguez vs. Ecuador*, 2007.

acceder a necesidades básicas como la alimentación, la vivienda, la salud, el trabajo, etc. Por ello es necesaria la intervención de juristas profesionales para la satisfacción de las demandas de servicios jurídicos en poblaciones menos favorecidas¹⁸.

En consecuencia, al reconocer que el acceso a la justicia es una necesidad fundamental para proclamar un Estado justo, los abogados tienen una responsabilidad de ayudar a proveer asistencia legal a quienes no tienen recursos económicos suficientes para costear un abogado privado.

Es en este ámbito en donde el Estado debe desempeñar un papel fundamental como promotor de las prácticas socialmente responsables de la abogacía, entendiendo el trabajo *pro bono* como un asunto de política pública, que tiene el potencial de mejorar la oferta de servicios jurídicos gratuitos para aquellas personas que no tienen recursos para pagar un abogado por sus propios medios. Así, para dar cumplimiento a sus obligaciones internacionales de garantía del acceso a la justicia, los estados deberían adoptar políticas públicas que consideren que la abogacía, al ser un instrumento para la garantía de los demás derechos humanos, debe acarrear responsabilidades públicas para todos los abogados, independientemente del sector en el que se desarrollen profesionalmente. Más adelante se ilustrará cómo algunos estados, a través de sus colegios de abogados, han promovido el trabajo *pro bono* como una política pública para la efectividad del acceso a la justicia.

En segundo lugar, Rhode considera que el trabajo *pro bono* se justifica como una responsabilidad inherente al ejercicio del derecho, pues la disponibilidad de los servicios legales está en manos de los abogados. Esta responsabilidad resulta ser obligatoria al considerar que los servicios legales están monopolizados por el gremio jurídico, entendiendo que si no se tienen recursos para contratar un abogado existe una imposibilidad total de acceder a estos. En consecuencia, el trabajo *pro bono* se justifica como una responsabilidad que tienen los abogados de expandir los privilegios en el conocimiento para el acceso a servicios esenciales a comunidades que no pueden pagar por sus servicios debido a su situación desfavorable¹⁹.

¹⁸ Deborah L. Rhode, "Cultures of Commitment: Pro Bono for Lawyers and Law Students". *Fordham Law Review* 67, n.º 5 (1999): 2415-2433.

¹⁹ *Ibíd.*

Por otro lado, Bonilla sustenta que existen razones *de principio* que justifican el trabajo *pro bono*, entre ellas las desigualdades epistemológicas, es decir, aquellas que surgen a partir del conocimiento especializado de los abogados en los mecanismos para validar los derechos, en contraste con los no juristas que tienen escaso conocimiento legal, pero que igualmente necesitan acceder a la justicia para vindicar sus derechos. Una forma de combatir estas desigualdades epistemológicas es el acceso a asesoría legal, pero en esta solución surge una nueva desigualdad relacionada con la capacidad socioeconómica para pagar los honorarios de dicha asesoría. No todas las personas tienen recursos para pagar un abogado y la oferta pública no es suficiente para la alta demanda de la población vulnerable. Por otro lado, las desigualdades creadas por el diseño de la administración de justicia, en donde en muchas ocasiones se requiere de abogados para instaurar procesos administrativos o judiciales, con el ánimo de proteger los derechos de las personas como un debido proceso o defensa. Así, el trabajo *pro bono* es una de las herramientas para hacer frente a estas desigualdades, mediante la prestación gratuita de servicios jurídicos a personas de escasos recursos económicos²⁰.

Además, Bonilla encuentra que el trabajo *pro bono* también está justificado por razones *estratégicas*, como una oportunidad de establecer programas de responsabilidad social empresarial en las firmas de abogados y de obtener los beneficios que este tipo de iniciativas tienen corporativamente. A manera de ejemplo, el establecimiento de programas *pro bono* en una firma de abogados permite la retención de talento, más aún en generaciones que exigen de sus empleadores oportunidades para hacer un balance entre el trabajo y el impacto social de sus profesiones, y para la reputación empresarial²¹.

Los abogados que realizan contribuciones al servicio de interés público normalmente se ven influidos por factores intrínsecos y extrínsecos que los motivan a asistir voluntaria y gratuitamente a personas o comunidades que necesiten de sus servicios. En este sentido, Deborah L. Rhode establece que los factores intrínsecos hacen alusión a las razones personales por las cuales los abogados deciden ejercer trabajo *pro bono*, incluyendo factores como códigos de ética y valores, religión,

²⁰ Bonilla, “El trabajo pro bono en perspectiva comparada”.

²¹ *Ibíd.*

características personales, etcétera. Los principales motivos intrínsecos tienen relación con la capacidad psicológica de desarrollar empatía con quienes reciben el servicio, de manera que los abogados se ven motivados a realizar trabajo *pro bono* por sentirse identificados con el grupo que recibe la ayuda jurídica, desarrollando un tipo de obligación civil de prestar asesoría legal gratuita a quienes comparten una condición humana empática con el abogado²².

Por otro lado, los motivos extrínsecos hacen referencia a las recompensas sociales que afectan la asistencia voluntaria de los abogados en la prestación de servicios *pro bono*. Así, el trabajo *pro bono* trae beneficios externos como la adquisición de conocimientos y herramientas jurídicas, el acceso a redes de abogados que permitan difundir contactos personales y profesionales, y la creación de una reputación frente a posibles empleadores²³. Sin embargo, las motivaciones extrínsecas deberían representar beneficios derivados del trabajo *pro bono*, y no ser el motor o causa de este.

Historia del trabajo *pro bono*

Si bien el trabajo *pro bono* está institucionalizado desde hace aproximadamente treinta años, no significa que antes no existieran prácticas similares. Históricamente la prestación de servicios legales gratuitos se enmarcaba en el concepto de “caridad” y se proveía de manera informal.

El ejercicio de la profesión jurídica reposa en el concepto de *servicio de interés público*, en donde el abogado no solo debe representar los intereses particulares de sus clientes, sino además velar por la protección del interés general²⁴. De esta manera la evolución del trabajo *pro bono* demuestra un tránsito del concepto histórico del ejercicio de la abogacía según el cual la profesión está ligada únicamente a la protección de los intereses de los clientes, para pasar a un deber profesional consistente en promover el interés general a través de la institucionalización de diversos modelos de prestación de servicios jurídicos gratuitos.

²² Rhode, “Cultures of Commitment”.

²³ Ibid.

²⁴ Cummings, “The Politics of Pro Bono”.

Es en los Estados Unidos donde se empieza a ver un desarrollo importante del trabajo *pro bono*. En la forma más primitiva, la asesoría jurídica gratuita a personas con escasos recursos se consideraba un servicio de interés público, bajo un esquema de caridad previsto únicamente en dos casos: por requerimiento judicial o por cortesía profesional²⁵. En el primero de los casos, las cortes estadounidenses hacían un llamamiento a determinados abogados para que representaran a alguna de las partes involucradas en un caso que se estuviera desarrollando en el despacho. Las áreas de mayor participación de trabajo gratuito por requerimiento judicial eran el área penal y civil. Este esquema resulta alejado del concepto de trabajo *pro bono* ya que era realizado por la coerción judicial más que por voluntad profesional, en el entendido de que los abogados eran funcionarios judiciales y debían aportar sus conocimientos en la administración de justicia²⁶.

Por otra parte, el servicio gratuito o de bajo costo era prestado por los abogados como participantes de una sociedad, y era considerado un deber en los códigos éticos de ejercicio de la abogacía. De esta manera, se prestaban asesorías legales a personas cercanas que no tuvieran recursos para pagar una asesoría, tales como iglesias, vecinos, familiares, etc.²⁷.

Posteriormente, en la década de 1900 surgió en Norteamérica un nuevo modelo de atención legal en asuntos civiles para personas de escasos recursos económicos: la asistencia legal o *legal aid*. Este modelo surgió a través de la creación de organizaciones financiadas por donaciones, que se ubicaban en territorios estratégicos para el acceso a población de escasos recursos, en donde los abogados de la organización proveían servicios gratuitos en determinadas áreas del derecho. Posteriormente, las organizaciones de *legal aid* fueron financiadas por las barras o colegios de abogados de los distintos estados norteamericanos, lo cual permitió una expansión e institucionalización de este modelo²⁸. El de *legal aid* es un servicio que actualmente sigue en funcionamiento como una herramienta para permitir el acceso a la justicia de personas de escasos recursos y funciona paralelamente al trabajo *pro bono*.

²⁵ Ibid.

²⁶ Ibid.

²⁷ Ibid.

²⁸ Ibid.

Fue en este contexto donde el trabajo *pro bono* emergió como una nueva institución para la prestación de servicios legales gratuitos que no representaba un conflicto de intereses para los colegios de abogados, pero permitía demostrar el compromiso de estas instituciones por prestar un servicio social. Así, colegios de abogados, organizaciones de interés público, firmas de abogados y facultades de Derecho se encargaron de diseñar programas que permitieran conectar los clientes *pro bono* con abogados voluntarios a prestar servicios jurídicos gratuitos.

Durante las décadas de 1980 y 1990, los colegios de abogados realizaron importantes inversiones en estructuración de organizaciones sin ánimo de lucro que realizaran programas *pro bono* para el sector privado; para la creación de redes estructuradas que facilitaran la provisión masiva de servicios legales; así como para la promoción en las grandes firmas de abogados del trabajo voluntario para personas de escasos recursos, como un deber profesional. La gran acogida que tuvo el modelo de trabajo *pro bono*, en comparación con los anteriores modelos, fue consecuencia del carácter privado de la prestación de servicios legales gratuitos, lo cual permitió a su vez una clara separación en el rol profesional entre clientes gratuitos y clientes onerosos. De esta forma, el *pro bono* permitió prestar servicios de interés público a clientes gratuitos que no implican un conflicto de intereses con los clientes onerosos, prestando a ambos una representación, en principio, igual de dedicada²⁹.

El proceso de trasplante del concepto de trabajo *pro bono* en Latinoamérica se dio a partir de la iniciativa del Cyrus R. Vance Center, a través de un proceso de transmisión de un conjunto de saberes y prácticas típicas de Norteamérica, importados por firmas jurídicas del continente del sur³⁰. El Vance Center organizó una serie de conferencias en Buenos Aires, Santiago de Chile, Sao Paulo y Nueva York de la mano de organizaciones que promovían el trabajo *pro bono* de manera individual y desarticulada, con el fin de difundir las prácticas de trabajo *pro bono* estadounidenses en contextos en donde estaba surgiendo esta iniciativa en Latinoamérica. Como producto de los foros anteriores, se conformó un Comité Redactor de la Declaración Pro Bono para el Continente Americano, conformado por varios líderes jurídicos en América Latina

²⁹ Ibid.

³⁰ Bonilla, “El trabajo pro bono en perspectiva comparada”.

y Estados Unidos, quienes se encargaron de fijar los principios que regirían el trabajo *pro bono* así como los compromisos expresos que se asumían para lograr una consolidación de la cultura *pro bono* en el continente. Como resultado de lo anterior, en el año 2008 entró en vigor esta Declaración y hasta la fecha han firmado más de 500 organizaciones privadas que se comprometen a adoptar medidas para la implementación de programas *pro bono* institucionalizados³¹.

Actualmente el trabajo *pro bono* se encuentra muy arraigado entre los abogados de Estados Unidos, quienes en su conjunto reportaron en promedio un total de 1,75 millones de horas de trabajo *pro bono* durante el año 2016³². No obstante, en este país la regulación gubernamental del ejercicio de la abogacía varía en cada estado, de acuerdo con las reglamentaciones establecidas en los colegios de abogados, pues cada abogado debe estar afiliado al colegio del estado en donde preste servicios jurídicos. Así, quienes están llamados a reglamentar el trabajo *pro bono* en Estados Unidos son las barras de abogados, y este puede ser obligatorio o voluntario para los abogados.

Por ejemplo, en el estado de Nueva York la Corte de Apelaciones para la Admisión de Abogados y Consejeros de Derecho estableció un requisito de haber completado al menos 50 horas de trabajo *pro bono* para poder afiliarse a la Barra de Abogados de Nueva York³³.

Adicionalmente, es importante destacar que el trabajo *pro bono* no solamente se ha circunscrito al continente americano, sino que ha tenido un reciente e importante desarrollo en otras latitudes. En Asia algunos países, como Singapur y Corea del Sur, lo han implementado como obligatorio para el ejercicio de la abogacía en todo su territorio, y cada profesional debe cumplir entre 25 y 30 horas anuales de trabajo *pro bono*³⁴.

³¹ Cyrus Vance Center, “Pro Bono Promotion”, <https://www.vancecenter.org/our-programs/pro-bono-promotion/>.

³² Trust Law, “Index of Pro Bono 2016” (Londres: Thomson Reuters Foundation, 2016).

³³ El texto de la regla es el que sigue: “Fifty-hour pro bono requirement. Every applicant admitted to the New York State bar on or after January 1, 2015 [...] shall complete at least 50 hours of qualifying pro bono service prior to filing an application for admission with the appropriate Appellate Division department of the Supreme Court”.

³⁴ Latham y Watkins LLP. *Pro Bono Practices and Opportunities in South Korea* (Latham & Watkins LLP, 2015); Latham y Watkins LLP. *Pro bono Practices and Opportunities in South Korea*. Latham & Watkins LLP, 2015.

EL TRABAJO PRO BONO EN COLOMBIA

El ejercicio de la abogacía en Colombia está reglamentado principalmente por el Decreto 126 de 1971 o Estatuto del Ejercicio de la Abogacía y por la Ley 1123 del 2007 o Código Disciplinario del Abogado. Estas normas han reconocido que la función ejercida por los abogados tiene un carácter social. Así, el Decreto en mención dispone que “la abogacía tiene como función social la de colaborar con las autoridades en la conservación y [el] perfeccionamiento del orden jurídico del país, y en la realización de una recta y cumplida administración de justicia”.

También la Corte Constitucional se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la función social de la abogacía, entendiendo que la prestación de servicios jurídicos, tanto en la representación judicial o administrativa como fuera de ella, tiene especial relevancia social, pues está íntimamente ligada al acceso a la justicia y a la solución de conflictos.

No obstante, la regulación de esta función social de la abogacía se ha limitado a un régimen disciplinario que evita un ejercicio irresponsable de la profesión que ponga en riesgo la efectividad de diversos derechos fundamentales, como la honra, la intimidad, el buen nombre, el derecho de petición, el derecho a la defensa y, especialmente, el acceso a la administración de justicia³⁵.

Las únicas referencias a la función social del ejercicio del derecho diferentes al régimen sancionatorio se encuentran en los artículos 1.º y 2.º del Decreto 126 y en los artículos 1.º, 2.º, 6.º, 13 y 16 de la Ley 1123, en los que se determina que el ejercicio de la abogacía debe estar orientado a defender en justicia los derechos humanos de la sociedad y de los particulares, a observar la constitución y la ley, y a colaborar con las autoridades en la realización de la justicia. No obstante, estas alusiones se concretan únicamente en el establecimiento de un régimen disciplinario desarrollado por los artículos posteriores de ambas normas.

Así, en Colombia no existen disposiciones normativas que materialicen de manera afirmativa y concreta ese deber de solidaridad que tienen los abogados en la construcción del acceso a la justicia. Por el contrario,

³⁵ Corte Constitucional colombiana, sentencia C-328, mayo 27/2015. M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

el régimen de la abogacía se limita a la disposición de normas de carácter disciplinario que buscan prevenir la comisión de conductas contrarias a la ética profesional, pero no se enfoca en la promoción de conductas positivas que materialicen la función social del derecho. Una disposición afirmativa de este deber de solidaridad y de la función social de la abogacía podría ser la defensoría de oficio contemplada en el numeral 21 artículo 28 de la Ley 1123, que dispone el deber de los abogados de aceptar y desempeñar las designaciones como defensor de oficio, en el sentido de que a través del mismo ejercicio de la profesión se está garantizando la debida defensa de un tercero. No obstante, la defensa de oficio tiene una amplia limitación frente a la gran demanda de asesoría jurídica en tanto se circunscribe a la defensa de colegas en los procesos disciplinarios.

En este sentido, el ordenamiento jurídico colombiano si bien reconoce la importancia de la profesión en un Estado social de derecho, no alcanza a conformar instituciones que promuevan conductas positivas para ejercer de manera equitativa la asistencia legal, poniendo ese conocimiento especializado al alcance de todos. Por lo tanto, el trabajo *pro bono* ha sido excluido completamente de la normativa colombiana del ejercicio de la profesión, convirtiéndolo en una iniciativa de carácter privado y netamente voluntario, que aún está conformándose como una práctica regular e institucionalizada. El trabajo *pro bono* no ha sido reconocido por el ordenamiento jurídico colombiano como una oportunidad de aplicar el principio de solidaridad y de la función social del derecho.

Lo anterior se debe a que el desarrollo del concepto de trabajo *pro bono* en Latinoamérica data de hace aproximadamente diez años, por lo que esta práctica no cuenta con un sustento jurídico en los ordenamientos internos de los estados de este continente. La firma de la Declaración Pro Bono para el Continente Americano tiene la virtualidad de ser un documento regulador del trabajo *pro bono* y de su correcta implementación, a pesar de ser un documento privado sin mecanismos de coacción previstos en la ley. Esta declaración es un documento que compromete a sus firmantes llevar a cabo un mínimo de veinte horas de trabajo *pro bono* anuales por abogado.

A pesar de no ser una regulación de carácter jurídico, la Declaración ha tenido un gran impacto en el proceso de implementación de la cultura *pro bono* en América Latina, al institucionalizar un concepto unánime de trabajo *pro bono* y al ser un documento promotor del establecimiento

de organizaciones civiles que promuevan esta práctica en cada país. Así, la Declaración señala que los firmantes deben “apoyar la constitución, desarrollo y funcionamiento de organizaciones no gubernamentales dedicadas a la prestación de servicios legales en interés público”. A partir de este compromiso e incluso de manera previa a la Declaración se han creado organizaciones en América Latina dedicadas a la consolidación de una cultura *pro bono* en los abogados de firmas y departamentos legales corporativos. Por ejemplo, la Fundación ProBono Colombia, la Fundación Pro Bono de Chile, la Comisión Pro Bono de Argentina, la Alianza Pro Bono Perú, el Centro Mexicano Pro Bono, la Fundación Barra Mexicana, Appleseed México, ProVene, entre otros.

Ante la ausencia de regulación normativa en Colombia, el trabajo de la Fundación ProBono Colombia resulta fundamental para institucionalizar esta práctica en la comunidad jurídica. A pesar de que el trabajo *pro bono* era una práctica común en los abogados colombianos de manera esporádica, aislada y poco institucional, solo con la creación de esta organización fue posible tener una estrategia de promoción de estos servicios. Así, la Fundación ProBono Colombia tuvo como principal misión el establecimiento de una cultura de responsabilidad social profesional en el interior de las firmas de abogados y de los departamentos legales corporativos. La Fundación ProBono Colombia es actualmente la única iniciativa que promueve trabajo *pro bono* jurídico, por lo que es la primera llamada a regular esta práctica. En consecuencia, de acuerdo con lo establecido en la Declaración *Pro Bono* para el Continente Americano, la Fundación ha adoptado conceptos unánimes sobre qué es el trabajo *pro bono*, quiénes pueden realizar trabajo *pro bono* y quiénes califican como clientes *pro bono*. En otras palabras, la Fundación ProBono Colombia es el referente nacional en esta práctica.

Teniendo en cuenta la ausencia de políticas públicas que incorporen el trabajo *pro bono* como una responsabilidad de todos los abogados, la Fundación ProBono ha propendido a la institucionalización de un concepto unificado de esta práctica. Igualmente, esta organización ha asumido el deber de velar por que estos fundamentos sean ejercidos de manera uniforme por la comunidad jurídica, para lo cual abarca diferentes escenarios de congregación de abogados. El papel que desempeña la academia es fundamental para el establecimiento de una práctica *pro bono* institucionalizada, en el sentido de que la formación de los abogados no debe ser únicamente en el contenido de la ley, sino en el ejercicio

ético y socialmente responsable de la profesión. La Fundación ProBono Colombia tiene alianzas estratégicas con más de once facultades de Derecho, en las cuales se buscan espacios diferentes para promover el trabajo *pro bono* como una práctica inherente a la profesión, verbigracia las prácticas jurídicas, las charlas sobre trabajo *pro bono*, alianzas con consultorios jurídicos y clínicas jurídicas.

Por otro lado, el trabajo *pro bono* realizado por la Fundación ProBono Colombia se desenvuelve en todas las ramas del derecho, abordando líneas de acción que incluyen tanto la asesoría individual a personas naturales y jurídicas como la asesoría a comunidades y a través de estrategias que pretenden cubrir necesidades colectivas y generar una cultura de empoderamiento de derechos. Así, el trabajo de la Fundación se ha desarrollado en las siguientes líneas de acción: (1) asesoría y representación jurídica a personas naturales de escasos recursos económicos en todas las ramas del derecho; (2) asesoría institucional a entidades sin ánimo de lucro, microempresarios y emprendimientos sociales, en las necesidades de carácter organizacional que tengan; (3) educación jurídica gratuita: talleres sobre temas jurídicos de impacto social, en beneficio de una población vulnerable, orientados a empoderar a las personas en sus derechos y en las rutas legales para hacerlos válidos; (4) brigadas de atención donde los abogados voluntarios se desplazan hasta la zona de asentamiento de la comunidad y orientan a las personas en la identificación de la ruta legal que requieren adoptar para satisfacer su necesidad jurídica; (5) litigio estratégico a través de la interposición de acciones judiciales ante altas cortes nacionales e internacionales, en materias relevantes para el interés público y los derechos humanos, y, por último, (6) investigaciones de interés público en donde se trabajan comentarios a proyectos de ley, reglamentaciones de normas, y las investigaciones que buscan establecer el marco normativo y jurisprudencial de la materia específica con el propósito de tener incidencia en materia de políticas públicas.

La descripción anterior da cuenta de que los servicios *pro bono* cubren una amplia gama de necesidades jurídicas, incluyendo necesidades no cubiertas por los servicios de defensoría pública y de consultorios jurídicos, los cuales, por sus limitaciones legales, están restringidos a la prestación de servicios legales previamente determinados. En este sentido, la Fundación puede prestar asesoría a personas de escasos recursos en necesidades jurídicas no cubiertas por las demás ofertas

gratuitas, como lo es la asesoría en la celebración de contratos, en la constitución de sociedades comerciales o de entidades sin ánimo de lucro, en medidas de restablecimiento de derechos de niños y adolescentes, entre otros.

En conclusión, a pesar de que el acceso a la justicia es un fin de interés público, en Colombia no se han creado políticas que promuevan una mayor cobertura de servicios jurídicos gratuitos a través del trabajo *pro bono*. No obstante, iniciativas de carácter privado como la Declaración Pro Bono para el Continente Americano y la creación de la Fundación ProBono Colombia han suplido de manera parcial la necesidad de institucionalizar el trabajo *pro bono* como una práctica regular de todos los abogados, pero no han logrado una cobertura completa para hacer de esta práctica una condición inherente al ejercicio de la profesión.

RETOS DEL TRABAJO PRO BONO

Una década después de su implantación en el continente, el balance del trabajo *pro bono* en Colombia es, en nuestra opinión, alentador; sin embargo, siendo una práctica reciente, es claro que todavía enfrenta retos importantes. Si bien faltan algunas mejoras en el sistema, el trabajo *pro bono* ya comienza a hacer parte de las buenas prácticas del ejercicio de la profesión. A continuación se plantearán los principales retos a los que se enfrenta el país a la hora de hacer del trabajo *pro bono* un ejercicio inherente a la abogacía.

El trasplante de una figura anglosajona a la realidad colombiana

Como se mencionó anteriormente, el trabajo *pro bono* surgió como una práctica del derecho anglosajón, derivada de la privatización del modelo de “asistencia legal” que buscaba superar el esquema de caridad y obligatoriedad de los servicios jurídicos gratuitos, mediante la prestación de estos por parte de abogados de firmas que voluntariamente asumían casos de personas de escasos recursos económicos. Este fenómeno de trasplante jurídico tuvo su principal manifestación en la adopción de la Declaración Pro Bono para el Continente Americano,

promovida por una organización estadounidense con el fin de promover el trabajo *pro bono* en América Latina. No obstante, la realidad estadounidense dista bastante de la realidad latina, específicamente de la colombiana.

La principal diferencia es la oferta de servicios *pro bono*: mientras que Estados Unidos cuenta con firmas de abogados y departamentos legales empresariales con una capacidad robusta para prestar servicios *pro bono* que se encuentran domiciliados en todo el país, las firmas colombianas se encuentran radicadas principalmente en las cuatro ciudades principales, a saber, Bogotá, Medellín, Cali y Barranquilla. Esto significa que la capacidad del trabajo *pro bono* en Colombia es mucho menor que la estadounidense, por lo que su facultad para causar un impacto en el acceso efectivo a la justicia no será tan grande como la de aquella. No obstante, en Estados Unidos quienes están principalmente llamados a hacer trabajo *pro bono* son los abogados que trabajan en el sector privado bien sea en firmas o en empresas, pero en Colombia existe una gran cantidad de abogados que, a pesar de no vincularse en este tipo de corporaciones, también podrían vincularse a esta práctica y mermar esta diferencia sobre la capacidad del trabajo *pro bono*, si se tiene en cuenta que existen más de 400 mil profesionales colombianos registrados ante el Consejo Superior de la Judicatura.

El segundo reto que plantea el trasplante del trabajo *pro bono* a la realidad colombiana es el tipo de necesidades que deben ser atendidas mediante estos servicios. En un país en donde las necesidades básicas están insatisfechas, las necesidades jurídicas pasan a un segundo plano, teniendo en cuenta que las personas no son conscientes del potencial que tiene el acceso a la justicia para satisfacer las necesidades básicas. Dicho de otra forma, las personas de escasos recursos económicos usualmente buscan satisfacer sus necesidades básicas como la garantía de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales por medios no jurídicos. Esta realidad aleja la demanda de la oferta de servicios jurídicos, crea obstáculos para el acceso a la justicia y aleja a las personas que lo necesitan de los servicios jurídicos que se les ofrecen. Así, mientras que las personas de escasos recursos en Estados Unidos conocen de la existencia de la prestación de servicios *pro bono* para satisfacer sus necesidades, en Colombia el concepto aún no se ha institucionalizado en los clientes que requieren de estos servicios.

Institucionalización del trabajo *pro bono*: de la academia a la práctica

Para lograr el objetivo de convertir al trabajo *pro bono* en una práctica institucionalizada para todos los abogados, es necesario crear espacios de difusión y educación en esta iniciativa, tanto en los abogados en proceso de formación como en aquellos que ya ejercen la profesión. Por todo lo anterior la Fundación ProBono Colombia ha asumido el reto de consolidar una cultura *pro bono* como un ejercicio inherente a la profesión legal al ser la pionera y actualmente la única entidad encargada de dar cumplimiento a los preceptos de la Declaración *Pro bono* para las Américas.

Por un lado, la Fundación ProBono ha buscado llegar a la academia a promover esta práctica en los abogados en formación a través de diferentes espacios como clases sobre el trabajo *pro bono*, oferta de prácticas *pro bono* tanto en el interior de la organización como en firmas de abogados y charlas de abogados internacionales sobre la experiencia estadounidense. Sin embargo, son las facultades de Derecho las llamadas a adoptar programas que formen estudiantes éticos y socialmente responsables, para lo cual deben garantizar una oferta de servicios que acerquen a los estudiantes a las realidades colombianas del acceso a la justicia y a iniciativas de trabajo *pro bono*. Estos servicios no deberían limitarse al requisito legal del consultorio jurídico, sino a la creación de un proyecto de vida que involucre el servicio social de la abogacía en el ámbito profesional.

Por otro lado, para lograr que una vez se gradúen estos abogados continúen con la prestación de servicios *pro bono*, es indispensable contar con organizaciones que se encarguen de garantizar que por trabajo *pro bono* se entienda realmente aquel destinado a personas de escasos recursos económicos y no únicamente al carácter gratuito de los servicios. Por esto la consolidación de esta práctica requiere una constante supervisión que garantice no solamente que se cumplan los criterios para ser considerado *pro bono*, sino además que se presten los servicios con los mismos estándares de calidad con los que se prestan a los clientes que pagan. Por ello, la existencia de iniciativas como la Fundación ProBono Colombia y la afiliación de más abogados a esta organización permiten un desarrollo más ordenado de esta práctica en donde se controle tanto la oferta de servicios de alta calidad como la demanda de personas y

comunidades que en efecto no tengan recursos económicos para pagar servicios legales. Así, desde su fundación hasta el año 2018 la Fundación ProBono Colombia ha atendido efectivamente más de 2600 solicitudes de asesoría jurídica gratuita. Entre estas solicitudes se ha asistido a 950 personas de escasos recursos económicos; se han realizado proyectos en favor de los beneficiarios atendidos por 380 organizaciones que atienden población vulnerable; se ha prestado asesoría institucional a 261 entidades sin ánimo de lucro y a 214 personas con enfermedades de alto costo; se han llevado 174 solicitudes en beneficio de personas en situación de discapacidad; 172 en favor de niños, niñas y adolescentes; 142 de adultos mayores; 86 de comunidades o colectivos vulnerables; 78 de desplazados o víctimas del conflicto armado; 57 de microempresarios; 54 solicitudes relacionadas con asuntos de género; 47 solicitudes en favor de madres cabeza de hogar; 29 a favor de población carcelaria; 28 a población LGBTI; y 17 casos de minorías étnicas.

Superar la retórica

Uno de los problemas más sensibles que tiene el avance del trabajo *pro bono* en nuestro país es el de superar el discurso retórico que lo presenta, sin más, como una buena práctica y un “compromiso con la comunidad”, otorgándoles a las grandes firmas de abogados una especie de escudo que las blindo y les permite reportarse como empresas socialmente responsables. Sin embargo, este discurso no siempre coincide con la práctica. En efecto, no todas las empresas de servicios legales han profundizado lo suficiente en la institucionalización del trabajo *pro bono* ni lo han convertido realmente en parte importante de su estrategia como empresas. Es muy común encontrar despachos de abogados en los que los socios manifiestan que su firma está comprometida con el trabajo *pro bono*, pero en el momento de ver los resultados en este campo, éstos no coinciden con el discurso.

Algunas explicaciones a este problema son las siguientes:

- a. La inexistencia de un deber de reportar los casos *pro bono* a ninguna entidad, ni pública ni privada, que pueda objetivamente certificar que el trabajo se está haciendo. Basta entonces con publicarlo en la página virtual, pagar la cuota de afiliación, pero no es claro

que el trabajo se esté realmente promoviendo en el interior de la empresa.

- b. La existencia de potenciales conflictos de interés. Si bien en la mayoría de casos las firmas de abogados podrían tomar muchos tipos de casos que no riñen con los intereses de sus clientes, en ocasiones tienen temor de hacerlo por la existencia de “futuros” conflictos, o por el temor de ser percibidos como parcializados en ciertos asuntos. Por ejemplo, las firmas de derecho laboral argumentan que no les es posible tomar casos de personas naturales porque asesoran a las empresas que actúan como empleadores.
- c. La alta rotación de las firmas de abogados hace que el trabajo de promoción deba ser constante, lo cual imposibilita la generación de una cultura sólida y perdurable en una empresa.
- d. La mayoría de abogados reporta “no tener tiempo” para hacer el trabajo *pro bono* por las exigencias del trabajo para clientes comerciales.
- e. Los asuntos que son más apremiantes para la sociedad son los que menos interés despiertan en los voluntarios. Así, por ejemplo, los casos de seguridad social, derecho de familia, divorcios, procesos de alimentos y otros similares son aquellos por los cuales los abogados de las firmas menos interés demuestran en tomar. Prefieren asesorar entidades sin ánimo de lucro, revisar contratos y en general hacer trabajo más parecido al de su práctica común.

Quizás una solución sea que, al haber adquirido suficiente madurez, la Fundación ProBono se convierta en una entidad que certifique el trabajo *pro bono* real de sus afiliados.

Voluntariedad u obligatoriedad

Considerando el análisis previo sobre la diferencia entre el Código Disciplinario del Abogado Colombiano y los distintos colegios de abogados internacionales que requieren que sus abogados afiliados realicen trabajo *pro bono*, es pertinente la discusión sobre si éste debe seguir siendo totalmente voluntario, o si debiera incluirse alguna norma que lo haga obligatorio. Sin embargo, esta discusión se torna pertinente en la medida en que se regule alguna forma de control sobre el ejercicio de la

profesión después del grado y de la obtención de la tarjeta profesional. Por ejemplo, en algunos países es obligatorio actualizar conocimientos, tomar cursos de ética anualmente y trabajar *pro bono*, con el objetivo de mantener la certificación profesional o licencia para ejercer.

A pesar de que algunos académicos consideran que la misma esencia del trabajo *pro bono* es su voluntariedad, al estimar que esta iniciativa tiene un potencial alto para aportar a la oferta de servicios jurídicos gratuitos como garantía del derecho al acceso a la justicia, resulta imperante que el Estado entre a regular el trabajo *pro bono* para poder involucrar a los abogados que ejercen la profesión en Colombia en esta práctica y así potenciar la asistencia legal como un medio para la garantía de otros derechos. Dicha regulación debería promover de manera más específica la prestación gratuita de servicios legales como concreción del principio de solidaridad y como ejercicio ético responsable de la profesión. Lo anterior se podría lograr no solo con el establecimiento de requisitos mínimos de horas de trabajo *pro bono*, sino también con la inclusión de incentivos para aquellos abogados que ejercen trabajo *pro bono*.

Experiencia de los abogados *pro bono*

A pesar de que el trabajo *pro bono* debería ser un asunto de todos los abogados sin importar su cargo, la realidad demuestra que los jóvenes son los más interesados en este tipo de prácticas, mientras que los abogados con cargos más altos dentro de las firmas, en su mayoría, no están dispuestos a asumir la representación de clientes *pro bono*, ya sean personas naturales o comunidades vulnerables. Esto representa un problema frente a la calidad de servicios que se está prestando a los clientes *pro bono*, pues mientras que para atender las necesidades de los clientes pagos usualmente hay un trabajo articulado de un equipo que cuenta tanto con abogados *junior* como *senior* o socios, el cual garantiza una mayor supervisión sobre el producto entregado, los casos *pro bono* no cuentan con esta misma estructura y pueden ser resueltos sin la supervisión de abogados de mayor experiencia. Esta situación también representa un obstáculo para la promoción de la cultura *pro bono*, ya que si los socios de las firmas no lideran las causas *pro bono*, no habrá un apoyo institucional al ejercicio socialmente responsable de la profesión, por lo que el proceso de formación de abogados éticos y dispuestos a asumir clientes

pro bono se extiende a su ámbito laboral, donde el papel de los abogados con mayor experiencia es vital para difundir este ejercicio.

Por otro lado, la experiencia de los abogados resulta ser un asunto importante en cuanto al área de derecho de los casos *pro bono* que van a asumir. La demanda de servicios *pro bono* en Colombia se enfoca principalmente en áreas del derecho que no corresponden a las áreas de especialización de los abogados de los despachos. Por ejemplo, mientras que la mayoría de los despachos de abogados tiene departamentos de tributario, banca y finanzas, fusiones y adquisiciones, las necesidades jurídicas más frecuentes en Colombia son las relacionadas con asuntos de familia, salud, penales y civiles. Lo anterior representa un reto y un dilema ético al momento de asumir un caso *pro bono* de un área diferente a la especialidad del abogado, pues debe garantizar una representación de alta calidad, que puede verse obstruida por la falta de actualización en esa rama del derecho. Por esto, los abogados que toman un caso *pro bono* de un área que no es de su especialidad deben asumir con responsabilidad su representación y actualizar sus conocimientos jurídicos en dicha área de manera suficiente.

Si bien quedan muchos retos que superar, es innegable que hoy, a diez años de haberse comenzado el trabajo institucional de la Fundación ProBono en Colombia y la buena práctica de responsabilidad social profesional de las firmas de abogados, hay un avance importante en la provisión de servicios legales para los más necesitados.

PREGUNTAS PARA REFLEXIONAR

1. Lea las preguntas de los casos A y B de la introducción de este capítulo y explique la respuesta que le daría a cada una de esas preguntas. Si está en una clase, discuta esas respuestas con los compañeros.
2. Una firma de abogados muy prestigiosa lanza un programa masivo de práctica *pro bono*. Uno de los casos que está evaluando llevar es el de una demanda por parte de una persona que trabaja en un lugar donde manipulan asbesto y que se encuentra sumamente enferma por interactuar con ese material. Esta persona quiere demandar a su empleador por no informar de antemano sobre los riesgos de interactuar constantemente con el asbesto.

El empleador del trabajador (es decir, la potencial parte demandada) no tiene ninguna relación directa con la firma de abogados que pretende llevar el caso *pro bono*. No obstante, un cliente de la firma sí es una empresa que en sus procesos utiliza asbesto.

- a. ¿Cree que en un caso como ese hay un posible conflicto de interés?
- b. ¿Estaría obligado el despacho a informarle a su cliente (es decir la empresa que utiliza asbesto en sus procesos) sobre este caso *pro bono* a fin de obtener su consentimiento?
- c. ¿Qué pasaría si el despacho gana la demanda a favor de su cliente *pro bono* y esto empieza a generar una ola de demandas contra las empresas que utilicen asbesto independientemente de si advierten sobre sus riesgos o no?
- d. ¿Cree que la práctica *pro bono* puede llegar a ser una forma apropiada para redistribuir el acceso a los servicios jurídicos en la sociedad?

BIBLIOGRAFÍA

- Bonilla, Daniel. “El trabajo *pro bono* en perspectiva comparada”, en *Los mandarines del derecho. Trasplantes jurídicos, análisis cultural del derecho y el trabajo pro bono*, editado por Daniel Bonilla, 19-132. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2017.
- . “Las obligaciones sociales de los abogados y el trabajo *pro bono*”. En *Abogados, sociedad y derecho de interés público*, editado por Daniel Bonilla, 11-58. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2017.
- . “El trabajo jurídico *pro bono* en Brasil: Transplantes jurídicos, acceso a la justicia y las obligaciones sociales de los abogados”. *Revista Direito e Praxis* 10, n.º 1 (2019): 424-467.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Panorama Social de América Latina* (Santiago de Chile: CEPAL, 2019).
- Cummings, Scott L. “The Politics of Pro bono”. *UCLA Law Review* (2004): 1-150.
- Cummings, Scott L. y Deborah L. Rhode. “Managing Pro Bono: Doing Well by Doing Better”. *Fordham Law Review* 78 (2010): 2357-2442.
- Cyrus Vance Center. “Declaración del Trabajo *Pro bono* para el Continente Americano”, 2006, <http://www.vancecenter.org/vancecenter/images/stories/vancecenter/english.pdf>.

- . “*Pro bono* Promotion”, <https://www.vancecenter.org/our-programs/pro-bono-promotion/>.
- DANE, “Boletín técnico”, Encuesta Nacional de Presupuestos de los Hogares (Bogotá: DANE, 2018).
- Lardent, Esther F. “Positional Conflicts in the Pro Bono Context: Ethical Considerations and Market Forces”. *Fordham Law Review* 67 (1999): 2279-2294, 2281-2282.
- Latham & Watkins LLP. *Pro bono Practices and Opportunities in Singapore*. Singapore: Latham & Watkins LLP, 2015.
- . *Pro bono Practices and Opportunities in South Korea*. Latham & Watkins LLP, 2015.
- Luban, David. *Legal Ethics and Human Dignity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- Rhode, D. L. “Cultures of Commitment: *Pro bono* for Lawyers and Law Students”. *Fordham Law Review* 67, n.º 5 (1999): 2415-2433.
- Trust Law. “Index of Pro Bono 2016”. Londres: Thomson Reuters Foundation, 2016.

TERCERA PARTE
ACCESO A LA JUSTICIA

CAPÍTULO VI

EL PAPEL DEL CONOCIMIENTO EN LA REPRESENTACIÓN DEL “OTRO”: EL ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO*

ISABEL CRISTINA JARAMILLO SIERRA

INTRODUCCIÓN

Los debates sobre acceso a la justicia destacan por lo general aspectos problemáticos de la administración de justicia: la calidad y cantidad de los jueces, su distribución geográfica y hasta el tipo de diligencias que les corresponde hacer rutinariamente. Una mirada más amplia al acceso a la justicia, sin embargo, nos exige entender por *justicia* toda respuesta que recibe el ciudadano de parte del Estado y por *acceso* una respuesta eficaz y de buena calidad¹. En los estudios recientes de necesidades jurídicas insatisfechas se detecta, por ejemplo, que las altas tasas de resignación frente a la conflictividad social son tan problemáticas como las respuestas rituales y vacías de funcionarios entrenados para llenar formatos, o las respuestas que demoran quince o veinte años en llegar². Para las personas en situación de pobreza extrema este panorama es más difícil aún, pues el nivel de afectación de sus derechos es por lo general más grave: son con mayor frecuencia víctimas de delitos como el homicidio, las lesiones personales y el desplazamiento forzado, y acuden mucho menos a las autoridades porque sus conocimientos del sistema

* Para citar: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.419>

¹ Martin Gramatikov *et al.*, *A Handbook for Measuring the Costs and Quality of Access to Justice* (Antwerp: Maklu, 2010).

² Dejusticia *et al.*, “Encuesta Nacional de Necesidades jurídicas: Análisis general y comparativo para tres poblaciones”, 2016, https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_618.pdf.

legal son más deficientes³. Este sesgo no debería sorprendernos, dados los costos asociados a acudir a las autoridades en materia de tiempo, conocimiento experto y desplazamientos geográficos. Todos estos factores se convierten en barreras insuperables para los más pobres. Pero es crucial situarlo en un contexto en el que sabemos que los esfuerzos legislativos para redistribuir recursos no pueden materializarse si la conflictividad que de ellos se deriva no se resuelve adecuadamente por las autoridades, ya sean burócratas o jueces, y que no es suficiente tener cualquier tipo de asistencia técnica para lograr transformaciones estructurales a través del litigio⁴.

Este texto aborda el problema de la representación de individuos marginados o excluidos y se pregunta específicamente por los retos intelectuales que esta representación supone. Para esto, el estudio utiliza el caso de la representación de mujeres víctimas de violencia de género. Plantea, por una parte, la frustración que se deriva, para quien aboga por la víctima, de sus renuencias, miedos e indecisiones. Por otra parte, confronta los dilemas que se derivan de narraciones de injusticia cuyas víctimas definitivamente no quieren ser representadas: no quieren hacer nada ni renunciar al anonimato. Las preguntas clave aquí son: ¿Hasta dónde quien representa debe ser neutral frente a la actitud de la víctima o debe buscar persuadirla de su papel en la transformación social? ¿Cómo importa el conocimiento estructural que tiene quien aboga por la causa frente al conocimiento anecdótico con el que cuenta la víctima? ¿Cómo importa este conocimiento, de otro lado, para abogar adecuadamente por la víctima?

A continuación se presenta un caso que ilustra creencias y actitudes en torno a la violencia de género

Lisette Ochoa: lo perdonó para no seguir causándoles dolor a sus hijos

En agosto del 2006, los colombianos nos despertamos con la noticia de que una mujer de la clase alta barranquillera había sido rescatada por su

³ *Ibíd.*, 8.

⁴ Marc Galanter, "Why the 'Haves' Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change". *Law and Society Review* 9 (1974): 481-546.

padre de un marido que la golpeó durante más de dos horas por haber bailado con un joven desconocido. Las fotos con las lesiones sufridas por la víctima circularon ampliamente a partir de la noche de julio en la que ocurrieron los hechos⁵.

Entrevistada por la revista *SOHO*, una versión local de *Playboy*, la víctima afirmó que las acciones de su padre finalmente le habían permitido tomar conciencia de su situación y trabajar por protegerse a sí misma y a sus hijos menores:

¡Nunca más! Nunca más voy a permitirle ponerme una mano encima. Esta vez no me echaré para atrás. No más temor, no más pánico, no más gritos y no más insultos, pues me parece que no los merezco.

Mi matrimonio era muy normal, pensaba yo. De vez en cuando un grito, ‘Bueno, el pobre tiene un carácter’. Que se molestó por aquello, ‘Tal vez él tenga razón’. Si no hice lo acordado y se ofuscó, yo pensaba en ser más puntual para la próxima. Que él tiene poca paciencia, ‘No importa, a mí me sobra’. Y la peor excusa que yo me daba era: nos amamos y el amor es en las buenas y en las malas, si no, no es verdadero amor.

Eso era lo que yo me decía diariamente. Siempre maquillaba o mejoraba las señales que me daban a entender que no era ni normal ni sano el matrimonio del que yo hacía tanto alarde. Pero yo pensaba que a mí nada malo me iba a pasar; a mí no, ¡imposible!

¿Cómo puedo ser tan llorona? ¿Por un empujoncito, por una insultada, por una patadita o sencillamente porque reventó una puerta o un adorno? ¡Por Dios! El pobre estaba molesto, eso no quiere decir que mi matrimonio no sirve, que no es sano. “No, fresca”, me repetía, yo lo ayudo a que no se moleste la próxima vez, después de todo, a mí me sobra paciencia.

¡Qué equivocada estaba! Ahora comprendo que esa palabrota, que ese empujoncito y que esa puerta con cicatrices eran avisos gigantes que me decían que “¡YA!”, suficiente, que era el fin de mi matrimonio, que ser la fuerte Mujer Maravilla que creía ser no me servía y que la verdad

⁵ He optado, por razones éticas, por no publicar aquí la fotografía, aunque es ilustrativa del tipo de violencia que pueden sufrir las mujeres. El lector que dude de lo brutal de la agresión, brutalidad incuestionable a la luz de las lesiones sufridas por la víctima, puede hacerlo en el reportaje de la revista *SOHO* dedicado a la víctima, “¡Nunca Más!”, <https://www.soho.co/historias/articulo/violencia-contra-las-mujeres-el-caso-de-lisette-ochoa/4761>.

es que no era sino una mujer tan cobarde que prefería callar y seguir siendo humillada antes de ser valiente y enfrentar mi realidad. Que yo era, lamentablemente, una maltratada más.

¡No aguanto más! ¡No puedo taparlo más! Después de todo, yo era la más equivocada en esta historia, no soy yo la que tiene que avergonzarse, es él. No soy yo la que tiene que tapar el problema, es él quien tiene que evitarlo. No es mi culpa, toda la culpa de la agresión la lleva él.

Por eso me lleno de fuerzas y publico mi historia, no para distraerlos con ella, sino para concientizar y mostrarles a las mujeres que no es normal que su esposo sea un agresor. Las anormales somos quienes lo permitimos. Por querer proteger la imagen de él, ponemos en peligro nuestras propias vidas. ¿Vale la pena realmente? No, no lo creo. La vida es amor y solo eso es lo que tenemos que recibir. Que no es fácil hacerle frente a este problema, yo lo sé, pero más difícil sería decirles a tus familiares que tu vida llegó a su fin porque tu esposo lo quiso así⁶.

Tres meses después, el 18 de noviembre del 2006, se informó que el agresor había sido puesto en libertad porque el fiscal a cargo del caso, en lugar de imputar el delito de tentativa de homicidio, procedió a acusar al agresor del delito de lesiones personales y porte ilegal de armas⁷. Este segundo delito quedó probado con las heridas de arma de fuego que recibió la víctima, que, si bien fueron menores, fueron suficientes como evidencia del porte de armas. El 30 de noviembre los mismos medios nos informaron que la víctima había perdonado al agresor y estaba viviendo nuevamente con él⁸. La radio informó:

El padre de Lizeth Ochoa confirmó que su hija tomó esta decisión para no continuar perturbando emocionalmente a sus dos hijos.

Según Camilo Paz, abogado de Rafael Dangond, al desistir de la acción civil, Ochoa se abstiene de reclamar formalmente indemnización

⁶ SOHO, “¡Nunca Más!”, <https://www.soho.co/historias/articulo/violencia-contras-mujeres-el-caso-de-lisette-ochoa/4761>.

⁷ El Tiempo, “Familiares de Lizeth Ochoa apelarán la liberación de Rafael Dangond Lacouture”, <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-3331599>.

⁸ Revista Semana, “Lisette Ochoa perdonó a su marido agresor, retiró los cargos en su contra y volvió con él”, <https://www.semana.com/on-line/articulo/lisette-ochoa-perdono-su-marido-agresor-retiro-cargos-su-contravolvio-el/82341-3>.

económica por los perjuicios materiales o morales que le causó su esposo; sin embargo, el proceso penal continúa adelante.

Rafael Dangond recuperó después de 4 meses la libertad el pasado viernes 17 de noviembre, cuando la fiscal encargada de la investigación decidió no procesarlo por tentativa de homicidio, sino por lesiones personales agravadas⁹.

Cinco años después, el juez correspondiente emitió una sentencia con una condena por 40 meses de cárcel correspondientes a los delitos de lesiones personales y porte ilegal de armas, pues a pesar de que los funcionarios correspondientes intentaron que el caso fuera juzgado como uno de tentativa de homicidio, fracasaron. De acuerdo con los medios, el agresor estaba fuera del país al momento de dictarse el fallo¹⁰.

En la segunda sección se abordarán tres aspectos del problema de la representación de individuos que entendemos como distintos a nosotros: el de la agencia de la víctima, el de la capacidad del sistema para resolverlo y el de la individualización del daño. La tercera sección propone una serie de preguntas de reflexión a partir del debate teórico.

DEBATES TEÓRICOS EN TORNO A LA REPRESENTACIÓN DE VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

Si bien la erradicación de toda violencia ha sido históricamente uno de los objetivos centrales del Estado y la violencia contra las mujeres no ha sido una excepción a esta campaña, cuando se les pregunta, las mujeres siguen expresando grandes insatisfacciones en materia de acceso a la justicia. Las respuestas estatales y las respuestas solidarias específicamente orientadas a mejorar esta situación, sin embargo, han enfrentado grandes retos. Aquí, como ya se había anunciado, abordamos tres de estos problemas: el de la renuencia de las víctimas a involucrarse en procesos orientados al juzgamiento y sanción de la violencia; el de la

⁹ Caracol Radio, “La mujer golpeada en Barranquilla desistió de la demanda civil contra su esposo”, accedido 5 de enero del 2020, https://caracol.com.co/radio/2006/11/30/nacional/1164866220_363021.html.

¹⁰ El Herald, “Interpol busca a Rafael Dangond por golpiza a su exesposa”, <https://www.elheraldo.co/judicial/interpol-busca-a-rafael-dangond-por-golpiza-a-su-exesposa-34823>.

capacidad del Estado para resolver un asunto de naturaleza privada; y el de la magnitud del daño privado.

La agencia de la víctima

En el caso de Lissette Ochoa, la renuencia de la protagonista se nos presenta en dos momentos. En primer lugar, y según ella misma lo explica, por muchos años aguantó agresiones que consideraba menores para no alterar su cotidianidad y especialmente para no afectar el bienestar de sus hijos. En segundo lugar, aceptó al agresor de regreso a su hogar cuando la medida de aseguramiento de restricción de la libertad fue dejada sin efecto. Para un observador externo o un abogado con poco entrenamiento, esta actitud de la víctima es difícil de comprender. Se espera que la víctima rechace de inmediato y enfáticamente cualquier agresión, dejando al agresor inmediatamente antes de poner en riesgo, así sea mínimamente, su propia integridad. La actitud de una mujer que minimiza el riesgo o racionaliza la actitud del agresor resulta no solamente ininteligible sino chocante. Frente a esto, se tiende a culpar a la víctima por no adoptar las medidas para protegerse y se excusa la actitud del agresor así sea implícitamente.

La dificultad de las víctimas para enfrentar a su agresor y seguir la norma socialmente recomendada, e incluso exigida, de abandonarlo para hacer valer su propia integridad, ha sido abordada desde distintos puntos de vista. Resaltaré aquí tres explicaciones que me parecen particularmente iluminadoras. La primera se relaciona con la “vulnerabilidad aprendida” y el ciclo de la violencia. La segunda se refiere a las múltiples vulnerabilidades que enfrentan las mujeres de color y a la forma en que estas vulnerabilidades se vuelven un obstáculo para resolver adecuadamente el problema de la violencia. La tercera resalta, por último, cómo para mujeres profesionales y exitosas resulta muy costoso revelar que están en una situación de violencia.

El ciclo de la violencia y la vulnerabilidad aprendida

El primer elemento teórico para entender la situación de las víctimas de violencia de pareja es el del ciclo de violencia, desarrollado por la

psicóloga estadounidense Lenore Walker en 1979. Su trabajo con víctimas y sobrevivientes de violencia de pareja la llevó a explicar la situación como un ciclo con dos características: (1) la violencia no es permanente, sino que se mezcla con clara señales de afecto y reconocimiento de culpa; (2) las agresiones incrementan en intensidad de forma gradual sin que la víctima pueda predecir claramente cuándo va a estar en riesgo su vida. A partir de estas intuiciones se diseñó una herramienta que representa las fases del ciclo que muchas organizaciones se han encargado de hacer conocer a las mujeres víctimas y a los funcionarios. Estas fases serían las siguientes:

Fase de acumulación de tensión. El hombre maltratador empieza a mostrarse tenso e irritable; cualquier comportamiento de la mujer despierta en él una reacción de enfado. La mujer sorprendida intenta hablar con él para solucionar el problema, ver la causa, pero esto solo provoca más enfados en el hombre, que la ve como excesivamente dependiente y empalagosa. La mujer, para no molestarle, comienza entonces a no hacer nada, intenta no expresar su opinión porque sabe que él expresará la contraria y entonces habrá “bronca”; también intenta hacer las menores cosas posibles, entra en una fase de inmovilidad, pero esto tampoco salva a la mujer, ya que el hombre la acusará de ser casi un “mueble” que no hace nada, que es una persona anodina y aburrida. Si la mujer se queja, él lo niega todo y vuelca la culpabilidad en ella, y esa desigualdad que el hombre ha ido construyendo a lo largo de la relación es utilizada para callar a la mujer. Intenta convencerla de que él tiene razón y no ella, de que su percepción de la realidad es equivocada, y, como ya hemos dicho, la desigualdad creada permite al hombre este comportamiento. Ella acaba dudando de su propia experiencia y se considera culpable de lo que pasa. Esto va a reforzar todavía más el comportamiento del hombre. Él se distancia emocionalmente, la mujer se asusta pensando que lo va a perder y que si esto ocurre será culpa de ella puesto que no ha sabido conservar su amor. El hombre ya no siente ningún amor y se distancia y cada vez está más irritable. Ella se disculpa una y otra vez, confiando en solucionar así la situación, pero el hombre se harta y siente necesidad de castigarla verbal, físicamente, o de ambas formas a la vez.

Fase de explosión violenta. Como su nombre indica, el hombre acaba explotando, pierde el control y castiga muy duramente a su pareja, verbal o físicamente. La insulta, la golpea, rompe cosas, amenaza con

matar a los hijos y a ella, le interrumpe el sueño, la viola. La mujer, que solo intentaba salvar la relación, se ve ahora impotente y débil, la desigual balanza que se ha establecido a lo largo de los años la paraliza. No toma represalias, todo el poder está en él, eso lo ha aprendido muy bien, y la mujer entra en una “indefensión aprendida” que le impide reaccionar.

Fase de “luna de miel”. El agresor se siente muy arrepentido de su conducta (al menos las primeras veces), pide perdón, promete cambiar. Y realmente cambia, durante esta fase se convierte en el hombre más “encantador” del mundo, le lleva el desayuno a la cama, le cura las heridas, incluso se hace cargo de las tareas domésticas, le cede todo el poder a ella. La mujer en esta situación se siente en éxtasis, tiene el poder y a su hombre detrás responsabilizándose y amándola. Él deja de ponerle tantas restricciones, se relaja un poco y le permite las salidas. Si bebía deja de beber, incluso puede ir a terapia. La mujer, al ver estos cambios, piensa que si ha podido dejar la bebida puede dejar de pegarle y piensa de verdad que no volverá a ocurrir, ya que equivocadamente ella relaciona (en un porcentaje muy alto) el maltrato con la ingesta de alcohol, sin pararse a pensar que cuando bebe él no maltrata a todo el mundo, sino solo a ella.

Escalada de la violencia de género. Una vez que ha conseguido el perdón de su víctima, se siente de nuevo seguro en la relación, ya la ha recuperado y no tiene que seguir complaciéndola, empiezan de nuevo la irritabilidad y los abusos, y cuando ella quiere ejercer su recién conseguido poder, la castiga duramente. La mujer es cada vez más dependiente, cada vez tiene menos energía para luchar (indefensión aprendida). Es el marido o pareja, y no ella, quien controla estos ciclos y el que decide cuándo se acaba la luna de miel. Ella empieza a darse cuenta de que haga lo que haga no puede controlar el comportamiento de su marido, los malos tratos son arbitrarios e indiscriminados. La mujer solo tiene energías para intentar mantenerse con vida dentro de la relación o para que no se implique a los hijos e hijas. Los ciclos de violencia se van sucediendo hasta que finalmente desaparece la fase de “luna de miel”¹¹.

¹¹ Tomado de: <http://www.mujeresaequitas.org/docs/ciclos%20de%20violencia%20de%20genero.pdf>. (Derechos Reservados Mujeres Progresistas).

Los efectos de este ciclo sobre la agencia de las mujeres han sido explicados, más recientemente, por la llamada “teoría de motivación al cambio”. Esta teoría fue planteada inicialmente para la intervención psicológica, en general, pero ha sido muy útil para entender las distintas necesidades de las personas en relación con las posibilidades de cambiar su situación. Así, de acuerdo con esta teoría, frente a una situación problemática las personas pueden encontrarse en una de cinco posturas: precontemplación, contemplación, preparación, acción y mantenimiento. En la primera postura, la persona todavía ve el problema como poco urgente y aunque su solución la ven como deseable, piensan en esto como un deseo de largo plazo. En la segunda etapa se entiende que el problema necesita solución, pero todavía no se ve como algo urgente. En la tercera etapa, de preparación, la persona orienta sus reflexiones hacia lo que sería posible hacer de manera inmediata o pronto. Aunque todavía no se asumen cambios, sí se empieza a estudiar escenarios posibles y a anticipar dificultades que podrían enfrentarse. En la etapa de acción, las personas asumen los cambios que han detectado como necesarios y en la etapa de mantenimiento perseveran con las acciones alternativas¹².

En materia de violencia de pareja o doméstica, esta teoría de motivación al cambio ha ilustrado que dada la naturaleza de la situación –inicialmente de baja intensidad y considerada como plausible de solución con las herramientas de la pareja– y de lo que está en juego –los costos para la persona y para sus hijos–, emprender acciones para resolver la situación no se da de manera inmediata sino progresivamente y teniendo en cuenta muchos elementos. En esta teoría, más que las mujeres “no se den cuenta”, están esperando y calculando cuándo es el mejor momento para salir¹³.

En materia de representación, entender el ciclo de la violencia y las dificultades que atravesamos todos para cambiar situaciones que son dolorosas, pero resistentes al cambio, sirve principalmente para no juzgar a las víctimas y no “darse por vencido” frente a sus casos. Stoeber ha señalado particularmente la necesidad de “encontrar a las víctimas”

¹² James Prochaska y Carlo DiClemente, *The Transtheoretical Approach* (New York: Dow Jones, 1984).

¹³ Lindal Khaw y Jennifer Hardesty, “Theorizing the Process of Leaving: Turning Points and Trajectories in the Stages of Change”. *Family Relations* 56 (2007): 413-425.

en donde están en su proceso psicológico en lugar de forzarlas a actuar sin pasar por el proceso de comprender su situación confrontándolas simplemente con el ciclo de la violencia¹⁴. El principal papel para los abogados, según Stoever, es ayudar a la víctima a planear para protegerse dependiendo del momento en el que se encuentra en relación con el cambio. Esta manera de aproximarse al asunto no solamente es más útil para los clientes, sino que ayuda a los abogados y abogadas a soportar la frustración que representa para ellos el que sus clientas no estén dispuestas a tomar decisiones radicales de manera inmediata.

La agencia en el caso de las mujeres de color

En un famoso artículo de principios de la década de los noventa, Kimberlé Williams propuso una lectura interseccional de la violencia contra las mujeres de color en la que enfatizaba las múltiples vulnerabilidades de las mujeres de color y la forma en que ellas intervienen para disminuir las oportunidades que tienen de salir de relaciones opresivas, al tiempo que los límites de la movilización en torno a la violencia para abordar las dificultades de las mujeres de color¹⁵. Para Williams, un buen ejemplo de las vulnerabilidades de las mujeres de color se presenta en la situación de las mujeres migrantes. Estas mujeres son representadas como “atrapadas” por su cultura en una aceptación de la violencia doméstica como algo normal. Pero si sus casos se miran con detenimiento, se puede entender que frente a la carencia de identidades propias y de habilidades lingüísticas para interactuar en el entorno nuevo, una interpretación aceptable es que estas mujeres carecen de información para acceder a los servicios de atención, pero también temen que al pedir ayuda terminen deportadas. La posibilidad sencilla de abandonar a sus agresores se vuelve compleja dado que ellos son los que proveen los recursos necesarios

¹⁴ Jane Stoever, “Transforming domestic violence representation”. *Kentucky Law Journal* 101, n.º 3 (2013), https://uknowledge.uky.edu/klj/vol101/iss3/3?utm_source=uknowledge.uky.edu%2Fklj%2Fvol101%2Fiss3%2F3&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages.

¹⁵ Kimberlé Crenshaw Williams, “Mapping the intersections: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color”. *Stanford Law Review* 43, n.º 6 (1991): 241-1299, <http://www.jstor.org/stable/1229039?origin=JSTOR-pdf>.

para su sostenimiento y el de sus hijos y podrían también denunciarlas en caso de que insistan en acudir a las autoridades¹⁶.

El caso de las mujeres negras en Estados Unidos, explica Williams, tiene una complejidad adicional. No solamente hay menos salidas para la violencia para mujeres, sino que reclamar una mirada especial a las dinámicas de poder en el caso de las mujeres negras puede conducir a reforzar ideas racistas y socavar la agenda de la emancipación racial. En efecto, si las estadísticas sobre violencia doméstica se segmentaran por raza, podría resultar que las personas de color presentaran mayores índices de violencia. Esto reforzaría la idea de los negros como individuos en extremo violentos, contra quienes la brutalidad policial y el encarcelamiento masivos tienen sentido. Por otro lado, si el problema de la violencia es solamente un problema de mujeres negras, no va a ser visto como un problema estructural y grave sino como un asunto marginal. Williams, sin embargo, pone de presente que si no se interroga la estructura racial de estas afirmaciones—que los negros son más violentos y que la violencia contra mujeres negras no importa—se corre el riesgo de reinscribir el racismo al intentar resolver el problema de la violencia contra todas las mujeres.

Diez años más tarde, Angela Harris ponía de presente el efecto del encarcelamiento de los hombres negros sobre la violencia que se ejerce contra las mujeres y demandaba una solución que atendiera al mismo tiempo problemas de raza y de género¹⁷. Harris explicaba que la insistencia de las feministas en la cárcel como mejor opción para la violencia de género deja de lado dos intuiciones conocidas para los activistas negros y para las mujeres negras en particular. Primero: el sistema penal está sesgado en contra de los hombres negros, esto es, se encarcela a hombres negros con mayor frecuencia que a cualquier otro grupo.

¹⁶ Un estudio sobre esfuerzos para garantizar el bienestar de las mujeres víctimas de violencia doméstica en Estados Unidos y en Holanda, sin embargo, muestra que la idea de que las mujeres deben ser autónomas termina excluyendo a las víctimas de violencia de la mayoría de las ayudas. Véase el trabajo de Renee Romkens “Law as a Trojan horse: unintended consequences of rights-based interventions to support battered woman”. *Yale Journal of Law & Feminism* 13, n.º 2 (2001): 265-190, https://digitalcommons.law.yale.edu/yjlf/vol13/iss2/5?utm_source=digitalcommons.law.yale.edu%2Fyjlf%2Fvol13%2Fiss2%2F5&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages.

¹⁷ Angela P. Harris, “Heteropatriarchy Kills: Challenging Gender Violence in a Prison Nation”. *Washington University Journal of Law & Policy* 37, n.º 13 (2011).

Segundo: dentro de las cárceles, los hombres negros son víctimas de violencia de género que reinscribe en ellos versiones tóxicas de su masculinidad. Estas dos tendencias combinadas, dice Harris, hace que la cárcel no solo no resuelva el problema de la violencia de los hombres negros contra las mujeres negras, sino que subraya las tendencias tóxicas de los hombres negros contra las mujeres negras y aumenta la violencia que se ejerce contra ellas.

El problema de la agencia de las mujeres de color ha sido también leído a través del lente del multiculturalismo. En estos casos, ya no es la mujer negra que vive en los Estados Unidos quien aparece en la literatura, sino las mujeres de los países no civilizados. En clave colonial, estos esfuerzos exotizan las prácticas que padecen estas mujeres y demandan intervenciones urgentes para rescatarlas¹⁸. Un caso ampliamente estudiado en este sentido es el de las mutilaciones genitales femeninas, en las que quienes principalmente realizan el procedimiento en los cuerpos de las niñas pequeñas son las mujeres, y son ellas mismas quienes castigan a las que quieren cuestionar la práctica o rescatar de ella a sus hijas pequeñas. Esta es una descripción de uno de los rituales, en este caso la niña tiene siete años:

Su madre la había vestido y perfumado cuidadosamente para la ceremonia. Se quebraron huevos en su cabeza para garantizar su fertilidad. Una docena de manos la sujetaron para que estuviera quieta... Algo afilado –una cuchilla, un pedazo de vidrio, una piedra– se usó para cercenar su clitoris. Luego, se desprendieron los labios internos de su vagina y se raspó la piel que estaba alrededor. Finalmente, los labios externos se sellaron con intestinos de gato y espinas de acacia. No se usó anestesia. No se le permitió llorar; se le dijo que mordiera un pedazo de madera para que resistiera el dolor. Estuvo varias semanas con sus piernas amarradas, sin moverse, para que su herida sanara¹⁹.

¹⁸ Karen Engle, “Female Subjects of Public International Law: Human Rights and the Exotic Other Female”. *New England Law Review* 26 (1991).

¹⁹ Mary Ann French, “The Open Wound”, *Washington Post*, 22 de noviembre de 1992 citado por Binaifer A. Davar, “Female Genital Mutilation”. *Texas Journal of Women & Law* 6 (1997): 259.

Una manera en que se ha explicado esta actuación es acudiendo a la idea de la diferencia cultural. La principal razón para la práctica ha sido garantizar la “pureza” de las mujeres al eliminar su posibilidad de satisfacción sexual. En algunos países se exige que se realice en niñas recién nacidas, en otros en niñas preadolescentes y en otros se llega a exigir alguna forma de purificación cada vez que nace un niño para impedir que su cabeza pueda mancharse al salir y entrar en contacto con la madre²⁰. Hay dos sanciones para quienes se rehúsan a someter a sus hijas a la práctica o ellas mismas deciden no hacerlo en sus cuerpos: (1) abstenerse de pagar el precio de la novia; (2) ostracismo social. A pesar de los múltiples esfuerzos por erradicar estas prácticas, tanto en África y en Asia como en los países a los que migran muchos de los nacionales de países donde se realizan estas prácticas, han permanecido intactas²¹.

En el debate sobre la diferencia cultural, la agencia ha sido importante en relación con tres asuntos. El primero es el de la capacidad del grupo subordinado para representar su propia cultura. En el caso específico de la mutilación genital, por ejemplo, algunas veces se asocia la práctica con el islam para representar su “barbarismo”. Se ha mostrado, sin embargo, que si bien muchos de los países donde se practica la mutilación genital son de mayorías musulmanas, la práctica ni fue inventada por los musulmanes ni es realizada solamente por ellos²². De hecho, algunas expertas han señalado que se realiza desde el siglo v a.e.c. y permanece entre individuos de muy distintas afiliaciones religiosas²³. El segundo es el de la capacidad de quienes están subordinados dentro del grupo para influir cómo el grupo se representa a sí mismo. Así, parte del trabajo que se ha hecho en relación con la mutilación genital ha sido tratar de entender qué piensan las mujeres de la comunidad sobre la práctica, más allá del hecho de que sean quienes están a cargo de

²⁰ Ibid., p. 260.

²¹ Maria La Barbera, “Revisiting the anti-Female Genital Mutilation Discourse”, *Diritto & questioni pubbliche* 9 (2009): 486.

²² Davar, “Female Genital Mutilation”, 261.

²³ Efua Dorkenoo y Scilla Elworthy, *Female Genital Mutilation: Proposals for Change* (1992), 7, citado por Davar, *ibid.*, 261.

practicarla, e identificar a las opositoras de la práctica para protegerlas y empoderarlas. Finalmente, surge el asunto de la agencia de la observadora, invasora o enemiga, es decir, de la mujer que pertenece al grupo poderoso. A su impulso de “rescatar” o “salvar” a las “otras” se opone su ignorancia sobre la complejidad de las batallas locales y su ingenuidad sobre la relación de opresión entre los grupos. A pesar de su bravura, termina apabullada por la magnitud de la empresa.

Leti Volpp ha contribuido a la empresa de hacer una crítica cultural que permita trabajar la violencia de género mostrando como alternativa las normas culturales que subyacen a la violencia contra las mujeres del grupo dominante y cómo necesitamos estar dispuestos a interrogar estas normas para abordar la violencia²⁴. En el caso de los Estados Unidos, Volpp muestra que la creencia de que cualquier individuo puede portar armas es una creencia que pone en peligro a las mujeres y que, sin embargo, no se cuestiona lo suficiente.

En América Latina, el trabajo de Rita Laura Segato, María Teresa Sierra y Manuela Picq ha sido importante en relación con la agencia de las mujeres indígenas; nuestro “otro” propio. Segato ha trabajado teóricamente el problema del género y la colonialidad, pero particularmente ha mostrado las nuevas formas de violencia de género que enfrentan hombres y mujeres en las comunidades indígenas en Brasil²⁵. Segato insiste en que entender las formas contemporáneas de violencia de género contra las mujeres indígenas implica entender el despliegue del “frente estatal-empresarial-mediático-cristiano” y atender a las situaciones complejas en las que sobreviven las comunidades indígenas hoy: en las fronteras nacionales, en zonas militarizadas, en santuarios naturales, entre otros. María Teresa Sierra y Manuela Picq, por su parte, han trabajado en mostrar las formas en que las mujeres indígenas se han organizado para reclamar poder y transformar sus circunstancias. En el caso de la primera, el foco han sido las experiencias de justicia

²⁴ Leti Volpp, “Feminism versus Multiculturalism”, *Columbia Law Review* 101 (2001): 1181.

²⁵ Rita L. Segato, “El sexo y la norma: frente estatal, patriarcado, desposesión, colonialidad”. *Revista Estudos Feministas* 22, n.º 2 (2014): 593-616; Rita L. Segato, *Género y colonialidad: en busca de claves de lectura y de un vocabulario estratégico decolonial* (Buenos Aires: Prometeo, 2014).

comunitaria y las apropiaciones que han hecho las mujeres indígenas para que la justicia propia aborde la violencia de pareja²⁶. Picq ha mostrado el papel de las mujeres indígenas en las transformaciones recientes de las constituciones latinoamericanas, en particular en el caso del Ecuador. Picq ha querido hacer visible el trabajo de las mujeres indígenas dentro del movimiento indígena y en los procesos de reforma constitucional, para contestar de esta manera la imagen de pasividad que presenta el discurso mayoritario²⁷.

En conclusión, podría decirse aquí que uno de los elementos para pensar y abordar el problema de la agencia de la víctima es el conjunto de ideas que tenemos sobre ella y su contexto, en particular, las ideas que podemos tener en relación con su raza o pertenencia a un grupo culturalmente diferente. Al respecto, la discusión feminista ha mostrado que (1) tendemos a considerar menos importante la violencia que padecen las mujeres de grupos marginados o excluidos; (2) tendemos a invisibilizar las múltiples exclusiones que hacen que las mujeres racializadas y exóticas puedan reclamar protección de las autoridades; (3) tendemos a descartar los esfuerzos que hacen las mujeres de color por cambiar su propia situación; y (4) tendemos a racionalizar lo que ocurre con las mujeres de color indicando que esto es parte de su cultura y que ellas mismas no tienen interés en cambiar su situación. La estrategia de generalizar la experiencia de algunas como si fuera la misma de todas es inconveniente porque no permite atender las necesidades específicas de distintos grupos y vuelve opacas las consecuencias del racismo y colonialismo sobre la configuración de la violencia de género. En el caso de los hombres negros, se vuelve invisible su riesgo de encarcelamiento y las violencias que esta experiencia ayuda a reproducir. En el caso de los hombres indígenas se hace invisible la forma en la que el colonialismo exige emular el patriarcado para la supervivencia.

²⁶ María Sierra, “Las mujeres indígenas ante la justicia comunitaria: perspectivas desde la interculturalidad y los derechos”. *Desacatos: Revista de Ciencias Sociales*, n.º 31 (2009): 73-88.

²⁷ Manuela Lavinás Picq, *Vernacular Sovereignties* (Scottsdale: University of Arizona Press, 2018).

La agencia de las mujeres profesionales y económicamente solventes

La reflexión sobre las mujeres vulnerables es muy importante, pero, como ya se dijo, no ser capaces de entender la violencia que padecen las mujeres aparentemente “protegidas” por el sistema empeora la situación de todas las mujeres. Martha Mahoney en su trabajo ha puesto de presente algunas razones que dificultan el acceso de las mujeres profesionales o pudientes a los funcionarios encargados de la protección de mujeres víctimas de violencia²⁸. En primer lugar, Mahoney apunta a las dificultades que tienen las mujeres profesionales o pudientes para entender que ellas son víctimas de violencia y que los lugares dispuestos para atenderlas son los mismos que atienden a las mujeres vulnerables. La comprensión que tienen las mujeres de sí mismas es que están en control de sus circunstancias y que no son vulnerables de la manera en la que lo son las mujeres pobres o racializadas. Aceptar que son víctimas de violencia y necesitan ayuda es renunciar en parte a su autoimagen y sus convicciones sobre los recursos a su alcance para resolver sus problemas. En segundo lugar, y relacionado con esto mismo, Mahoney señala que las mujeres profesionales y pudientes temen que la vulnerabilidad que implica aceptarse como víctimas de violencia termine afectando no solamente su autoestima, sino también su carrera y sus posibilidades de obtener la custodia legal sobre sus hijos.

En varios sentidos, el caso de Lissette Ochoa revela las dificultades de las mujeres de ciertos estratos sociales para acudir a las autoridades especializadas con el fin de atender este problema y para buscar ayuda en general. Como lo muestran las noticias, es una mujer de clase alta de la ciudad de Barranquilla. Sin embargo, ella misma señala que no quería darse cuenta y que quería proteger a sus hijos, no quería ser “una mujer maltratada más”, en sus propias palabras. Cuando buscan ayuda para contener la violencia de la que es víctima, en lugar de acudir a autoridades especializadas, que existen en Colombia desde 1996, acuden a las autoridades criminales inmediatamente y buscan una salida exclusivamente penal. En muchos sentidos este caso fue exitoso, dado que el agresor fue condenado a cuatro años de prisión y ella logró salir del

²⁸ Martha R. Mahoney, “Legal Images of Battered Women: Redefining the Issue of Separation”. *Michigan Law Review* 90, n.º 1 (1991): 1, <https://doi.org/10.2307/1289533>.

país con sus hijos. Sin embargo, el caso muestra también la fragilidad del sistema frente a la amenaza que su esposo implicaba para ella y su familia. Cuando se dice que ella “lo perdonó” deberíamos leer que ella, para no arriesgar su propia vida ni la de sus hijos, no hizo pública su intención de una “salida programada” de su relación. El fiscal que cambió la medida de aseguramiento tampoco tuvo en cuenta este riesgo como riesgo cierto para la familia del agresor. Entender mejor los riesgos de las mujeres pudientes podría haber servido al fiscal en este caso.

La capacidad del sistema estatal

Reva Siegel nos ha brindado un convincente relato sobre la manera en la que la violencia de pareja se convirtió en un asunto privado y cómo esta creencia llevó a la convicción de que no solo el sistema no debe intervenir en resolverla, sino que no puede²⁹. Siegel explica que este giro ocurrió justamente a finales del siglo XIX cuando la crítica a la idea de que la mujer quedaba subsumida por la persona de su marido para que la pareja fuera un solo cuerpo y mente, fue reemplazada por la idea del matrimonio de compañerismo en el que son dos iguales los que interactúan para satisfacer sus necesidades afectivas. Al relevar el afecto como la emoción característica del matrimonio, se enfatizó el poder de lo íntimo frente a lo ajeno en el abordaje de la cuestión, y la tragedia de lo irracional del afecto frente a los límites necesarios para prevenir o detener la violencia.

Aunque el argumento de lo íntimo ha sido objeto de intensos ataques, que señalan que no puede hablarse de afecto o intimidad cuando hay violencia, sigue percibiéndose que en la medida en que el problema involucra emociones y requiere de recursos económicos, es de difícil solución³⁰. En particular, se cree que el sistema resulta incapaz de detener la ira “patológica” y su despliegue sobre el ser amado, de impedir los

²⁹ Reva B. Siegel, “‘The Rule of Love’: Wife Beating as Prerogative and Privacy”, *Yale Law Journal* 105, n.º 8 (junio de 1996): 2117, <https://doi.org/10.2307/797286>.

³⁰ Isabel Cristina Jaramillo, “El hogar: público o privado?”, en *Observatorio de justicia constitucional: balance jurisprudencial de 1996, la Corte Constitucional, el año de la consolidación*, editado por Manuel José Cepeda, César Rodríguez e Isabel C. Jaramillo Sierra (Bogotá: Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1997).

ciclos de perdón y las reconciliaciones que progresivamente debilitan a la víctima, y de proveer a la víctima la seguridad económica necesaria para enfrentar los riesgos que supone terminar la relación.

Las dos principales respuestas a estas dificultades han sido la criminalización de la conducta, que entendemos como una forma de “alejar al agresor” para garantizar la vida de la víctima y sacarla de las dinámicas psicológicas dañinas, y la de la administración de la relación por vía de funcionarios cuasi-policiales o judiciales que ordenan medidas de restricción de la circulación, económicas y psicológicas³¹. En materia de política criminal, la tendencia ha sido a crear tipos penales relacionados con la violencia intrafamiliar, y, más recientemente, con el feminicidio³². Por lo general, el tipo penal de violencia intrafamiliar tiene una pena menor, casi siempre excarcelable. El feminicidio, por otra parte, se introduce con la finalidad de agravar la sanción de quienes atentan contra la vida de las mujeres por razones de género³³. Si bien en algunos países estas innovaciones legislativas existen hace muchos años, se ha demostrado que los funcionarios de policía y de las respectivas fiscalías siguen teniendo muchas dudas sobre la pertinencia e importancia de estos delitos.³⁴ Consideran que técnicamente deben usarse otras alternativas que resultan más “coherentes” teóricamente con la finalidad de sancionar a los agresores y que “sí se entienden”. La marginalidad de la doctrina penal feminista tiene algo que ver con esto, así como la renuencia de

³¹ Una crítica a la criminalización de la violencia de género en Helena Alviar e Isabel C. Jaramillo, *Feminismo y crítica jurídica: el análisis distributivo como alternativa crítica al legalismo liberal* (Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2013); sobre la creación del tipo penal de feminicidio en América Latina, véase Patsilí Toledo, *Feminicidio* (México: Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009), http://hchr.org.mx/images/doc_pub/feminicidio.pdf. CEPAL cuenta con un repositorio de leyes de violencia de género: <https://oig.cepal.org/es/leyes/leyes-de-violencia>.

³² Véase también el trabajo del Banco Mundial en la clasificación de los países y sus legislaciones: <https://wbl.worldbank.org/>.

³³ Toledo, *Feminicidio*.

³⁴ La condena a México por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *González et al. vs. México* estuvo relacionada exactamente con esta dificultad de la implementación de las normas pertinentes.

los funcionarios a aprender la reforma legal feminista³⁵. Los prejuicios de los funcionarios sobre las mujeres y la violencia definitivamente tienen que ver con esto³⁶. La respuesta a estos hallazgos ha sido aumentar las capacitaciones a los funcionarios e introducir legislación cada vez más detallada para no dejar espacio a la duda “técnica”. Hoy en día en Colombia, por ejemplo, el quinto delito por el que más hombres se encuentran encarcelados es el de violencia intrafamiliar.

Depender tanto de los abogados para la solución del problema no solamente convierte los sesgos y prejuicios en una limitación a la protección de las víctimas, sino que aumenta sus costos por el valor de los honorarios de los abogados y genera demoras relacionadas con la garantía del debido proceso, otorga ventajas injustas a la parte económicamente más fuerte en el proceso y ofrece pocas herramientas a la víctima para intervenir en el proceso³⁷. Mejorar la educación que reciben los abogados en esta materia, enseñándoles los detalles técnicos de la violencia de género y de los tipos penales introducidos para transformarla puede resolver algunos de los problemas señalados anteriormente, pero algunos de ellos persistirán. En primer lugar, los altos costos de abogados se convierten en limitaciones para las víctimas, pero también para el sistema. Ya se invierte una cantidad alta de recursos públicos en defensorías públicas, esta nueva exigencia implicaría tener una cantidad

³⁵ Marcela Abadía Cubillos, *Feminismos y sistema penal: retos contemporáneos para una legitimación del sistema penal*. Estudios académicos (Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 2018), <https://univdelosandes.on.worldcat.org/oclc/1028008786>.

³⁶ De acuerdo con la Encuesta de Tolerancia Institucional a la Violencia del 2014 realizada por la Alta Consejería para la Equidad de la Mujer en Colombia, el 30% de los funcionarios cree que las mujeres golpeadas que no dejan a sus maridos es porque les gusta y que las mujeres provocan a los hombres a golpearlas y a violarlas: <http://www.equidadmujer.gov.co/ejes/Documents/Segunda-medicion-estudio-tolerancia-violencias-contra-mujeres.pdf>.

³⁷ Gerald Rosenberg ha proporcionado evidencia de cómo judicializar un problema político o económico aumenta sus costos, entre otros por los altos costos de los honorarios de los abogados. Gerald Rosenberg, *Hollow Hope* (Chicago: University of Chicago Press, 1991); véase también Kylie Valentine y Jan Breckenbridge, “Responses to family and domestic violence: supporting women?”, *Griffith Law Review* 25, n.º 1 (2016): 30-44; Nan Seuffert, “Lawyering for Women Survivors of Domestic Violence”. *Waikato Law Review* 4 (1996): 1-57; Arlene Weisz, *Legal advocacy for domestic violence survivors: the power of an informative relationship* (Family Service America, 1996).

significativa de abogados de víctimas. En segundo lugar, el sistema penal tendría que reformarse para dar verdaderos espacios de intervención a las víctimas. En sus modelos actuales, el enfrentamiento en el proceso penal es entre el Estado y el defensor del acusado. Las víctimas reciben poca información y tienen pocas herramientas para influir en la investigación y acusación³⁸. Aún en este escenario, la víctima se considera una “aliada” de la Fiscalía, quien tiene en sus manos el verdadero poder de decisión y que en muchas ocasiones lo ejerce para apaciguar y frenar el impulso punitivo de la víctima. Tercero, la respuesta penal supone que lo principal que quiere la víctima es alejar definitivamente al agresor. Como hemos visto, esta no es la actitud de las víctimas en todos los momentos de su relación y por eso es una herramienta que resulta insuficiente.

La alternativa de administrar la relación surgió como respuesta a la percibida falta de eficacia del mecanismo penal, por las razones antes mencionadas, así como respuesta a las percibidas limitaciones del conocimiento jurídico para abordar los aspectos emocionales y económicos en juego. Los nuevos equipos interdisciplinarios se enfrentan así al reto de comprender las posibilidades de cada situación y ofrecer soluciones más ajustadas a las oportunidades y barreras específicas. Por otro lado, parten del supuesto de que el principal objetivo de la intervención, en línea con lo que dicen la mayoría de las víctimas, no es terminar la relación sino contribuir a que se transforme en una relación libre de violencia. Por esto, en lugar de centrarse en alejar al agresor de manera definitiva, se enfocan en lograr que cese la violencia. Aquí se prevé la posibilidad de adoptar medidas restrictivas para el agresor, incluso que abandone el hogar común; albergar a la mujer y los hijos en un refugio; ordenar a las autoridades de policía cercanas que estén pendientes frente a posibles llamados de ayuda; ordenar al agresor a pagar los daños en la salud causados a la víctima; ordenar al agresor abstenerse de seguir a la víctima a su lugar de trabajo; ubicar a los menores de edad con un familiar para protegerlos; ordenar al agresor hacer terapia o tomar cursos para controlar sus emociones; entre otras. Si se decide que la pareja

³⁸ En el caso colombiano, incluso la reforma que buscaba reducir el carácter inquisitivo del proceso penal, Ley 906 del 2004, dejó por fuera a las víctimas. La Corte Constitucional en las sentencias C-456 del 2006 y C-209 del 2007, sin embargo, determinó que, a la luz de los derechos de las víctimas a la verdad, la reparación y la no repetición, debe garantizarse su participación en el proceso.

debe vivir separadamente, se adoptan también medidas sobre las cuotas alimentarias y sobre la tenencia de los hijos³⁹.

Aunque los psicólogos y trabajadores sociales cobran honorarios inferiores a los de los abogados, este sistema tiene también altos costos. En primer lugar, dado que lo que se busca es administrar la relación en el tiempo, el número de intervenciones que se debe esperar del sistema son muchas más que en el abordaje criminal. En segundo lugar, las medidas que se consideran idóneas para la situación tienen una variabilidad que puede implicar perder economías de escala y tener que hacer altas inversiones para garantizar resultados individualizados. Finalmente, las víctimas pueden también sentir que pierden control ante las restricciones que enfrentan para representar la situación como una de conflicto y para defender la necesidad de defensa jurídica técnica^{40/41}. Aquí tanto víctimas como agresores terminan en manos de profesionales que velando por sus mejores intereses adoptan medidas idóneas.

La individualización del daño

En el corazón de los problemas del sistema para ofrecer soluciones está no solo el papel que tienen el derecho y los abogados, mayor o menor según el esquema que se adopte, sino la convicción de que el problema,

³⁹ Véase, por ejemplo, la Ley 1257 del 2008 para el caso colombiano.

⁴⁰ En el caso colombiano la figura que se introdujo en 1999 fue la de las comisarías de familia, una autoridad policial pero civil y dependiente de las autoridades de familia del país (los jueces de familia y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar). Los trabajos académicos sobre estas autoridades desafortunadamente no son muchos y muestran más fracasos que éxitos. Véase Luisa Otero Peña y Javier Pineda Duque, “Género, violencia intrafamiliar e intervención pública en Colombia”, *Revista de Estudios Sociales* 17 (2004): 19-31, <https://univdelosandes.on.worldcat.org/oclc/5910630514>; Alejandro Cáceres Monroy, “Una casa de varios pisos: acceso a la justicia en casos de violencia intrafamiliar en una comisaría de familia de Bogotá”, *Revista de Derecho Público* 28 (30 de junio del 2012): 1-28, <https://doi.org/10.15425/redepub.28.2012.07>.

⁴¹ Véase Alejandro Cáceres Monroy, “Una casa de varios pisos: acceso a la justicia en casos de violencia intrafamiliar en una comisaría de familia de Bogotá”. *Revista de Derecho Público* 28 (2012); Javier Pineda Duque y Luisa Otero Peña, “Género, Violencia Intrafamiliar e Intervención Pública en Colombia”. *Revista de Estudios Sociales* 17 (2004).

aunque sea masivo, es individual y debe resolverse caso por caso. Esto es, nuestra discusión sobre la violencia de género sigue estando dominada por la narrativa de la autonomía individual y el “error del exceso”. Una comprensión de la violencia como un patrón social de exclusión, para usar la expresión de la Corte Constitucional colombiana, llevaría a usos del derecho bastante diferentes y encaminados a modificar la estructura más que resolver los casos concretos. Imitando las estrategias de persecución a los grandes capitales, se podría demandar a los colegios por no ofrecer educación sentimental a sus alumnos y utilizar los recursos obtenidos en crear centros de expresión cultural e intercambio social para mujeres. Generar empleos seguros para las mujeres sería otra estrategia importante que podría financiarse con recursos obtenidos al demostrar la falla en el servicio de justicia todas las veces que se dejaron de atender quejas de violencia de género. El cambio en la narrativa podría obtenerse por vía de litigio estratégico que no necesita encontrar las reales “víctimas” ni involucrarlas personalmente. Datos estadísticos de prevalencia, denuncias y fracasos del sistema podrían ser suficientes para avanzar en convencer a los jueces de la necesidad y posibilidad de abordar el problema de maneras novedosas.

PREGUNTAS PARA REFLEXIONAR

A la luz de los elementos teóricos elaborados en la sección 2, reflexione sobre los casos incluidos en la sección 1 contestando las siguientes preguntas.

- a. Identifique los problemas de agencia en el caso Lissette Ochoa. Distinga la perspectiva de la víctima de las perspectivas de otras personas involucradas en el caso como “representantes” o “mandatarios” o “narradores”. En particular:

¿Concluiría usted que Lissette Ochoa ha sido “autónoma” en sus decisiones? ¿Considera que la actitud de sus familiares ha sido adecuada o debería ser reprochada? ¿Cómo califica la intervención de los medios en relación con la autonomía o agencia de los involucrados: están contribuyendo o perjudicando la protección de los derechos?

- b. Identifique las maneras en las que las deficiencias del sistema pueden estar llevando a que los personajes principales en los casos terminen desconfiando de las soluciones disponibles. En particular:

¿Cree que el caso de Lissette Ochoa habría sido tratado igual si la familia de ella no fuera poderosa económica y políticamente? ¿Considera que existen problemas con los tipos penales que se discuten –homicidio, lesiones personales, porte ilegal de armas– que terminan afectando a las víctimas de violencia de género? ¿Cómo interpreta el “perdón” que dio Lissette Ochoa a su agresor a la luz de las noticias inmediatamente precedentes sobre el cambio en la imputación y las noticias subsiguientes sobre la separación definitiva de la pareja?

- c. Explique qué alternativas de protección tendría Lissette en su país y cuáles serían los puntos débiles que el abogado debería tener en cuenta para lograr una mayor eficacia del sistema. Investigue las leyes pertinentes, así como las explicaciones feministas locales sobre cómo se espera que funcione la ley para mejorar la situación de las mujeres.
- d. Explique de qué maneras podría argumentarse la colectivización del daño de la violencia de género usando los casos de Lissette Ochoa. Indique cómo podría llevarse el litigio y qué abogados estarían mejor situados para hacerlo.

BIBLIOGRAFÍA

- Abadía Cubillos, Marcela. *Feminismos y sistema penal: retos contemporáneos para una legitimación del sistema penal. Estudios académicos*. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 2018. <https://univdeloandes.on.worldcat.org/oclc/1028008786>.
- Alviar, Helena e Isabel C. Jaramillo. *Feminismo y crítica jurídica: el análisis distributivo como alternativa crítica al legalismo liberal*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2013.
- Cáceres Monroy, Alejandro. “Una casa de varios pisos: acceso a la justicia en casos de violencia intrafamiliar en una comisaría de familia de Bogotá”. *Revista de Derecho Público* 28 (2012): 1-28. <https://doi.org/10.15425/redepub.28.2012.07>.

- Caracol Radio, “La mujer golpeada en Barranquilla desistió de la demanda civil contra su esposo”, accedido 5 de enero del 2020, https://caracol.com.co/radio/2006/11/30/nacional/1164866220_363021.html.
- Davar, Binaifer A. “Female Genital Mutilation”. *Texas Journal of Women & Law* 6 (1997): 259.
- Dejusticia, Emilio Miguel La Rota, Sebastián Lalinde y Rodrigo Uprimny. “Encuesta Nacional de Necesidades jurídicas: Análisis general y comparativo para tres poblaciones”, 2016, https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_618.pdf.
- El Heraldó. “Interpol busca a Rafael Dangond por golpiza a su exesposa”, <https://www.elheraldo.co/judicial/interpol-busca-a-rafael-dangond-por-golpiza-a-su-exesposa-34823>.
- El Tiempo. “Familiares de Lizeth Ochoa apelarán la liberación de Rafael Dangond Lacouture”, <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-3331599>.
- Engle, Karen. “Female subjects of public international law: human rights and the exotic other female”. *New England Law Review* 26 (1991).
- Galanter, Marc. “Why the ‘Haves’ Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change”. *Law and Society Review* 9 (1974):481-546.
- Gramatikov, Martin *et al.* *A Handbook for Measuring the Costs and Quality of Access to Justice*. Antwerp: Maklu, 2010, <http://books.google.com/books?id=eZ4cCsfaXyUC&pgis=1>
- Harris, Angela P. “Heteropatriarchy kills: Challenging gender violence in a prison nation”. *Washington University Journal of Law & Policy* 37, n.º 13 (2011).
- Jaramillo, Isabel Cristina. “El hogar: público o privado?” En *Observatorio de justicia constitucional: balance jurisprudencial de 1996, la Corte Constitucional, el año de la consolidación*, editado por Manuel José Cepeda, César Rodríguez e Isabel C. Jaramillo Sierra. Bogotá: Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1997.
- Khaw, Lindal, y Jennifer Hardesty. “Theorizing the Process of Leaving: Turning Points and Trajectories in the Stages of Change”. *Family Relations* 56 (2007): 413-425.
- La Barbera, Maria. “Revisiting the anti-Female Genital Mutilation Discourse”. *Diritto & questioni pubbliche* 9 (2009): 485.
- Mahoney, Martha R. “Legal Images of Battered Women: Redefining the Issue of Separation”. *Michigan Law Review* 90, n.º 1 (1991): 1. <https://doi.org/10.2307/1289533>.

- Otero Peña, Luisa y Javier Pineda Duque. “Género, violencia intrafamiliar e intervención pública en Colombia”. *Revista de Estudios Sociales* 17 (2004): 19-31. <https://univdelosandes.on.worldcat.org/oclc/5910630514>.
- Picq, Manuela Lavinas. *Vernacular Sovereignities*, Scottsdale. University of Arizona Press, 2018.
- Prochaska, James y Carlo DiClemente. *The Transtheoretical Approach*. New York: Dow Jones, 1984.
- Revista Semana. “Lissette Ochoa perdonó a su marido agresor, retiró los cargos en su contra y volvió con él”, <https://www.semana.com/on-line/articulo/lissette-ochoa-perdono-su-marido-agresor-retiro-cargos-su-contra-volvio-el/82341-3>.
- Romkens, Renee. “Law as a Trojan horse: unintended consequences of rights-based interventions to support battered woman”. *Yale Journal of Law & Feminism* 13, n.º 2 (2001): 265-190. https://digitalcommons.law.yale.edu/yjlf/vol13/iss2/5?utm_source=digitalcommons.law.yale.edu%2Fyjlf%2Fvol13%2Fiss2%2F5&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages.
- Rosenberg, Gerald. *Hollow Hope*. Chicago: University of Chicago Press, 1991.
- Segato, Rita L. “El sexo y la norma: frente estatal, patriarcado, desposesión, colonidad”. *Revista Estudos Feministas* 22, n.º 2 (2014): 593-616.
- . *Género y colonialidad: en busca de claves de lectura y de un vocabulario estratégico decolonial*. Buenos Aires: Prometeo, 2014.
- Seuffert, Nan. “Lawyering for Women Survivors of Domestic Violence”. *Waikato Law Review* 4 (1996): 1-57.
- Siegel, Reva B. “‘The Rule of Love’: Wife Beating as Prerogative and Privacy”. *Yale L. J.* 105, n.º 8 (1996): 2117. <https://doi.org/10.2307/797286>.
- Sierra, María. “Las mujeres indígenas ante la justicia comunitaria: perspectivas desde la interculturalidad y los derechos”. *Desacatos: Revista de Ciencias Sociales*, n.º 31 (2009): 73-88.
- SOHO. “¡Nunca Más!” Accedido 5 de enero del 2020. <https://www.soho.co/historias/articulo/violencia-contra-las-mujeres-el-caso-de-lissette-ochoa/4761>.
- Stoeve, Jane. “Transforming domestic violence representation”. *Kentucky Law Journal* 101, n.º 3 (2013). https://uknowledge.uky.edu/klj/vol101/iss3/3?utm_source=uknowledge.uky.edu%2Fklj%2Fvol101%2Fiss3%2F3&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages.
- Toledo, Patsilí. *Feminicidio*. México: Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009. http://hchr.org.mx/images/doc_pub/feminicidio.pdf.

- Valentine, Kylie y Jan Breckenbridge. "Responses to family and domestic violence: supporting women?". *Griffith Law Review* 25, n.º 1 (2016): 30-44.
- Volpp, Leti. "Feminism versus Multiculturalism". *Columbia Law Review* 101 (2001): 1181.
- Weisz, Arlene. *Legal advocacy for domestic violence survivors: the power of an informative relationship*. Family Service America, 1996.
- Williams, Kimberlé Crenshaw. "Mapping the intersections: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color". *Stanford Law Review* 43, n.º 6 (1991): 241-1299. <http://www.jstor.org/stable/1229039?origin=JSTOR-pdf>.

CAPÍTULO VII

ESCUELAS DE DERECHO INDÍGENAS Y ACCESO A LA JUSTICIA EN MÉXICO*

LUIS FERNANDO PÉREZ HURTADO Y EDUARDO ROMÁN GONZÁLEZ

INTRODUCCIÓN

Transformar la enseñanza del Derecho no consiste solo en implementar nuevas y mejores técnicas didácticas, sino que es una labor que debe realizarse en varios planos. Uno de ellos tiene que ver con modificar o eliminar los paradigmas erróneos u obsoletos sobre la forma en que entendemos el Derecho, qué lo conforma y cuáles son sus finalidades.

Algunos de los paradigmas nocivos que se encuentran arraigados en la cultura jurídica latinoamericana afectan directamente a las personas, los pueblos y comunidades indígenas. Así, por ejemplo, se suele pensar que los sistemas jurídicos de los pueblos y comunidades indígenas no forman parte del sistema jurídico nacional, o bien, reconociendo que forman parte de él, se consideran sistemas jurídicos subordinados al derecho creado por los órganos legislativos estatales.

También se suele pensar que los derechos reconocidos a las personas, los pueblos y comunidades indígenas tienen aplicación y son relevantes solo en contextos geográficos muy definidos, normalmente relacionados con zonas rurales de alta concentración de población indígena, pero que difícilmente son aplicables –y, por lo tanto, no son tan relevantes– fuera de esos contextos, por ejemplo, en zonas urbanas. En casos más extremos, incluso se desconoce la presencia de población indígena en determinadas regiones del país¹.

* Para citar: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.420>

¹ En un trabajo de Gutiérrez y Valdés, publicado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas (III) de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), en el que se analizan los resultados de una encuesta nacional, se advierten algunos datos respecto de México que apuntan en este sentido. Por ejemplo, al preguntarles a los encuestados

Todo ello afecta profundamente el acceso a la justicia de las personas, los pueblos y comunidades indígenas, su reconocimiento pleno cultural y, en la dimensión ética, el reconocimiento del otro como sujeto. La educación jurídica que reciben los futuros abogados y abogadas puede contribuir a modificar o eliminar estos paradigmas. En el presente trabajo hacemos referencia algunos de los principales retos que enfrenta la educación jurídica en México para formar a abogados y abogadas en el paradigma del pluralismo jurídico.

Para ello exponemos en primer lugar un caso que ilustra la importancia que tiene una adecuada formación en pluralismo jurídico de los operadores del sistema de justicia y luego analizamos algunas de las estrategias que se han implementado para fortalecer el pluralismo jurídico en la enseñanza del derecho en México.

El infanticidio de Beatriz: interpretación cultural como derecho a la defensa

Beatriz mantenía una relación extramarital con Pedro, de la cual resultó embarazada, situación que ocultó durante varios meses a su esposo, Carlos, quien pasaba largas temporadas en los Estados Unidos. En una ocasión, al regresar de una temporada en ese país, Carlos se percató del embarazo de Beatriz, por lo cual la golpeó y la abandonó a continuación en casa de sus padres.

Después de ese episodio, Beatriz le comunicó a Pedro que no deseaba tener a su hijo y que se encontraba desesperada. Sin embargo, Pedro la tranquilizó y le dijo que no la abandonaría, por lo cual ella continuó con el embarazo.

Un día, mientras se encontraba sola en casa de sus padres, Beatriz dio a luz a un niño. Horas después del parto se paró de la cama con el niño en brazos y se dirigió hacia la letrina. Mientras caminaba por el

sobre cuáles estados tienen mayor población indígena, cinco de los diez estados con mayor población indígena no recibieron ninguna mención. Así mismo, la mayoría de los encuestados señaló nunca haber tenido contacto con un indígena. Véase Natividad Gutiérrez Chong y Luz María Valdés, *Ser indígena en México. Raíces y derechos* (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2016), <http://www.librosoa.unam.mx/handle/123456789/447>.

pasillo de la casa que tenía que atravesar para llegar a la letrina, decidió que mataría a su hijo y lo dejó caer de cabeza al suelo. Luego colocó el cuerpo en una bolsa y lo dejó ahí durante varias horas.

Más tarde llegó a visitarla Pedro, quien le preguntó por el bebé. En un primer momento Beatriz le respondió que el niño se había caído de la cama después del parto y había fallecido. Sin embargo, en un segundo momento le confesó que lo había matado y le pidió su ayuda para deshacerse del cuerpo. De esta manera, ambos caminaron hacia una barranca cercana, donde lo enterraron.

Horas después regresaron a su casa los padres de Beatriz, quienes la encontraron acostada en la cama sin que se percibiera su embarazo. Al preguntarle si ya había dado a luz, Beatriz se rehusó a contestar. Al día siguiente volvieron a interrogarla sobre lo que había sucedido con el bebé, pero continuó con su negativa a responder. Ante esa situación, los padres de Beatriz mandaron traer una partera para que la revisara. Después de revisarla, la partera informó a los padres que Beatriz ya había dado a luz.

El padre de Beatriz dio aviso al comisario ejidal de la comunidad y éste a su vez conformó una comisión de habitantes para que la interrogaran. Ante la amenaza de ser llevada a la cárcel, Beatriz confesó que había enterrado a su hijo y que el padre era Pedro y llevó a los integrantes de la comisión al lugar donde habían enterrado el cuerpo.

El comisario ejidal dio aviso de los hechos al Ministerio Público. Al llegar al pueblo los agentes del Ministerio Público, fueron llevados al lugar donde se encontraba enterrado el cuerpo, y se procedió a remover la tierra hasta que lo encontraron.

Con motivo de la denuncia correspondiente, el Ministerio Público inició una investigación. Con base en las pruebas recabadas, el Ministerio Público consignó la investigación ante un juez penal para que procediese a la detención de Beatriz y de Pedro como presuntos responsables de homicidio calificado.

Una vez que fue agotado el proceso penal respectivo, el juez de primera instancia emitió sentencia condenatoria e impuso una pena de 32 años de prisión a ambas personas. La sentencia fue apelada y el tribunal de segunda instancia, al considerar que se había hecho una clasificación errónea del tipo penal, modificó la sentencia imponiéndoles a Beatriz y a Pedro la pena de 22 años de cárcel.

En contra de la sentencia de segunda instancia se promovió ante un tribunal colegiado de circuito un juicio de amparo directo, el cual, posteriormente, fue atraído por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) para su conocimiento². Entre las violaciones de derechos humanos alegadas por la defensa de Beatriz y Pedro se encontraba la afectación al derecho de defensa adecuado en relación con la confesión que Beatriz había realizado ante el Ministerio Público. La confesión constituía una de las principales pruebas que sustentaron las sentencias condenatorias de primera y segunda instancias, debido a que, en el momento de rendir su declaración, no obstante la condición de indígena de Beatriz, no fue asistida por un intérprete que conociera su lengua y su cultura.

La SCJN consideró fundado este concepto de violación. Estimó que, en efecto, no obstante existir indicios de los cuales podía suponerse razonablemente la condición de indígena de Beatriz, el Ministerio Público no había resuelto de oficio otorgarle las garantías inherentes a esa condición. En este caso, una de dichas garantías era el proporcionarle un intérprete que la auxiliara al momento de rendir su declaración. Esta, por lo tanto, al haberse recabado en violación al derecho de una defensa adecuada, debía excluirse de las pruebas utilizadas para resolver sobre la culpabilidad de Beatriz y Pedro³.

DEBATES TEÓRICOS

El caso del infanticidio de Beatriz planteaba un dilema interesante para la SCJN en relación con el reconocimiento de la calidad de indígena de una persona. Como la propia Corte recuerda en la sentencia, anteriormente se había reconocido que la obligación del Estado de garantizar

² De acuerdo con los artículos 105, fracción III, y 107, fracción V, segundo párrafo, de la Constitución mexicana, la SCJN cuenta con la facultad de atraer para su conocimiento cualquier asunto (juicio de amparo o proceso civil o penal federal) que se esté tramitando en cualquier órgano jurisdiccional del Poder Judicial de la Federación.

³ El presente caso corresponde al Amparo Directo 120/2012, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), el 22 de enero del 2014. La versión electrónica de la sentencia fue consultada en www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/1/2012/1/2_138452_1794.doc.

los derechos inherentes a la condición de indígena surgía a partir de que la propia persona se reconocía como tal. Así, en el Amparo Directo 50/2002, la SCJN había señalado que

cuando el sujeto no manifiesta ante la autoridad correspondiente –en el caso de procuración o administración de justicia– que pertenece a un grupo indígena, no es factible que el Estado active toda la serie de prerrogativas específicamente diseñadas para ellos, ni que tampoco se allegue de los usos y costumbres indígenas para resolver la situación que se le presenta⁴.

Sin embargo, en casos posteriores este criterio fue matizado, señalando que la obligación a cargo del Estado también surge cuando existen elementos que le permiten a la autoridad suponer razonablemente que la persona es indígena. Esto lo había ya sostenido en la jurisprudencia 1a./J. 59/2013, en la cual señaló que la regla de la autoadscripción

no puede ser absoluta, pues cuando exista sospecha fundada en el órgano ministerial o bien en el juzgador de que una persona pertenece a una comunidad indígena (como podría acontecer derivado de una evidente incomprensión total o parcial de las indicaciones otorgadas por la autoridad o bien, derivado de las constancias e informes que obren en el proceso), el representante social o bien el juzgador, de oficio, deberán ordenar una evaluación sustantiva de la cuestión, adoptando una postura activa pro-derechos, a fin de determinar si la persona sujeta a una investigación o proceso penal tiene o no la calidad de indígena y por tanto, si debe gozar de los derechos que a su favor consagra el artículo 2.º de la Constitución⁵.

⁴ Cit. en Primera Sala de la SCJN, Amparo Directo 120/2012, p. 33.

⁵ Primera Sala de la SCJN, Tesis de Jurisprudencia 1a./J. 59/2013, “Personas indígenas. Su protección especial a cargo del estado surge a partir de la autoadscripción del sujeto a una comunidad indígena o de la evaluación oficiosa de la autoridad ministerial o judicial ante la sospecha fundada de que el inculpado pertenece a aquélla”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 1, diciembre del 2013, tomo I, p. 287, registro n.º 2005032. Sobre los distintos derechos que a favor de personas indígenas deben garantizarse en un proceso penal puede verse: Eduardo Román González, “Derechos indígenas y sistema penal acusatorio”, *Revista del Poder Judicial del*

Precisamente este es el criterio que reiteró la SCJN en el presente caso, en el cual Beatriz no manifestó ante el Ministerio Público su pertenencia a algún pueblo indígena, sino que lo hizo en un momento posterior, al rendir su declaración ante el juez, en la cual señaló pertenecer al grupo indígena tlapaneco. A pesar de ello, la SCJN consideró en este caso que el Ministerio Público tenía la obligación de haber realizado un análisis más exhaustivo para determinar si Beatriz pertenecía a un grupo indígena pues al momento de rendir su declaración ante el Ministerio Público, éste contaba ya con elemento “determinante para establecer que se trataba de una persona indígena: el hecho de que su padre no hablaba español”⁶.

Por tal motivo, la SCJN realiza un reproche a la conducta del Ministerio en el sentido de que al existir evidencia de que el padre de Beatriz no hablaba español y que había rendido su declaración previamente a su hija con la ayuda de un intérprete:

[E]s evidente que no solo existían sospechas fundadas, sino elementos inequívocos para que el agente del Ministerio Público se diera cuenta de que la imputada era una persona indígena y tomara las providencias necesarias para dar cumplimiento al derecho de la ahora quejosa a contar con un intérprete que conociera su lengua y cultura⁷.

La actuación del Ministerio Público en el presente caso y de los jueces que posteriormente, en primera y en segunda instancias, conocieron del caso sin advertir esta irregularidad pone de manifiesto la falta de preparación que, en términos generales, se observa en los abogados y abogadas en México en relación con los derechos de las personas, los pueblos y comunidades indígenas. No se trata solo de una ausencia de sensibilización, sino también de una falta de preparación técnica sobre el conocimiento básico de derechos reconocidos en el ámbito nacional e internacional a favor de las personas indígenas.

Estado de Nuevo León, n.º 2 (2017): 167-85, <https://www.pjenl.gob.mx/Publicaciones/Revistas/2017/RevistaIgualdadGenero02/index.html>.

⁶ Primera Sala de la SCJN, Amparo Directo 120/2012, p. 40.

⁷ *Ibíd.*, 42.

¿Es más probable que si hubieran recibido una adecuada formación en derechos de personas, pueblos y comunidades indígenas, orientada por el paradigma del pluralismo jurídico, su actuación hubiese sido distinta? ¿Hubiesen considerado con mayor facilidad que si el padre de *A* no hablaba español y había rendido su declaración con la asistencia de un intérprete, lo más probable es que *A* fuera indígena, o al menos lo suficientemente probable como para indagar más al respecto? Creemos que sí. Sin duda son muchos los factores que contribuyen a esta falta de sensibilización y de conocimientos al respecto. Pero uno de ellos, quizá uno de los más importantes en esta problemática, son precisamente las escuelas de Derecho. Reformar las escuelas de Derecho, sin embargo, supone retos que son diferentes en cada contexto. Aquí sugerimos que, dada la enorme cantidad de escuelas de Derecho en México, la alternativa de “transversalizar” la enseñanza del derecho indígena puede resultar infructuosa. Discutimos también que contar con programas especializados en derecho indígena puede marginar a los pocos que alcanzan a formarse en ellos y perjudicar la permanencia de los proyectos.

LA EDUCACIÓN JURÍDICA Y LOS INDÍGENAS DESDE LA EXPERIENCIA MEXICANA

Panorama de la educación jurídica en México

México es el país con más escuelas de Derecho del mundo (en México es más habitual la palabra “escuela” que “facultad” para definir a las instituciones de enseñanza del Derecho). Según los datos más recientes del Centro de Estudios sobre la Enseñanza y el Aprendizaje del Derecho (CEEAD), en el ciclo académico 2018-2019 existían en México 1911 instituciones de educación superior que ofrecían la licenciatura en Derecho. Durante los últimos 30 años, en promedio, en México se abre una nueva escuela de Derecho cada semana. El 91% de estas instituciones son privadas y solo el 9% públicas⁸. Esto ha venido acompañado también de

⁸ CEEAD, “Las escuelas de Derecho en México. Ciclo académico 2018-2019” (Monterrey, 2019), http://www.ceedad.org.mx/infografia_ies.html.

un crecimiento en el número de estudiantes de Derecho. En este mismo periodo de treinta años la matrícula de estudiantes de Derecho ha crecido más del 260%, siendo apenas en el 2015 el primer año en el que hubo más estudiantes mujeres que hombres⁹.

Este acelerado crecimiento tiene varias causas¹⁰. Una es el incremento de la oferta de educación superior en general en todo el país. No solamente ha aumentado el número de estudiantes de Derecho, sino también el de muchos otros programas¹¹. De hecho, el porcentaje de la matrícula de derecho respecto a la matrícula total en educación superior se ha mantenido relativamente estable durante estos años, alrededor del 10%. Otra de las causas de este crecimiento es el auge de la educación privada y la facilidad para acceder a estas instituciones. A partir de la apertura económica de México en los años ochenta y su participación en organismos internacionales, instituciones como el Banco Mundial y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) han impulsado en México políticas para la diversificación de las fuentes de financiamiento en la educación superior¹². Esto ha tenido un fuerte impacto en el crecimiento de la educación superior privada y en la cobertura para este nivel educativo. Así, en 1985 la mitad de las instituciones que ofrecían la LED eran privadas (47 de las 93) y contaban solo con el 13% de la matrícula total de Derecho (11.263 alumnos). Para el año 2019 el 91% de las escuelas de Derecho son privadas (1734 de las 1911) y cuentan con más de la mitad de la matrícula de Derecho.

⁹ Luis Fernando Pérez Hurtado, "The Legal Profession in Mexico/La profesión jurídica en México", Documentos de Trabajo (Monterrey, 2017), <http://www.ccead.org.mx/documentos-de-trabajo.html>.

¹⁰ Luis Fernando Pérez Hurtado, *La futura generación de abogados mexicanos: Estudio de las escuelas y los estudiantes de Derecho en México* (Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009).

¹¹ A pesar de este incremento, México sigue rezagado en cobertura de educación superior. Según la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), en el 2017 solo el 23% de los adultos en México había alcanzado estudios de educación superior, encontrándose todavía lejos de la media entre los países de la OCDE. Véase OECD, "Mexico", en *Education at a Glance 2018: OECD Indicators* (Paris: OECD Publishing, 2018).

¹² Alma Maldonado, "Los organismos internacionales y la educación en México. El caso de la educación superior y el Banco Mundial", *Perfiles Educativos* 22, n.º 87 (2000): 51-75, <http://www.scielo.org.mx/pdf/peredu/v22n87/v22n87a4.pdf>.

Estas instituciones de educación privada son pequeñas en su gran mayoría. Si tomamos en cuenta el número de escuelas de Derecho y el número total de estudiantes, en 1985 había un promedio de 918 estudiantes por facultad de Derecho, mientras que en el 2015 el promedio era de 182. En 1985 la mayoría de las escuelas de Derecho contaba con más de 400 estudiantes, mientras que en el 2015 la mayoría de las escuelas de Derecho tenía menos de 80 estudiantes.

El éxito de la mayoría de estas instituciones privadas radica, principalmente, en ofrecer programas con una duración más corta; en horarios diversos (incluyendo turnos nocturnos y de fin de semana); en varias modalidades (incluyendo la modalidad abierta y en línea); con materias más prácticas; orientándose a atraer también alumnos no convencionales. Además, estas instituciones suelen estar ubicadas en lugares de fácil acceso o cercanos a grandes centros de trabajo, o en localidades donde anteriormente había pocas o nulas oportunidades de educación superior. Para acceder a sus programas solo se requiere haber concluido el bachillerato y pagar la colegiatura o matrícula, que generalmente es de precio asequible¹³.

Este crecimiento tanto en el número de instituciones de educación superior que ofrecen la licenciatura en Derecho como en el número de estudiantes ha tenido impacto, como no podía ser de otra manera, en el número de abogados y abogadas habilitados para ejercer la profesión jurídica. A diferencia de lo que sucede en otros países, en México para estar habilitado para ejercer como abogado o abogada el único requisito es graduarse de una institución de educación superior con autorización para expedir un título oficial y, posteriormente, realizar un trámite administrativo de registro de dicho título ante la Dirección General de Profesiones de la Secretaría de Educación Pública, la cual emite un documento denominado “cédula profesional”, que habilita para ejercer como abogado o abogada.

Aunque no existe una fuente confiable sobre el número de personas que ejercen la profesión jurídica ni en qué áreas lo hacen, lo que sí podemos saber es el número de cédulas profesionales que se expiden cada año. Mientras que en 1985 se otorgaron 3549 cédulas a titulados de la

¹³ Pérez Hurtado, “The Legal Profession in Mexico/La profesión jurídica en México”, 16.

licenciatura en Derecho, en el 2015 se expidieron 33.631. Esto equivale a un crecimiento del 848% en el número de cédulas profesionales que se han expedido anualmente durante los últimos treinta años¹⁴.

Este crecimiento de escuelas de Derecho, estudiantes, y abogados y abogadas habilitados para ejercer la profesión jurídica plantea algunas interrogantes en relación con el respeto a los derechos de personas, pueblos y comunidades indígenas. En especial quisiéramos centrarnos en la que nos parecen más relevante y que tiene que ver con qué tan pertinente es la formación que reciben los futuros abogados y abogadas para el contexto en el que ejercen, sobre todo en relación con la sensibilidad y el conocimiento necesario para defender adecuadamente esos derechos.

La pertinencia de la educación jurídica en relación con los derechos de personas, pueblos y comunidades indígenas

Cuando hablamos de pertinencia en la educación jurídica nos referimos a que las escuelas de Derecho ofrezcan a sus estudiantes la formación en conocimientos y el desarrollo de habilidades mínimas necesarias para ejercer adecuadamente la profesión jurídica en el contexto en el que se inserten profesionalmente.

En este sentido, al referirnos a la pertinencia de la educación jurídica en relación con el pluralismo jurídico podríamos distinguir dos niveles: un primer nivel adecuado para “contextos no indígenas”, es decir, contextos alejados geográficamente de las comunidades indígenas o donde exista un porcentaje pequeño de población indígena; un segundo nivel adecuado para “contextos indígenas”, es decir, en el contexto de una comunidad indígena o donde exista un alto porcentaje de población indígena.

En principio, la diferencia de ambos contextos radicará en la menor o mayor incidencia de casos en los que tengan participación personas, pueblos o comunidades indígenas y, por lo tanto, donde sean en mayor o menor medida aplicables disposiciones normativas de derecho propio o

¹⁴ Pérez Hurtado, “The Legal Profession in Mexico/La Profesión Jurídica en México”; los datos completos y actualizados hasta 2016 pueden verse en CEEAD, “Cédulas profesionales expedidas a egresados de la licenciatura en Derecho en sus distintas denominaciones 1945-2016” (Monterrey, 2019), http://www.ceedad.org.mx/infografia_cp.html.

normas que reconozcan derechos a las personas, los pueblos o comunidades indígenas. En todo caso, en un país como México, donde alrededor de 26 millones de personas se consideran indígenas (aproximadamente el 21,5% de la población)¹⁵, es insostenible pensar en un tercer contexto en que lo indígena esté completamente ausente y en que, por lo tanto, no sea necesario formar en conocimiento y en el desarrollo de habilidades para enfrentar casos en los que sean aplicables disposiciones de derecho propio o normas que reconozcan derechos a favor de pueblos, personas y comunidades indígenas. Es decir que, en el peor de los casos, las escuelas de Derecho deberían preocuparse y ocuparse de desarrollar en sus estudiantes cuando menos un nivel mínimo de conocimientos y habilidades para enfrentar este tipo de casos.

En contextos no indígenas la importancia de introducir en la formación de futuros abogados y abogadas conocimientos básicos de pluralismo jurídico radica, por un lado, en el hecho de que incluso en las principales zonas urbanas la presencia de personas indígenas es considerable. Aunque los datos del Consejo Nacional de Población (Conapo) reflejan que en las entidades federativas donde se ubican los principales centros urbanos de México (Ciudad de México, Guadalajara y Monterrey) el porcentaje de población indígena promedio es del 1%^[16], un dato que suele pasar desapercibido es que estas ciudades se ubican entre las de mayor crecimiento de población indígena en los últimos años, debido a los importantes flujos migratorios de personas indígenas que reciben. Por ejemplo, en el caso de Nuevo León –entidad federativa donde se ubica la ciudad de Monterrey–, aunque es un estado donde no existe población indígena originaria, desde la última década del siglo pasado y lo que llevamos de este, es una de las entidades federativas de mayor crecimiento de población indígena del país.

Mientras este fenómeno continúe –y no parece haber datos que indiquen lo contrario– será cada vez más importante y relevante para las escuelas de Derecho que se ubiquen en contextos no indígenas el que, cuando menos, proporcionen una formación mínima en pluralismo

¹⁵ Consejo Nacional de Población, “Infografía Población Indígena”, *Población Indígena* (Ciudad de México: Conapo, 2016), https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/121653/Infografia_INDIFINAL_FINAL_08082016.pdf.

¹⁶ *Ibíd.*

jurídico a los futuros abogados y abogadas. La posibilidad de que los abogados y abogadas que operen en estos contextos intervengan en casos en los que tenga participación una persona indígena será cada vez mayor.

Por otro lado, la relevancia de que las escuelas de Derecho brinden este tipo de formación a sus estudiantes radica en que muchos de los abogados y abogadas que operan en estos contextos prestarán servicios jurídicos a gobiernos y empresas que intervengan en casos en los que tenga aplicación el derecho a la consulta de los pueblos indígenas, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

Un ejemplo de ello es la relevancia que está teniendo el derecho a la consulta en proyectos del sector energético. En el 2013 se aprobó una importante reforma constitucional y legal en relación con el sector energético, que amplió las posibilidades de participación de la iniciativa privada en este sector. Los principales despachos de abogados y abogadas del país han abierto áreas de práctica en materia energética y muchas empresas han incursionado en este sector a partir de la reforma. Sin embargo, ha sido precisamente este sector uno de los más problemáticos para los derechos de los pueblos y comunidades indígenas que se ubican en territorios afectados por proyectos de infraestructura energética. La razón en buena medida ha sido la falta de conocimiento o interés de cumplir con las obligaciones que el Estado mexicano ha asumido en el ámbito internacional respecto del derecho de los pueblos y comunidades indígenas de ser consultados sobre cualquier proyecto que les afecte.

Dada la situación descrita, no es difícil encontrar en México noticias sobre cómo el incumplimiento de esta obligación ha frenado o está frenando diversos proyectos de infraestructura energética¹⁷, e incluso algunas que apuntan a que está desincentivando la inversión privada en el sector¹⁸. En todo caso, el problema no es, desde luego, el derecho a la consulta, sino la falta de conocimiento, en el mejor de los casos, o el desinterés, en el peor, de autoridades y empresas para cumplir con esa obligación. Esto mostraría el pobre papel que están teniendo los abogados y abogadas que representan al Gobierno y a las empresas involucradas

¹⁷ Karina Tamayo, “México no consulta a las comunidades indígenas”. *Animal Político*, 2016, <https://www.animalpolitico.com/inteligencia-publica/mexico-no-consulta-comunidades/>.

¹⁸ Karol García, “Falta de reglas en consulta indígena inhibe inversiones”, *El Economista*, 2017.

en asegurar el cumplimiento de esta obligación. Y en última instancia habla de una falta de conocimiento o de sensibilidad hacia los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, de las que las escuelas de Derecho son corresponsables.

Hablar de pertinencia de la educación jurídica en contextos indígenas tiene mayores implicaciones. Para abogados y abogadas que operarán en estos contextos un conocimiento básico de pluralismo jurídico es importante, pero no suficiente, ya que es en estos contextos en los que suele presentarse en relación con cada caso una interacción mayor entre normas del sistema jurídico estatal y de los sistemas normativos de las comunidades. Esto requiere una formación adecuada de abogados y abogadas desde el paradigma del pluralismo jurídico, pero también incluso un mayor conocimiento de los sistemas normativos de los pueblos y comunidades indígenas que se ubican en el entorno en el que se desempeñarán profesionalmente.

En principio pudiera pensarse que aquellas escuelas de Derecho que se ubican en contextos indígenas procurarían incorporar en sus planes de estudios contenidos más pertinentes para ese contexto, sin embargo, esto normalmente no ocurre. Lo más común, por el contrario, es que los contenidos de los planes de estudio de la licenciatura en Derecho tiendan a ser muy similares, con independencia del contexto en el que se encuentre la escuela de Derecho¹⁹. Y normalmente los planes de estudio de licenciaturas en Derecho en México no contienen materias relacionadas con pluralismo jurídico o con derechos de personas, pueblos y comunidades indígenas.

Esto representa un problema de mayor magnitud si tenemos en cuenta que en los últimos años han sido zonas no urbanas, donde suelen encontrarse asentadas las comunidades indígenas, las que se ha registrado un mayor crecimiento de escuelas de Derecho. En el 2007, aproximadamente el 80% de la matrícula de Derecho se concentraba en zonas urbanas, y sobresalían el entonces Distrito Federal (29,2%), Guadalajara (7,9%) y Monterrey (5,5%). Sin embargo, de la información proporcionada por

¹⁹ Ana Laura Magaloni, “Cuellos de botella y ventanas de oportunidad en la reforma a la educación jurídica de élite en México”, en *Del gobierno de los abogados al imperio de las leyes: estudios sociojurídicos sobre educación y profesión jurídicas en el México contemporáneo*, editado por Héctor Fix-Fierro (Ciudad de México: III-UNAM, 2006); Pérez Hurtado, *La futura generación de abogados mexicanos*.

Pérez Hurtado se advierte que en el periodo 1997-2007 la matrícula de Derecho en zonas no urbanas tuvo un mayor crecimiento que en zonas urbanas. En ese periodo la matrícula en zonas urbanas creció el 27,4%, es decir, un crecimiento de apenas el 9,1% más respecto del crecimiento poblacional de ellas, que fue de 18,3% en ese mismo periodo. En contraste, en ese mismo periodo en las zonas no urbanas se registró un crecimiento de la matrícula del 135,8%, esto es 127,6% más que el crecimiento de la población en esas zonas, que en ese periodo fue de apenas el 8,2%^[20]. Además, es importante destacar que cuatro de las diez entidades federativas donde hay más escuelas de Derecho (Chiapas, Veracruz, Puebla y Estado de México) se encuentran también dentro de las diez entidades federativas con mayor número de población indígena²¹.

Lo anterior muestra una creciente demanda de la carrera de Derecho en zonas no urbanas, lo cual genera la necesidad de abrir mayores opciones para atenderla. En las zonas no urbanas es donde suelen presentarse peores condiciones de desarrollo económico y social, y, en buena medida por ello, donde suelen presentarse un gran número de injusticias. Si relacionamos esto con el alto porcentaje de estudiantes que deciden estudiar a raíz de haber sufrido o ser testigos cercanos de una injusticia y con el alto porcentaje de alumnos que estudian Derecho con la finalidad de mejorar su condición social y económica y ayudar a los demás²², no es de extrañar la creciente demanda de instituciones que ofrezcan el programa de Derecho en las zonas no urbanas²³.

Esta mayor demanda ha venido a ser cubierta por instituciones privadas en mayor medida que por las públicas. La realidad histórica de la educación jurídica en México hace suponer razonablemente que las nuevas escuelas de Derecho que se han venido estableciendo en contextos

²⁰ Pérez Hurtado, *La futura generación de abogados mexicanos*, 62-63.

²¹ CEEAD, "Las escuelas de Derecho en México. Ciclo académico 2018-2019"; Consejo Nacional de Población, "Infografía Población Indígena".

²² Pérez Hurtado, *La futura generación de abogados mexicanos*, 87-11.

²³ Eduardo Román González y Cecilia Martínez González, "La enseñanza del Derecho desde una perspectiva intercultural: el proyecto de licenciatura en Derecho con enfoque intercultural", en *Pasos hacia una revolución en la enseñanza del Derecho en el sistema romano-germánico*, editado por Enrique Cáceres (Ciudad de México: III-UNAM, 2016), <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4296/12.pdf>.

indígenas no se han preocupado necesariamente por establecer contenidos pertinentes para dichos contextos.

Se trata de un fenómeno que en su momento advertimos incluso en escuelas de Derecho con un claro enfoque a la atención de población indígena. Así, por ejemplo, de una investigación realizada por el CEEAD en la Universidad Comunitaria de San Luis Potosí (Unicom, hoy Universidad Intercultural de San Luis Potosí), se advirtió que, en su plan de estudios, el 80% de las materias correspondía a distintas ramas del Derecho, pero que de ellas únicamente dos se encontraban enfocadas en el derecho de los pueblos indígenas²⁴. En este caso, el plan de estudios no correspondía a las necesidades del mercado laboral en donde los egresados de estas universidades suelen insertarse, porque no brindaba una preparación sólida en el conocimiento y operación de los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas, pertinente para ese contexto.

De lo anterior podemos concluir que la educación jurídica mexicana en términos generales no ha sido pertinente para la población indígena. Las escuelas de Derecho mexicanas que están formando abogados y abogadas tanto en contextos indígenas como no indígenas no han dotado de los conocimientos, habilidades y actitudes necesarias para participar en casos en los que sean aplicables sistemas normativos comunidades y derechos de personas indígenas.

Deberes legales en relación con la educación indígena

Más allá de la pertinencia de los conocimientos en pluralismo jurídico para la población indígena y no indígena, en el sistema jurídico mexicano existen deberes legales que exigen al Estado ofrecer una formación jurídica armonizada con los sistemas jurídicos indígenas, con el fin de garantizar el acceso a la justicia de estas poblaciones. Presentaremos brevemente las normas de derecho internacional, constitucional, legal y administrativo que en este tema deben servir como pauta para la educación jurídica en México.

²⁴ CEEAD, “Lineamientos para el fortalecimiento de las capacidades de las universidades indígenas en México en la formación de operadores de sistemas de justicia locales” (Monterrey, 2010), 13, www.ceedad.org.mx.

En el marco jurídico internacional resultan relevantes, en primera instancia, los siguientes tratados internacionales: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁵ (PIDESC) y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador)²⁶. El PIDESC reconoce en su artículo 13 el derecho de toda persona a la educación, la cual debe estar orientada al desarrollo de la personalidad humana y las libertades fundamentales, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos y religiosos. Algo muy similar se encuentra reconocido en el artículo 13 del Protocolo de San Salvador.

Por otra parte, el artículo 15 del PIDESC reconoce el derecho de las personas a participar en la vida cultural y la obligación de los Estados de adoptar medidas para la conservación, el desarrollo y la difusión de la cultura. Lo anterior se encuentra recogido en términos prácticamente idénticos en el artículo 14 del Protocolo de San Salvador. En relación con el respeto a las diversas manifestaciones culturales, el artículo 27 del PIDCP establece que a quienes pertenezcan a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas no se les podrá negar el derecho a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a utilizar su propio idioma.

Aunque no es un tratado internacional, también resulta de enorme relevancia la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertencientes a Minorías Nacionales, Étnicas, Religiosas y Lingüísticas²⁷, en la que se destacan los artículos 1.º y 4.4. El primero de ellos hace referencia a la obligación de los Estados de proteger la existencia y la identidad nacional o étnica, cultural, religiosa y lingüística de las minorías dentro de sus respectivos territorios. El segundo precepto establece

²⁵ Ambos pactos fueron suscritos en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966. México se adhirió a ellos el 23 de marzo de 1981.

²⁶ Suscrito en San Salvador, el 17 de noviembre de 1988. Ratificado por México el 16 de abril de 1996. La Convención Americana sobre Derechos Humanos se suscribió el 22 de noviembre de 1969 en San José (Costa Rica). Fue ratificada por México el 24 de marzo de 1981.

²⁷ Aprobada por la Asamblea General de las Organización de las Naciones Unidas (ONU), en su Resolución 47/135, del 18 de diciembre de 1990.

también una obligación a cargo de los Estados que consiste en adoptar medidas en el ámbito educativo a fin de promover el conocimiento de la historia, las tradiciones, el idioma y la cultura de las minorías que existen en su territorio.

Por otra parte, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas²⁸ reconoce en su artículo 5.º el derecho de los pueblos indígenas de conservar sus instituciones culturales. Además, en su artículo 11 contiene el derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales, lo cual incluye el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, objetos, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literarias. Así mismo, el artículo 13 se refiere al derecho de los pueblos indígenas a revitalizar, utilizar, fomentar y transmitir a las generaciones futuras sus historias, idiomas, tradiciones orales, filosofías, sistemas de escritura y literaturas, y a atribuir nombres a sus comunidades, lugares y personas, así como a mantenerlos.

En el ámbito educativo esa declaración reconoce el derecho de los pueblos indígenas a establecer y controlar sus propios sistemas e instituciones docentes que impartan educación en sus idiomas, en consonancia con sus métodos culturales de enseñanza y aprendizaje, así como a acceder sin discriminación a todos los niveles y formas de educación. Por otra parte, el artículo 15 establece el derecho de los pueblos indígenas a que la dignidad y diversidad de sus culturas, tradiciones, historias y aspiraciones queden debidamente reflejadas en la educación y la información pública.

En este mismo orden de ideas encontramos la Declaración Universal de la Unesco sobre la Diversidad Cultural²⁹, la cual reconoce en su artículo primero que la diversidad cultural es tan necesaria para el género humano como la diversidad biológica para los organismos vivos, constituyendo un patrimonio común de la humanidad y, por lo tanto, debe ser reconocida y consolidada en beneficio de las generaciones presentes y futuras. En tanto el artículo segundo establece que ante la realidad de

²⁸ Aprobada por la Asamblea General de la ONU, en su Resolución 61/295, del 13 de septiembre del 2007.

²⁹ Adoptada por la Conferencia General de la Unesco el 2 de noviembre del 2001.

sociedades cada vez más diversificadas, resulta indispensable garantizar la interacción armoniosa y la voluntad de convivir de personas y grupos con identidades culturales plurales, variadas y dinámicas. Por ello, las políticas de los Estados deben favorecer el pluralismo cultural, que constituye la respuesta política al hecho de la diversidad cultural y es propicio para los intercambios culturales y el desarrollo de las capacidades creadoras que alimentan la vida pública.

Adicionalmente, en el anexo de esta declaración, los Estados firmantes se comprometen a tomar medidas encaminadas a la consecución de una serie de objetivos, entre los que se encuentran salvaguardar el patrimonio lingüístico y fomentar la diversidad lingüística –respetando la lengua materna– en todos los niveles de enseñanza, así como alentar, a través de la educación, una toma de conciencia del valor positivo de la diversidad cultural y mejorar en ese sentido la formulación de los programas escolares y la formación de los docentes. Para ello se estima necesario incorporar al proceso educativo, tanto como se requiera, métodos pedagógicos tradicionales, con el fin de preservar y optimizar métodos culturalmente adecuados para la comunicación y la transmisión del saber.

En particular, en relación con la educación superior, resulta también relevante la Declaración Mundial sobre la Educación Superior en el Siglo XXI: Visión y Acción³⁰. El artículo 3.º, inciso *d*, de esta declaración establece que se debe facilitar activamente el acceso a la educación superior de los miembros de los pueblos indígenas y de las minorías culturales y lingüísticas, puesto que esos grupos, tanto colectiva como individualmente, pueden poseer experiencias y talentos valiosos para el desarrollo de las sociedades y naciones. Por otra parte, el artículo 6.º, inciso *a*, hace referencia a la necesidad de que la educación superior sea pertinente, es decir, que exista una adecuación entre lo que la sociedad espera de las IES y lo que éstas hacen. Por su parte, el inciso *b* del mismo artículo dispone que la educación superior debe reforzar sus funciones de servicio a la sociedad, mediante un planteamiento interdisciplinario y transdisciplinario para analizar los problemas y cuestiones planteados.

³⁰ Suscrita en París, Francia, el 9 de octubre de 1998 por la Conferencia Mundial sobre la Educación Superior convocada por la Unesco.

Un tratado internacional que merece una especial mención es el Convenio n.º 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes³¹, ya que en él se reconocen una serie de derechos de los pueblos indígenas, correlativos de obligaciones estatales, relacionados con el respeto a la cultura y el fomento de la educación.

En primer lugar, el artículo 2.2, inciso *b*, establece la obligación a cargo de los Estados de promover la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales de estos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres, tradiciones e instituciones.

En el ámbito de la formación profesional de los integrantes de los pueblos indígenas, son de especial relevancia los artículos 21 y 22.2. El primero de ellos establece que los miembros de los pueblos interesados deberán disponer de medios de formación profesional por lo menos iguales a los de los demás ciudadanos. El segundo dispone que cuando los programas de formación profesional de aplicación general a todos los ciudadanos existentes no respondan a las necesidades específicas de los pueblos interesados, los gobiernos deberán asegurar que se pongan a su disposición programas y medios especiales de formación.

De este último precepto se deriva un mandato claro para que los países desarrollen programas de formación profesional *ad hoc* a las diversas realidades que viven los pueblos indígenas, cuando la oferta educativa existente en dichos contextos no sirva para satisfacer sus necesidades de formación. En este contexto se inserta el programa de estudios conocido como Licenciatura en Derecho con Enfoque Intercultural (LEDEI), que busca ofrecer un programa culturalmente pertinente para el contexto en el que se imparte, además de considerar aspectos ignorados en la enseñanza tradicional del derecho, como los sistemas normativos de los pueblos indígenas y la interdisciplinariedad en los estudios del Derecho, entre otros aspectos.

En materia educativa, el Convenio n.º 169 estipula en su artículo 26 que los Estados deben adoptar las medidas necesarias para garantizar que los miembros de los pueblos interesados accedan a educación en todos

³¹ Suscrito el 27 de junio de 1989 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su septuagésima sexta reunión. Fue ratificado por México el 5 de septiembre de 1990.

los niveles, por lo menos en pie de igualdad que el resto de la comunidad nacional. El artículo 27 establece que los programas y servicios de educación destinados a los pueblos interesados deben desarrollarse y aplicarse en cooperación con éstos a fin de responder a sus necesidades particulares y deberán abarcar su historia, conocimientos y técnicas, sistemas de valores y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales. El artículo 28, en sus párrafos 2 y 3, hace un particular énfasis en materia lingüística, señalando por un lado que deberá asegurarse a los pueblos la oportunidad de aprender las lenguas oficiales del país, a la vez que deberán tomarse medidas para preservar sus lenguas y promover el desarrollo y la práctica de éstas.

Resulta también de enorme relevancia el artículo 29 del Convenio, que señala como objetivo de la educación de los niños de los pueblos indígenas el impartirles conocimientos generales y aptitudes que les ayuden a participar plenamente y en condición de igualdad en la vida de su propia comunidad y de la comunidad nacional.

Además, forman parte de este marco jurídico internacional para fundamentar la existencia de la LEDEI el amplio conjunto de normas internacionales que establecen el derecho a la igualdad y prohíben toda forma de discriminación por motivos raciales, étnicos, lingüísticos, etc. Entre esas normas podemos mencionar los artículos 2, 3 y 26 del PIDCP; 2 y 3 del PIDESC; 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como algunos tratados que específicamente se enfocan a establecer disposiciones para prevenir, eliminar y sancionar distintas formas de discriminación, entre los que se destaca la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial³².

Por último, también son relevantes en el ámbito internacional algunos antecedentes de esfuerzos para crear opciones de educación superior pertinentes a los pueblos y comunidades indígenas (*vid.* González, 2012). En este sentido encontramos que el punto 25 de la Carta de la Tierra de los Pueblos Indígenas³³ establece que los pueblos indígenas deberán tener derecho a su propio conocimiento, lenguaje y educación apropiada a su cultura, incluyendo educación bicultural y bilingüe,

³² Suscrita en Nueva York el 7 de marzo de 1966. Ratificada por México el 20 de febrero de 1975.

³³ Adopta en la Conferencia de Kari-Oca, Brasil el 30 de mayo de 1992.

garantizando la participación de la familia y de la comunidad. También hay que destacar la iniciativa del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe para crear la Universidad Indígena Intercultural³⁴.

Este conjunto de derechos de los que son titulares los pueblos indígenas y sus miembros en lo individual constituyen parámetros infranqueables que el Estado debe garantizar en toda su actividad, incluida la que realice en el ámbito educativo. Además, representan un enorme bagaje de prerrogativas que es necesario que los pueblos indígenas y sus integrantes conozcan en profundidad y sepan utilizar para su defensa y la de sus intereses. En este sentido, estas normas del marco jurídico internacional no solo sirven para dar sustento jurídico al programa LEDEI, sino también para determinar algunos de sus contenidos específicos, pues se trata de un ámbito del derecho esencial para los que ejercen profesionalmente en interacción con pueblos indígenas.

En el ámbito constitucional, consideramos pertinentes los artículos 1.º, 2.º, 3.º y 4.º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), que establecen el carácter plural de la nación mexicana, el derecho a la educación, el derecho fundamental a la educación y el carácter preponderante de los tratados internacionales de derechos humanos.

En efecto, uno de los primeros elementos que encontramos en la CPEUM es el derecho fundamental a la educación, garantizado por el artículo 3.º. Conforme a este precepto constitucional, la educación que imparta el Estado debe seguir y respetar una serie de lineamientos, algunos de los cuales guardan una estrecha relación con el programa que aquí se propone. Así mismo, la educación que se imparta en México debe partir de la realidad reconocida en el artículo 2.º de la CPEUM, de que somos una nación que tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. Por ello, debe ser una educación que no solo reconozca ese carácter pluricultural, sino que además permita que los procesos educativos se nutran de la riqueza de los saberes, sistemas normativos, diversidad étnica y lingüística que son característicos de las diversas culturas que convergen en México.

³⁴ *Vid.*: www.fondoindigena.org/uii.shtml.

El mismo artículo 2.º de la CPEUM impone un claro mandato a las autoridades de todos los órdenes de gobierno para garantizar a los pueblos indígenas el acceso a la educación, el incremento en los niveles de escolaridad de sus miembros, favoreciendo la educación bilingüe e intercultural, la alfabetización, así como la conclusión de la educación básica, media superior y superior y la capacitación productiva. Deben establecerse sistemas de becas para que estudiantes indígenas accedan a la educación en todos los niveles y, lo que aquí es más importante, deben definirse y desarrollarse programas educativos de contenido regional que reconozcan la herencia cultural de los pueblos indígenas, impulsando el respeto y reconocimiento de las diversas culturas existentes en la nación (artículo 2.º, apartado B, fracción II, CPEUM). El anterior precepto se relaciona con el artículo 4.º de la propia Constitución, que en su penúltimo párrafo establece el derecho de toda persona al acceso a la cultura y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia, así como el de ejercer sus derechos culturales. De este artículo también se desprende un mandato de que el Estado promueva los medios para la difusión y desarrollo de la cultura, atendiendo a la diversidad de la cultura en todas sus expresiones con pleno respeto a la libertad creativa, debiendo establecerse en la ley los mecanismos para el acceso y participación a cualquiera de sus manifestaciones.

A ello hay que agregar el papel preponderante que la reciente reforma constitucional al artículo 1.º de la CPEUM³⁵ ha dado a los tratados internacionales en materia de derechos humanos. Se trata de una reforma que hace explícita la obligación de cualquier autoridad de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Además, con esta reforma se han equiparado en jerarquía los derechos reconocidos en la Constitución con los reconocidos en tratados internacionales, debiendo ser interpretados ambos de manera armónica y progresiva, y debe priorizarse la aplicación de la cláusula más favorable a los derechos de la persona (principio propersona).

En el ámbito de las leyes mexicanas también encontramos sustento normativo para el deber de formar profesionales expertos en normatividad indígena. En primer término tenemos la Ley General de Educación³⁶,

³⁵ *Diario Oficial de la Federación* (DOF), 10 de junio del 2011.

³⁶ DOF, 13 de julio de 1993. Última reforma publicada en el DOF el 9 de abril del 2012.

que en su artículo 7.º, fracciones III y IV, establece que la educación que en México impartan el Estado y los particulares, además de las finalidades y objetivos señalados en el artículo 3.º constitucional, deberá promover la valoración de las tradiciones y particularidades culturales de las diversas regiones del país, así como el conocimiento de la pluralidad lingüística de la México y el respeto a los derechos lingüísticos de los pueblos indígenas. Dispone, además, que los hablantes de lenguas indígenas tendrán acceso a la educación preescolar, primaria y secundaria, en su propia lengua y en español.

Precisamente en materia de promoción y respeto a la diversidad lingüística de México, el Congreso de la Unión ha expedido la Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas³⁷. Esta ley, según lo expresa el artículo 1.º, tiene por objeto regular el reconocimiento y la protección de los derechos lingüísticos, individuales y colectivos de los pueblos y comunidades indígenas, así como la promoción del uso y desarrollo de sus lenguas. Asimismo se destaca el artículo 11, que establece que las autoridades educativas federales y estatales deberán garantizar que la población indígena tenga acceso a la educación obligatoria, bilingüe e intercultural, y adoptarán las medidas necesarias para que en el sistema educativo se asegure el respeto a la dignidad e identidad de las personas, independientemente de su lengua. Además, dispone que en los niveles medio y superior se fomentarán la interculturalidad, el multilingüismo y el respeto a la diversidad y los derechos lingüísticos.

Además, deben considerarse las leyes y los artículos que establecen el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación por diversos motivos, entre los que se encuentran el carácter nacional, racial, étnico y lingüístico, entre otros, y resulta de especial relevancia en México en este ámbito la Ley para Prevenir y Eliminar la Discriminación³⁸.

Para terminar, es importante señalar dos instrumentos de política pública en los que también podemos encontrar algunas disposiciones que sustentan un programa de LEDEI: el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2024, que actualmente se encuentra en etapa de elaboración para la nueva administración que inició en diciembre del 2018; y el Plan Nacional

³⁷ DOF, 13 de marzo del 2003. Última reforma publicada en el DOF el 9 de abril del 2012.

³⁸ DOF, 11 de junio del 2003. Última reforma publicada en el DOF el 9 de abril del 2012.

de los Pueblos Indígenas 2018-2024, cuyo objetivo 6.3 se refiere a impulsar la educación intercultural y comunitaria.

Programas de licenciatura pertinentes a contextos indígenas

A la luz de la complejidad de la educación en Derecho en México, pero también de la pertinencia de la educación intercultural y los deberes legales relacionados con el desarrollo de estos proyectos, en México se han comenzado a desarrollar programas de LEDEI en el ámbito del subsistema de educación superior de universidades interculturales. El objetivo de estos programas es favorecer un mayor acceso a la justicia de personas, pueblos y comunidades indígenas.

En el 2012 el CEEAD comenzó a ejecutar el proyecto “Fortaleciendo a las escuelas de Derecho indígenas para que impulsen el desarrollo de sus comunidades”. Dicho proyecto contó con el financiamiento principal de la Unión Europea y con el apoyo de la Coordinación General de Educación Intercultural y Bilingüe (CGEIB) de la Secretaría de Educación Pública, de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (CDI) y de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH).

Durante tres años, de la mano de un grupo de trabajo interdisciplinario e interinstitucional, integrado por expertos en pluralismo jurídico, antropología, sociología, derechos de los pueblos indígenas y educación intercultural, entre otros, se trabajó en el diseño de la propuesta de LEDEI. El objetivo de la propuesta del programa LEDEI quedó definido por el grupo de trabajo en los siguientes términos: “[...] formar profesionales del Derecho con una educación jurídica integral e interdisciplinaria, que contribuyan al reconocimiento y ejercicio del pluralismo normativo, en la realidad pluricultural de México, bajo la perspectiva de la interculturalidad y la interlegalidad”³⁹.

La perspectiva intercultural del programa quedó plasmada en dos ámbitos. Por un lado, el mapa curricular incluye unidades de aprendizaje que forman al estudiante en el pluralismo normativo, es decir, abarca

³⁹ CEEAD, “Fortaleciendo a las escuelas de Derecho indígenas para que impulsen el desarrollo de sus comunidades. Propuesta de licenciatura en Derecho con enfoque intercultural” (Monterrey, 2015), 41.

contenidos referentes a los sistemas jurídicos nacional e internacional, así como a los de los pueblos existentes en su ámbito geográfico. De esta manera se busca que el estudiante indígena conozca el ordenamiento nacional, que probablemente conozca menos que el de la comunidad a la que pertenezca, pero que también le resulta aplicable; en tanto que el estudiante no indígena llegará a conocer los pormenores de los sistemas normativos de los pueblos indígenas presentes en su entorno.

Para lograr lo anterior, en la propuesta se expresa la necesidad de partir de la concepción de que los ordenamientos jurídicos nacional, internacional y de las comunidades indígenas se conciben como componentes de un mismo sistema jurídico y no como disposiciones diversas y aisladas. A partir de esta noción, se admite que entre ellos existen, necesariamente, puntos de conexión y potenciales conflictos, por los que el programa busca dotar a los estudiantes de los conocimientos conceptuales y las competencias profesionales necesarias para saber identificarlos, prevenirlos y, en su caso, solucionarlos.

Por otro lado, el segundo ámbito en el que se manifiesta la perspectiva intercultural es el enfoque de pluralismo jurídico con que se sugiere que el profesor imparta sus cursos, y que deberá estar presente de manera transversal en todo el programa. Esto implica que, idealmente, un porcentaje cercano al 50% de los casos y problemas analizados en clases se obtenga de la experiencia de vinculación con la comunidad, es decir, problemas jurídicos reales en el entorno de cada universidad, como, por ejemplo, la defensa de los territorios o la defensa penal de personas pertenecientes a pueblos indígenas ante instancias estatales, entre otros. Se propone asimismo que cada caso y problema estudiado en clase, ya sea real o hipotético, pueda ser analizado, de preferencia, a la luz de los distintos sistemas normativos que convergen en el entorno de la institución.

El enfoque pedagógico que se propone para este programa es el conocido como “constructivismo sociocultural”, que concibe a la educación “como un proceso en el que conocimiento se construye colectivamente, y plantea que la enseñanza tiene una dimensión social que se apoya en el marco de las experiencias del contexto donde el individuo se desenvuelve”⁴⁰. Se trata de un modelo en el que explícitamente la

⁴⁰ María de Lourdes Casillas Muñoz y Laura Santini Villar, *Universidad intercultural modelo educativo* (Ciudad de México: Coordinación General de Educación Superior y Bilingüe-Secretaría de Educación Pública, 2009), 159.

universidad es vista como un lugar de encuentro de diversas culturas, en el que cada una de ellas nutre el proceso de enseñanza aprendizaje, concibiendo a los conocimientos que provienen de cada cultura como complementarios y no como rivales o sustitutos o de mejor o peor nivel.

A partir del 2012, al menos siete universidades interculturales han adoptado la LEDEI propuesto por CEEAD⁴¹. Las universidades interculturales son universidades públicas que operan con recursos federales y de la entidad federativa correspondiente y constituyen un subsistema de educación superior dentro de la Secretaría de Educación Pública de México. Se trata de instituciones ubicadas intencionalmente en contextos indígenas. El modelo de las universidades interculturales tiene como intención educativa ofrecer programas de formación profesional innovadores, que correspondan a áreas de las que se deriven el ofrecimiento de servicios relevantes al desarrollo de los pueblos indígenas, así como nuevas perspectivas de atención a problemas emergentes. En estos programas participan docentes que toman en cuenta en el proceso de enseñanza-aprendizaje, la realidad cultural en la que se ubican los estudiantes, su arraigo y sentido de compromiso, estimulando acciones que impulsen el desarrollo de los pueblos y culturas a los que la universidad intercultural quiere que lleguen sus beneficios⁴². En la actualidad forman parte de este subsistema doce universidades⁴³.

⁴¹ En el marco del proyecto y con posterioridad a él, cinco universidades interculturales han abierto programas de licenciatura en Derecho tomando como marco de referencia la propuesta de LEDEI resultante del proyecto coordinado por el CEEAD: la Universidad Intercultural de Chiapas (<https://www.unich.edu.mx/derecho-intercultural/>), la Universidad Intercultural de Tabasco (<http://www.uiet.edu.mx/padi.php>), la Universidad Intercultural de Puebla (<http://www.uipe.edu.mx/index.php/derecho-con-enfoque-intercultural/>), la Universidad Veracruzana Intercultural (<http://www.uipe.edu.mx/index.php/derecho-con-enfoque-intercultural/>) y la Universidad Intercultural Indígena de Michoacán (<https://uiim.edu.mx/LicDerecho>). Además, la Universidad Intercultural de Sinaloa (<http://uais.edu.mx/portal/index.php/oferta-educativa/9-universidad/335-licenciatura-en-derecho>) y la Universidad Intercultural de San Luis Potosí (<http://www.uicslp.edu.mx/paginas/carreras.html>) han realizado modificaciones a sus programas de licenciatura en Derecho para adecuarlos al modelo de universidad intercultural.

⁴² Casillas Muñoz y Villar, *Universidad intercultural modelo educativo*, 151; 153.

⁴³ Estas son: Universidad Autónoma Indígena de Sinaloa, Universidad Intercultural de Chiapas, Universidad Intercultural del Estado de Tabasco, Universidad Intercultural del Estado de Guerrero, Universidad Intercultural del Estado de México, Universidad Intercultural del Estado de Puebla, Universidad Intercultural Indígena de Michoacán,

PREGUNTAS PARA REFLEXIONAR

La educación jurídica en México no ha resultado históricamente pertinente para formar abogados y abogadas competentes para la defensa de personas, pueblos y comunidades indígenas. Sin embargo, como se ha mencionado, en los últimos años se han comenzado a realizar esfuerzos para implementar programas de licenciatura en Derecho más pertinentes en este sentido. Planteamos, a partir de lo señalado, las siguientes preguntas, que pueden representar una ruta crítica para el desarrollo de futuras investigaciones:

- a. ¿En qué sentido la creación de universidades interculturales puede servir al objetivo político de fortalecer a las comunidades indígenas y en qué sentido se opone a él? En consecuencia, ¿hasta qué punto el Estado mexicano está cumpliendo con sus deberes legales en relación con la educación jurídica indígena en la actualidad?
- b. ¿Qué riesgos podrían derivarse de obligar a todos los programas de licenciatura en Derecho a incluir elementos de enfoque intercultural? ¿Deberían los miembros de comunidades indígenas ser los únicos beneficiados con el conocimiento intercultural? ¿Debería permitirse a las comunidades expedir certificaciones para litigar en sus propios sistemas y normas?
- c. ¿En qué sentido la existencia de programas de licenciatura en Derecho con enfoque intercultural puede mejorar la defensa técnica en situaciones como la del infanticidio de Beatriz? ¿Debería incluirse un enfoque de género en la educación intercultural para apreciar debidamente los riesgos y las oportunidades que se le presentan a un abogado en un caso como el de Beatriz?
- d. ¿Conoce casos de universidades o programas con enfoques interculturales en su país? ¿De qué maneras se distinguen de los desarrollos en México? ¿Son similares los deberes legales y el contexto?

Universidad Intercultural Maya de Quintana Roo, Universidad Veracruzana (Intercultural), Universidad Intercultural de San Luis Potosí, Universidad Intercultural de Hidalgo y Universidad Intercultural de Nayarit. Fuente: <https://www.ses.sep.gob.mx/interculturales.html>.

BIBLIOGRAFÍA

- Casillas Muñoz, María de Lourdes, y Laura Santini Villar. *Universidad intercultural modelo educativo*. Ciudad de México: Coordinación General de Educación Superior y Bilingüe-Secretaría de Educación Pública, 2009.
- CEEAD. “Cédulas profesionales expedidas a egresados de la licenciatura en Derecho en sus distintas denominaciones 1945-2016”. Monterrey, 2019. http://www.ceed.org.mx/infografia_cp.html.
- . “Fortaleciendo a las escuelas de Derecho indígenas para que impulsen el desarrollo de sus comunidades. Propuesta de licenciatura en Derecho con enfoque intercultural”. Monterrey, 2015.
- . “Las escuelas de Derecho en México. Ciclo académico 2018-2019”. Monterrey, 2019. http://www.ceed.org.mx/infografia_ies.html.
- . “Lineamientos para el fortalecimiento de las capacidades de las universidades indígenas en México en la formación de operadores de sistemas de justicia locales”. Monterrey, 2010. www.ceed.org.mx.
- Consejo Nacional de Población. “Infografía Población Indígena”. *Población Indígena*. Ciudad de México: Conapo, 2016. https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/121653/Infografia_INDI_FINAL_08082016.pdf.
- García, Karol. “Falta de reglas en consulta indígena inhibe inversiones”. *El Economista*, 2017.
- Gutiérrez Chong, Natividad y Luz María Valdés. *Ser indígena en México. Raíces y derechos*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2016. <http://www.librooa.unam.mx/handle/123456789/447>.
- Magaloni, Ana Laura. “Cuellos de botella y ventanas de oportunidad en la reforma a la educación jurídica de élite en México”. En *Del gobierno de los abogados al imperio de las leyes: estudios sociojurídicos sobre educación y profesión jurídicas en el México contemporáneo*, editado por Héctor Fix-Fierro. Ciudad de México: IIJ-UNAM, 2006.
- Maldonado, Alma. “Los organismos internacionales y la educación en México. El caso de la educación superior y el Banco Mundial”. *Perfiles Educativos* 22, n.º 87 (2000): 51-75. <http://www.scielo.org.mx/pdf/peredu/v22n87/v22n87a4.pdf>.
- OECD. “Mexico”, en *Education at a Glance 2018: OECD Indicators*. Paris: OECD Publishing, 2018. <https://doi.org/10.1787/eag-2018-58-en>.
- Pérez Hurtado, Luis Fernando. *La futura generación de abogados mexicanos: Estudio de las escuelas y los estudiantes de Derecho en México*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.

- . “The Legal Profession in Mexico/La Profesión Jurídica en México”. Documentos de Trabajo. Monterrey, 2017. <http://www.ceed.org.mx/documentos-de-trabajo.html>.
- Primera Sala de la SCJN, Amparo Directo 120/2012, el 22 de enero del 2014. La versión electrónica de la sentencia fue consultada en: www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/1/2012/1/2_138452_1794.doc.
- Primera Sala de la SCJN, Tesis de Jurisprudencia 1a./J. 59/2013, Personas indígenas. Su protección especial a cargo del estado surge a partir de la autodescripción del sujeto a una comunidad indígena o de la evaluación oficiosa de la autoridad ministerial o judicial ante la sospecha fundada de que el inculcado pertenece a aquélla, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 1, diciembre del 2013, Tomo I, p. 287, registro n.º 2005032.
- Román González, Eduardo. “Derechos indígenas y sistema penal acusatorio”. *Revista del Poder Judicial del Estado de Nuevo León*, n.º 2 (2017): 167-85. <https://www.pjenl.gob.mx/Publicaciones/Revistas/2017/RevistaIgualdadGenero02/index.html>.
- Román González, Eduardo. “Derechos indígenas y sistema penal acusatorio”. *Revista del Poder Judicial del Estado de Nuevo León*, n.º 2 (2017): 167-85. <https://www.pjenl.gob.mx/Publicaciones/Revistas/2017/RevistaIgualdadGenero02/index.html>.
- Román González, Eduardo y Cecilia Martínez González. “La enseñanza del Derecho desde una perspectiva intercultural: el proyecto de licenciatura en Derecho con enfoque intercultural”, en *Pasos hacia una revolución en la enseñanza del Derecho en el sistema romano-germánico*, editado por Enrique Cáceres. Ciudad de México: IIJ-UNAM, 2016. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4296/12.pdf>.
- Tamayo, Karina. “México no consulta a las comunidades indígenas”. *Animal Político*, 2016. <https://www.animalpolitico.com/inteligencia-publica/mexico-no-consulta-comunidades/>.

CAPÍTULO VIII

TENSIONES EN LA REGULACIÓN DE LOS HONORARIOS DE LOS ABOGADOS*

SERGIO IVÁN ANZOLA RODRÍGUEZ

INTRODUCCIÓN

Muchas de las críticas a los abogados, camufladas en los chistes que proliferan sobre la profesión, tienen como fin denunciar la avaricia de los abogados y su afán por lucrarse de los problemas de otros¹. La crítica puede ser un síntoma de múltiples fenómenos. Hay casos en los que podría decirse que hay robo por parte del abogado: el abogado cobra honorarios, no realiza la tarea encomendada y además se esconde del cliente, o el abogado se queda con dineros o bienes que son propiedad del cliente. También ocurre que los abogados, con el fin de cobrar sus honorarios, retienen de manera ilegal algún dinero o documento del cliente con el fin de extorsionarlo. Hay abogados que se aprovechan del cliente y cobran mucho más de lo debido. En otras ocasiones la crítica expresa no una actuación indebida del abogado, sino una dificultad del cliente en valorar o cuantificar el servicio prestado por el abogado. En últimas, el conflicto en torno a los honorarios refleja la tensión entre el ejercicio del derecho fundamental al acceso a la justicia y el hecho de que dicho acceso a la justicia se garantiza a través de servicios que se ofrecen en un mercado poco regulado.

* Para citar: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.421>

¹ Marc Galanter, *Lowering the Bar Lawyer Jokes and Legal Culture* (Madison, Wis: University of Wisconsin Press, 2005).

La sentencia C-609 del 2012 de la Corte Constitucional colombiana: víctimas sin abogados

En el año 2011 el Congreso de Colombia aprobó la Ley 1448, la cual establece medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno. Una de las medidas busca facilitar el acceso de las víctimas a abogados que las representen en el proceso penal o en demandas ante la jurisdicción contencioso-administrativa cuando el Estado colombiano haya fallado en su deber de proteger la vida, la honra y los bienes de los ciudadanos.

La medida concreta con la cual se pretende garantizar el acceso de las víctimas a un abogado y, por ende, a la administración de justicia es la siguiente: cuando las víctimas quieran interponer una acción de tutela (lo que en otros países se conoce como acción o demanda de amparo) o cuando quieran acudir a la justicia contencioso-administrativa con el fin de obtener una reparación o indemnización por el daño sufrido, los abogados que las representen en el proceso no podrán, en ningún caso, recibir, pactar o acordar honorarios que superen los dos salarios mínimos legales mensuales vigentes, en el caso de las acciones de tutela, o de 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes ante la jurisdicción contencioso-administrativa, incluyendo la suma que sea acordada como cuota de éxito, *cuota litis*, o porcentaje del monto decretado a favor de la víctima por la autoridad judicial. Todo esto sin importar que se trate de uno o varios apoderados e independientemente de que sea un proceso judicial que reúna a varias víctimas.

En concreto, lo que buscaba la medida era poner un tope a los montos que podían pactar y recibir los abogados con el fin de abaratar los servicios legales y hacerlos más accesibles a las víctimas del conflicto armado interno las cuales, en su mayoría, no tienen recursos económicos suficientes para pagar honorarios muy altos. A través de los topes a los honorarios se buscaba relativizar el poder de negociación de los abogados fruto de la asimetría de información entre ellos y sus clientes.

El artículo que establecía esta medida fue demandado ante la Corte Constitucional colombiana mediante una acción de inconstitucionalidad². En opinión del demandante, dicha medida violaba el derecho a la

² Corte Constitucional colombiana, sentencia C-609, 2012, MP: Jorge Iván Palacio.

igualdad de los abogados administrativistas que litigaban contra el Estado colombiano, pues, en su criterio,

Antes de la expedición de la ley 1448 todos los abogados estaban regidos por las mismas normas. La ley introdujo cambios en relación con los abogados que tramitan procesos contencioso-administrativos o de tutela, en nombre de víctimas del conflicto armado interno, cuya acción está dirigida contra el Estado, que los deja en extrema desventaja en relación con los restantes abogados, no sólo de los abogados en general, sino incluso de aquellos que adelantan acciones por este mismo tipo de hechos cuando el autor sea un actor armado diferente a un agente estatal.

Al desarrollar un test de proporcionalidad que tenía como fin demostrar que la medida empleada (el poner topes a los honorarios de los abogados) no era una medida idónea para proteger los derechos de las víctimas, el demandante señaló:

[...] la conexión entre medio y fin es muy problemática en el presente caso: la fijación de un tope rígido, arbitrario y radicalmente bajo, no se evidencia como un mecanismo para contrarrestar abusos de la figura de *cuota litis* sino para evitar el uso de esa figura y desincentivar las demandas en su contra, por violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario; ello indica que se está ante una conexión de conveniencia y no una conexión necesaria entre la medida adoptada y el fin perseguido. Sin duda el mecanismo elegido no es el más idóneo para conseguirlo, porque no solo evita los supuestos o reales abusos de los abogados en el ejercicio de su mandato de representación de las víctimas, sino que, *en la vida práctica cancela la posibilidad de que los abogados representen judicialmente a las víctimas en los procesos contenciosos administrativos con el Estado* [énfasis agregado].

Lo que el demandante sugiere en ese párrafo es que en realidad serán muy pocos los abogados que quieran representar a una víctima del conflicto armado por un monto de dinero como el señalado por la ley. Para el abogado, parece no haber proporción entre la dedicación y el conocimiento que este tipo de acciones judiciales requiere y la retribución económica por el servicio prestado. En su opinión, la medida no garantiza el acceso de las víctimas a la administración de justicia, sino

que, por el contrario, lo afecta. A través de sus argumentos sugiere que se habría podido diseñar otro tipo de medidas que armonizaran de mejor forma el acceso a un abogado con el interés de los abogados por ver remunerados sus servicios adecuadamente.

Además del argumento de la igualdad, algunas partes intervinientes en el proceso señalaron que resultaba sumamente sospechoso que ese límite se impusiera precisamente a las demandas que iban dirigidas contra el Estado colombiano. En su parecer, la medida buscaba callar a las víctimas y disuadirlas de sus demandas con el fin de que no se revelara la participación de agentes estatales en el conflicto armado colombiano³.

DEBATES TEÓRICOS

Concebir el ejercicio del derecho como una profesión liberal y no como un servicio público implica aceptar que, ante una necesidad jurídica, los ciudadanos deberán acudir al mercado para encontrar un abogado que los represente ante los tribunales o las autoridades administrativas. Siendo cándidos, esto implica aceptar que para acceder a la justicia se tiene que pagar una suma de dinero⁴. Si bien existen algunas excepciones a los procedimientos judiciales o administrativos que exigen representación a través de un abogado, y el Estado en algunos casos provee servicios de defensoría pública, no es errado afirmar que la gran mayoría de interacción entre los ciudadanos y el derecho se da a través de un abogado privado contratado por el ciudadano.

La regulación sobre los honorarios de los abogados intenta manejar las tensiones que pueden surgir entre los derechos de los ciudadanos a acceder a la justicia en términos formales y materiales y los derechos

³ Este caso práctico sirve también para estudiar el tema de la regulación de la profesión: ¿Debe estar sometida a la vigilancia del Estado? ¿O debe autorregularse?

⁴ Por *acceso a la justicia* me refiero no sólo a la representación ante un tribunal de justicia o autoridad administrativa, sino incluso a la asesoría jurídica pues en muchos países existen normas jurídicas que prohíben la práctica ilegal de la abogacía. La práctica ilegal de la abogacía implica que los ciudadanos deben acudir a un abogado no sólo para su representación judicial, sino también para su asesoría jurídica en temas extrajudiciales como puede ser la elaboración de contratos, pago de impuestos, despidos laborales, etcétera. Véase Helena Alviar e Isabel C. Jaramillo, “Justicia: ¿derecho o privilegio?”, en *Constitución y Democracia en movimiento*, editado por Helena Alviar, Julieta Lemaitre y Betsy Perafán (Bogotá: Ediciones Uniandes, 2017), 145-65.

de los abogados a establecer y cobrar sus honorarios de acuerdo con la ley de la oferta y la demanda propia de un mercado. Es decir, a través de los honorarios se discute no solamente si la persona puede iniciar un proceso (acceso formal a la justicia), sino si tiene posibilidades de éxito (acceso material a la justicia), dada la complejidad del conocimiento jurídico y la manera en que está estructurado el mercado de servicio legales. A continuación presento los principales debates en torno a la regulación de honorarios, y empiezo por explicar distintas formas en las que se autoriza el cobro de honorarios y los factores que deben tenerse en cuenta para comprender la forma en que se estructura el mercado de servicios legales. Luego explico los dilemas que se presentan frente al pacto de honorarios y el cobro de honorarios.

Formas en las que se pueden cobrar los honorarios

El hecho de que el ejercicio de un derecho fundamental como es el del acceso a la justicia dependa de la prestación de servicios profesionales puede utilizarse como un argumento para que el Estado tenga cierto margen de regulación sobre los costos de dichos servicios. En este sentido la Corte Constitucional colombiana ha dicho:

[...] esta corporación también ha afirmado que la autonomía de la voluntad privada se manifiesta en la existencia de la libertad contractual pero se encuentra sujeta a especiales restricciones cuando están en juego derechos fundamentales, se trata de servicios públicos, una de las partes ocupa una posición dominante o los acuerdos versan sobre prácticas restrictivas de la competencia, o cuando se entiende que el ejercicio de la voluntad y la libertad contractual persigue no solo el interés particular sino también el interés público o bienestar común. En estos casos corresponde al Estado intervenir para controlar la producción de efectos jurídicos o económicos, con el propósito de evitar abusos de los derechos, y el papel del juez consiste en velar por la efectiva protección de los derechos de las partes, sin atender exclusivamente la intención de los contratantes⁵.

⁵ Corte Constitucional colombiana, sentencia T-625, 2016 MP: María Victoria Calle.

Muy probablemente este mismo tipo de razonamiento guíe la mayor parte de códigos de ética de Latinoamérica y, como consecuencia, éstos contengan una serie de estándares que guíen al abogado al momento de pactar sus honorarios.

En Colombia, el Código Disciplinario del Abogado señala que “[...] el abogado deberá fijar sus honorarios con criterio equitativo, justificado y proporcional frente al servicio prestado”. Así mismo, el Código señala como falta a la honradez del abogado “[a]cordar, exigir u obtener del cliente o de tercero remuneración o beneficio desproporcionado a su trabajo, con aprovechamiento de la necesidad, la ignorancia o la inexperiencia de aquellos” y “[a]cordar, exigir u obtener honorarios que superen la participación correspondiente al cliente”⁶.

El Consejo Superior de la Judicatura (la corte judicial colombiana encargada de investigar y sancionar a los abogados) ha utilizado una serie de criterios para resolver casos donde se ha acusado a un abogado de cobrar honorarios desproporcionados. Estos criterios, los cuales son por lo general replicados en otros países, son:

- el trabajo efectivamente desplegado por el abogado;
- el prestigio del abogado en su área de experticia;
- la complejidad del asunto por tratar;
- el monto o cuantía del proceso o negocio jurídico;
- la capacidad económica del cliente;
- los elementos probatorios aportados por el cliente⁷.

Si bien el Consejo Superior de la Judicatura examina estos criterios para determinar si el abogado actuó conforme a lo establecido por el Código Disciplinario, en su misma jurisprudencia ha señalado que el criterio al cuál debe otorgársele prevalencia es el de la libertad contractual de las partes⁸. Es decir que, al menos *prima facie*, no debería sospecharse de un cobro excesivo o desproporcional de honorarios.

⁶ Congreso de Colombia, Ley 1123 del 2007.

⁷ Consejo Superior de la Judicatura de Colombia, Sala Jurisdiccional Disciplinaria. sentencia oct. 1/2014. MP. Wilson Ruiz Orejuela.

⁸ Consejo Superior de la Judicatura de Colombia, auto de mayo 14/98 9979-A.

En cuanto a las formas de pago, los códigos de ética profesional, por lo general, no son restrictivos; es decir, permiten a abogado y cliente pactar libremente la forma en que se realizarán los pagos. No obstante, en algunas jurisdicciones donde el tema de los honorarios (y en general el campo de la ética profesional) se ha desarrollado más sí existen unas prohibiciones puntuales que señalaré más adelante.

Las formas de pago comúnmente utilizadas son la suma fija, el porcentaje del valor del negocio jurídico, la *cuota litis*, la cuota de éxito y el cobro horas, que se describen a continuación.

Suma fija. En el cobro por suma fija se establece un monto económico determinado para un servicio. La forma en que se realizará el pago del monto se puede pactar libremente (por ejemplo, abogado y cliente pactan una suma de dos millones de pesos como honorarios por interponer un recurso de apelación en materia penal. El pago se puede realizar por anticipado en un 100% o el abogado puede solicitar un anticipo de un determinado porcentaje dejando pendiente el pago de lo restante una vez se radique el recurso de apelación ante el juzgado).

Porcentaje del valor del negocio jurídico. El abogado cobra un porcentaje de los bienes involucrados en el asunto⁹. La forma en que se realizará el pago de ese monto se puede pactar libremente (por ejemplo, en un proceso ejecutivo el abogado cobra el 2% de la deuda que su cliente pretende hacer válida. Así, si la deuda fuera de 100 millones de pesos colombianos, el abogado cobraría dos millones de pesos por sus servicios independientemente de que el proceso sea exitoso o no. Otro ejemplo sería la firma de un contrato de compraventa en el cual el bien que se está vendiendo vale 100 millones de pesos, por el que el abogado cobra el 2% del valor de dicho bien, es decir, dos millones de pesos, por la elaboración del contrato).

Cuota litis. El abogado cobra un porcentaje del objeto del pleito o una suma determinada pero solo si gana el pleito. Además, por lo general, el abogado asume todos los costos de la gestión (costos de traslado, copias, edictos, etcétera); (por ejemplo, en una demanda civil por responsabilidad extracontractual abogado y cliente acuerdan pagar si y solo si el abogado gana el proceso. El monto acordado es del 20% del total de la

⁹ Este tipo de acuerdos es común en asuntos donde los activos tangibles e intangibles son de fácil valoración.

indemnización recibida por el cliente. Si el cliente recibe 100 millones de pesos, al abogado le corresponderán 20. Si el cliente no gana el pleito y por ende no recibe suma alguna de dinero, no deberá ningún dinero al abogado. Otro ejemplo sería una defensa penal: el abogado cobra 15 millones de pesos si y solo si su cliente no es declarado culpable en el fallo de primera instancia).

Cuota de éxito. El abogado cobra una suma fija por sus servicios, pero, además, pacta una cuota adicional que será pagada si se obtiene un resultado favorable al cliente (por ejemplo, en una demanda civil abogado y cliente pactan una suma de 20 millones de pesos por llevar el proceso hasta el fallo de primera instancia. Esos 20 millones se pagan independientemente del resultado del fallo. Si el fallo resulta ser favorable se paga una cuota adicional del 5% del valor del bien involucrado en el asunto).

Cobro por horas. El abogado pacta con su cliente el valor de su hora de trabajo y da un estimado de las horas que cree puede tomar el caso. El abogado registra de manera rigurosa y juiciosa cuantas horas dedica al caso y realizando qué tareas. Abogado y cliente pactan también la periodicidad en la que el cliente pagará al abogado las horas de trabajo dedicadas a su asunto o si éstas se pagarán una vez concluya el servicio para el que fue contratado (por ejemplo, abogado y cliente pactan un valor de 300.000 pesos colombianos por hora dedicada a la elaboración y presentación de una demanda por responsabilidad civil extracontractual. Tras hacer un estudio inicial del caso el abogado estima que necesitará de 60 horas de trabajo para tener la demanda lista. Estas horas las dedicará a comprender minuciosamente los hechos del caso, analizar el material probatorio, entrevistar posibles testigos, diseñar su estrategia jurídica y escribir la demanda. Abogado y cliente pactan una reunión cada dos semanas en la cual se presentará al cliente un informe con las horas trabajadas y actividades realizadas. Una vez presentado ese informe y recibido satisfactoriamente por el cliente, este procederá a pagar al abogado las horas trabajadas).

En cuanto a las sanciones por no seguir estas reglas para el cobro de honorarios, hay diversidad de respuestas. En el caso colombiano, por ejemplo, el Código Disciplinario tiene solamente sanciones genéricas de censura, multa, suspensión y exclusión de la profesión. Al mismo tiempo, no obstante, prevé que se atenuará la sanción si se ha procurado “resarcir el daño o compensar el perjuicio causado”. Así, aunque el

cliente no tiene garantizada la devolución de lo cobrado en exceso, existe un incentivo para que el abogado que esté siendo disciplinado lo haga.

De manera similar, en los Estados Unidos las reglas modelo de la American Bar Association, si bien no proponen un procedimiento jurídico vinculante para exigir la devolución de dinero, sí indican que los abogados deben seguir las recomendaciones que se hagan en materia de honorarios, ya sea que resulten de un proceso vinculante al que las partes se han sometido voluntariamente o de un procedimiento meramente optativo¹⁰.

La estructura del mercado de servicios legales

Si bien este texto apunta a enfocarse principalmente en las normas de ética profesional referentes a pacto y cobro de honorarios, para comprender de manera más integral la interacción de distintos factores en esta problemática es necesario traer al frente normas que aunque no hacen parte del núcleo de la regulación sobre honorarios, impactan en la armonización de los tres intereses que están en juego. Propongo aquí que el mercado de servicios legales se ve afectado por normas procesales, normas sobre el monopolio de la representación jurídica, normas sobre publicidad de los servicios, normas sobre conflicto de interés y normas sobre los costos y la financiación de la educación legal.

Las expensas y agencias legales

Litigar implica un gasto económico para las partes. La parte que inicia el pleito judicial es consciente de esos costos y los asume bajo la idea de que “tiene un caso”, es decir, invierte dinero y tiempo en el litigio porque cree que puede ganar. Esa convicción hace que las erogaciones económicas en las que incurre estén justificadas para ella. La parte demandada, en caso de querer defenderse, se verá obligada a contratar un abogado (en la mayoría de los casos). La parte demandada tiene entonces

¹⁰ American Bar Association, Comentario a la regla 1.5 de las Model Rules of Conduct.

que incurrir en un gasto que no tenía planificado y que probablemente no le generará rédito económico alguno, aun cuando “gane” el pleito.

Ante esta situación, sistemas procesales como el colombiano contemplan la figura de las costas procesales¹¹. Estas están compuestas por dos rubros: las expensas y las agencias en derecho. Las expensas son todos los gastos en los que se incurre en un juicio distintos a los honorarios de los abogados de las partes. Estos gastos pueden ser las fotocopias, la publicación de edictos, los gastos de traslado, los honorarios que se les pagan a los peritos o auxiliares de la justicia, sus traslados y viáticos, entre otros. Por otro lado, las agencias en derecho son los gastos en que tuvo que incurrir la parte ganadora del juicio para su defensa judicial, es decir, los honorarios de su abogado.

Por lo general, a solicitud de parte, al momento de dictar sentencia, el juez condena en costas a la parte perdedora. Es decir, reconoce que una parte tuvo que incurrir en un gasto injustificado y ordena a la parte perdedora asumir ese gasto. Cuando la demanda prospera parcialmente, el juez puede decretar costas también parcialmente¹².

La condena en costas apunta entonces a cubrir (en mayor o menor medida) los gastos en los que tuvo que incurrir la parte a la cual el derecho dio la razón. De esta forma, la condena en costas no solo protege los intereses económicos de la parte triunfadora, sino que también desincentiva la interposición de acciones judiciales frívolas.

La existencia de las costas, pero más puntualmente, de las agencias en derecho, tiene efectos en los honorarios de los abogados y en el acceso a la justicia de la ciudadanía. Es razonable afirmar que en los lugares en los que existe la figura de las agencias en derecho será más fácil acceder a la justicia y contratar a un abogado, pues de ganar, la condena en costas cubrirá el costo de la asesoría jurídica empleada para dicho fin. No obstante, en algunos casos, como en el colombiano, las agencias en derecho no cubren la totalidad de los honorarios percibidos por el abogado, sino que se guían por lo general por tablas de tarifas y establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura y por criterios como la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales¹³. Esto implica que si, por

¹¹ Colombia, Ley 1564 del 2012, art. 361 y ss.

¹² *Ibíd.*, art. 365.

¹³ *Ibíd.*, art. 366.

ejemplo, mi abogado me cobró tres millones de pesos colombianos por su representación en un proceso de evicción, las agencias en derecho que decreta el juez no serán necesariamente por los tres millones, sino por lo que las tablas de honorarios y tarifas de los colegios de abogados señalen para ese tipo de diligencia judicial, las cuales podrían determinar, por ejemplo, la suma de un millón de pesos.

El hecho de que las agencias en derecho no cubran el costo real de los honorarios del abogado de la parte vencedora tiene tanto de bueno como de malo. Por un lado, podría considerarse malo pues es muy posible que la suma decretada a favor de la parte ganadora en cuanto a agencias en derecho no sea suficiente para cubrir los honorarios de su abogado. Esto implica que litigar implica una erogación económica para el ciudadano aun cuando un juez respalde sus pretensiones y aunque la contraparte se haya resistido a un arreglo extrajudicial que no implicara necesariamente involucrar abogados en el asunto. En pocas palabras, si bien las agencias en derecho son una ayuda para el pago de los honorarios del abogado, distan (al menos en el caso colombiano) de cubrir ese gasto en su totalidad, lo cual las hace un incentivo parcialmente exitoso para promover el acceso a la justicia.

Por otro lado, el hecho de que las agencias en derecho no equivalgan al costo real de los honorarios puede también interpretarse como una medida que promueve el acceso a la justicia. Esto ocurre por la heterogeneidad de la profesión jurídica y de los honorarios de los abogados¹⁴. Si las agencias en derecho equivalieran exactamente a los honorarios cobrados por los abogados, ¿qué incentivos tendría una persona de escasos recursos económicos para enfrentar judicialmente a una contraparte con un abogado poderoso cuyos honorarios fueran sumamente altos? ¿Estaría dispuesta a correr el riesgo no solo de perder el caso sino además de pagar los altísimos honorarios del abogado de su contraparte?

Por otro lado, el hecho de que las agencias en derecho no equivalgan a los honorarios también evita la práctica indeseada de que algunos abogados eleven artificialmente sus honorarios con el simple hecho de disuadir a la contraparte de ir a un pleito, lo cual en últimas implicaría menos acceso a la justicia.

¹⁴ John P. Heinz *et al.*, *Urban Lawyers: The New Social Structure of the Bar* (Chicago: University of Chicago Press, 2005).

El monopolio de la representación jurídica

Como se señaló al inicio de este texto, la necesidad de contratar a un abogado y, por ende, de pagarle honorarios surge por el monopolio que tienen los abogados sobre los temas jurídicos. Dicho monopolio puede ser más o menos grande y la aplicación de las normas que lo garantizan puede ser más o menos laxa. La expresión más tangible de ese monopolio se da en el requerimiento legal de contar con representación de un abogado para la gran mayoría de acciones judiciales y también para ciertos procedimientos administrativos. Salvo contadas excepciones, no es posible presentar una acción judicial si ésta no va firmada por un abogado con una tarjeta o cédula profesional.

Una expresión menos tangible de ese monopolio se da en la asesoría jurídica extrajudicial. En Colombia, el Decreto 196 de 1971 señala que “[e]s abogado quien obtiene el correspondiente título universitario de conformidad con las exigencias académicas y legales”, que “[p]ara ejercer la profesión se requiere estar inscrito como abogado” y que “[n]o se podrá ejercer la profesión de abogado ni anunciarse como tal sin estar inscrito y tener vigente la inscripción”. Estas normas son claras entonces en establecer el monopolio del ejercicio profesional del derecho a los abogados. No obstante, no definen de manera precisa qué ejercicios profesionales son propios de un abogado y, por ende, no podrían ser realizados por una persona que no sea abogada y no se haya inscrito como tal. Por ejemplo, ¿el hecho de que un arquitecto redacte un contrato escrito de compraventa de unos materiales implica un ejercicio profesional de carácter jurídico? ¿Estaría este arquitecto incurriendo en un ejercicio ilegal de la abogacía? ¿Si este arquitecto le comparte a un colega suyo el formato de ese contrato está incurriendo en un ejercicio ilegal de la abogacía? ¿Los contadores públicos que se dedican a asesorar personas en la elaboración de declaraciones de impuestos incurren en práctica ilegal de la abogacía? ¿Los programas de *software* que prestan algún tipo de servicio jurídico (como compilación de jurisprudencia) son una práctica ilegal de la abogacía?

La respuesta que demos a estas preguntas determinará la solidez y el alcance del monopolio de la profesión sobre los asuntos jurídicos de la ciudadanía. Cuanto más sólido y amplio sea ese monopolio, más poder de negociación tendrán los abogados al momento de negociar sus honorarios.

Límites a la publicidad que pueden hacer los abogados

La mayoría de los códigos de ética profesional contiene disposiciones relativas a la forma en que los abogados pueden publicitar sus servicios. La manera en que se regule este tema tiene una incidencia directa sobre aquella en que abogados y clientes negocian los honorarios¹⁵.

En Colombia, por ejemplo, el Código Disciplinario del Abogado regula de manera estricta la publicidad, pues se considera una falta al decoro profesional “[u]tilizar propaganda que no se limite al nombre del abogado, sus títulos y especializaciones académicas, los cargos desempeñados, los asuntos que atiende de preferencia o con exclusividad y los datos relativos a su domicilio profesional”¹⁶. Esto implica varias cosas: primero, la publicidad de los abogados es poca y parca. Contrario al caso de Estados Unidos, donde no existen esas restricciones, en Colombia es raro ver propagandas en televisión o radio con abogados promocionando sus servicios, o ver vallas publicitarias estilo “Marque 1-800-ABOGADO”. Este recato publicitario (sancionado legalmente, pero también culturalmente) hace más difícil para los abogados llegar a los ciudadanos. Además, logra también que sea más difícil para los ciudadanos comparar precios y tipos de servicios ofrecidos por los abogados. Si, por ejemplo, los abogados pudieran publicitar sus servicios y tarifas (incluyendo, por qué no, promociones y descuentos) a los ciudadanos les sería mucho más fácil comparar precios y tomar una decisión. La prohibición estricta de publicidad dificulta esto pues para saber cuánto puede cobrar un abogado el ciudadano debe asistir a una consulta (lo cual implica pedir permiso en el trabajo para ausentarse, trasladarse, etcétera), pero, además, probablemente, pagar por la simple consulta.

Por otro lado, la regulación estricta a la publicidad puede significar algunas ventajas en términos de acceso a los abogados. Permitir la publicidad sin restricciones puede tener el efecto no deseado de que los abogados cobren más honorarios con el fin de que sus clientes terminen subsidiando los gastos publicitarios en los que deben incurrir para difundir sus servicios.

¹⁵ Deborah L. Rhode, “Solicitation”, *Journal of Legal Education* 36, n.º 3 (1986): 317-30.

¹⁶ Congreso de Colombia, Ley 1123 del 2007.

Restricciones en los servicios derivados de la regulación de los conflictos de interés

Una aplicación rigurosa de los conflictos de interés de tipo sucesivo puede afectar de manera dramática el valor de los honorarios de los abogados. Un conflicto de interés ocurre cuando un abogado que en el pasado defendió o asesoró a una parte pasa a asesorar o representar a la contraparte en un asunto similar o un negocio conexo en el futuro.

Supongamos el caso de un abogado experto en litigios y arbitraje. Este abogado es contactado por la Agencia para la Defensa Jurídica de la Nación, es decir, una entidad estatal dedicada a defender al Estado por todas las demandas en que sea parte. Esta entidad le ofrece al abogado un contrato de prestación de servicios por un año con el fin de que defienda al Estado de todas las demandas que puedan interponer inversores extranjeros que consideren que el Estado ha afectado sus derechos al modificar la legislación tributaria bajo la cual ellos habían hecho su inversión. Si en esta jurisdicción hipotética se aplicara de manera rigurosa la legislación sobre los conflictos de interés de tipo sucesivo, este abogado debería contemplar la posibilidad de que prestar sus servicios jurídicos al Estado hoy podría impedirle prestarlos en el futuro a uno de los inversores extranjeros pues podría configurarse un conflicto de interés. En este caso el abogado debería incluir en el cálculo de sus honorarios a cobrar al Estado el costo de oportunidad en el que incurre por no poder representar en el futuro a otros potenciales demandantes del Estado.

La aplicación rigurosa de estas normas puede limitar el acceso a la justicia de dos formas: encareciendo los honorarios de los abogados y afectando la redistribución del conocimiento jurídico, pues los clientes más poderosos o con más dinero podrían retener indefinidamente a los mejores abogados y de este modo impedir que la contraparte tenga acceso a ellos.

Costos y financiación de la educación jurídica

Como se mencionó arriba, el monopolio en el acceso a la prestación de servicios jurídicos incide directamente en el poder que tienen los abogados al momento de negociar sus honorarios. Este monopolio se conecta directamente con la educación jurídica, específicamente con los costos

de las matrículas de los estudiantes de Derecho y la forma en que se financian sus estudios.

Cuando la educación jurídica es muy costosa y los estudiantes tienen que recurrir a préstamos bancarios para financiar sus estudios, eso tiene un impacto directo sobre los honorarios de los abogados y, por consiguiente, sobre el acceso a un abogado a un precio razonable¹⁷. Una educación jurídica costosa hace que una vez graduados los estudiantes traten de obtener puestos en despachos corporativos que ofrecen salarios altos (y que, obviamente, cobran honorarios altos) a efectos de poder cubrir su deuda. Los clientes de estos despachos son por lo general corporaciones multinacionales o empresas nacionales y, tal vez, unas pocas personas naturales con mucho dinero.

Los estudiantes que no logren entrar en esa categoría de despachos tendrán más problemas para cubrir sus deudas. Probablemente buscarán una ocupación donde ganen un mejor salario así su conocimiento jurídico no sea relevante. Otros tratarán trabajar como abogados con la dificultad de solventar una deuda sin tener las credenciales y experiencia suficiente para cobrar altos honorarios. En el peor de los casos, la desesperación podrá llevarlos a prácticas delictuales o violaciones a la ética profesional.

Igual de preocupante resulta el escenario de las personas naturales que llegan a necesitar los servicios de un abogado. Es posible que las necesidades jurídicas de estas personas no sean cubiertas por los despachos corporativos pues estos no tienen el conocimiento especializado necesario para los problemas que enfrentan estas personas y además es posible que las personas no cuenten con el dinero suficiente para cubrir los honorarios de estos abogados. De esta forma, las personas naturales pueden quedar expuestas a un mercado de servicios legales marcado no solo por la asimetría que existe entre ellos y sus abogados, sino también por la necesidad de los recién egresados por pagar sus deudas educativas lo cual puede resultar en honorarios muy altos.

¹⁷ Brian Z. Tamanaha, *Failing Law Schools, The Chicago Series in Law and Society* (Chicago: University of Chicago Press, 2012).

ASPECTOS DILEMÁTICOS DE LOS HONORARIOS

Aspectos dilemáticos del pago de honorarios

En la mayoría de los códigos de ética profesional la línea de partida es la exigencia de que los abogados pacten sus honorarios con un criterio justificado y proporcional a los servicios prestados sin aprovecharse de la situación del cliente o de su desconocimiento en temas jurídicos. De esta línea en adelante hay ciertas variaciones en la regulación. Por ejemplo, un segundo escalón en el cual coinciden algunas regulaciones es en la prohibición de que la participación del abogado en lo recuperado supere a la del cliente cuando se pacten honorarios bajo el esquema *cuota litis*. Un siguiente escalón en el cual hay menos homogeneidad en la regulación es el referente al uso de la *cuota litis* para determinados asuntos. Este siguiente escalón ha sido desarrollado principalmente en Estados Unidos donde se prohíbe pactar el pago de honorarios a través de *cuota litis* para determinados asuntos de relaciones familiares como lo son: litigar con el fin de obtener el cuidado y custodia de un menor o el pago o ajuste a las cuotas de alimentos que deben el padre o la madre al menor. Las reglas de ética profesional también prohíben el pacto de *cuota litis* en la defensa penal¹⁸.

El problema con la *cuota litis* radica en que el abogado adquiere un interés económico en el desarrollo de la causa, el cual puede llegar a incidir sobre su profesionalismo y respeto por la ley. Si bien se espera que un abogado exhiba parcialidad y diligencia en la defensa de los intereses de su cliente, cuando el pago de sus honorarios depende de que su cliente obtenga un resultado favorable se puede crear una serie de incentivos peligrosos que fomenten prácticas cuestionables desde el punto de vista profesional e incluso, en algunos casos extremos, desde el derecho penal¹⁹.

Como se mencionó, la *cuota litis* puede llevar a un aumento en el índice de acciones judiciales frívolas, lo cual tal vez no afecta los intereses

¹⁸ American Bar Association, Model Rules of Conduct, Rule 1.5.

¹⁹ Véase Herbert M. Kritzer, *The Justice Broker: Lawyers and Ordinary Litigation* (New York: Oxford University Press, 1991).

del cliente (pues no pierde nada intentándolo y no le cuesta intentarlo) pero sí afecta a la sociedad en general pues aumenta los índices de congestión judicial y además exige a la contraparte contratar un abogado, quien cobrará unos honorarios que muy probablemente serán superiores a lo que decreta el juez en agencias en derecho, lo cual implica que la contraparte incurrirá necesariamente en un gasto económico injustificado cuando sea víctima de una demanda frívola.

Otro riesgo que emana de la *cuota litis* es el posible conflicto de interés que surja entre el abogado y su propio cliente. Piénsese por ejemplo en el caso de una demanda laboral en la que el cliente es un exempleado que fue despedido, a su parecer, sin justa causa. Esta persona pacta con su abogado una representación bajo la modalidad de *cuota litis*. Su pacto indica que el cliente pagará al abogado el 20% del dinero que pueda recuperar gracias a sus servicios, ya sea a través de una sentencia judicial o de un acuerdo conciliatorio. Pueden darse dos situaciones dilemáticas en este caso: la primera es que el abogado no quiera esforzarse mucho en el caso y quiera convencer a su cliente de aceptar una indemnización sumamente exigua en la audiencia de conciliación. El abogado podría aprovecharse del desconocimiento de su cliente, describirle un panorama muy oscuro (que el proceso tardará mucho tiempo, que la contraparte es amiga del juez, etcétera) y convencerle de aceptar una conciliación y cobrar el 20% de la suma sin haber realizado mucho trabajo. La segunda situación sería la inversa: el abogado ha puesto demasiado esfuerzo en el caso y considera que, de llegar a ganar el pleito, la sentencia judicial podría ser sumamente alta. No obstante, es consciente de que obtener una sentencia favorable puede ser difícil, pues no se han fallado casos similares a ese. En este caso, ante una posible oferta de conciliación de la contraparte el abogado podría tratar de disuadir al cliente de aceptarla solo por el hecho de “jugar su apuesta” y tratar de conseguir un mayor rédito económico poniendo en riesgo a su cliente.

La prohibición puntual que existe en Estados Unidos respecto a pactar esta modalidad de pago en asuntos familiares y penales obedece precisamente a este tipo de preocupaciones. En el caso de asuntos familiares donde un menor esté involucrado, la *cuota litis* puede convertirse en un incentivo perverso que afecte los intereses del menor. Por ejemplo, en un proceso de divorcio donde hay hijos de por medio, un abogado contratado bajo la modalidad de *cuota litis* abogará, muy seguramente, por que dicho divorcio efectivamente se lleve a cabo, pues es muy probable

que sus honorarios dependan de que así ocurra. Esto por sí solo no tiene nada de malo, pero en esta circunstancia particular puede darse el riesgo de que el abogado atente contra la autonomía del cliente llevándolo a tomar una decisión determinada, la cual tendrá un impacto sobre su cliente y sus hijos. Además, es importante recordar que si hay hijos de por medio un asunto que seguramente será tratado en el pleito es el de las cuotas de alimentos. Al ser este un aspecto decretado judicialmente se entiende entonces que el abogado cobrará sus honorarios sobre el monto que decreta el juez. Esto implica que al menos una parte del dinero que debería llegar a los menores a efectos de garantizar su cuidado irá a manos del abogado, lo cual es muy cuestionable.

Si bien la anterior preocupación es válida, vale la pena pensar los efectos concretos de dicha prohibición sobre determinados sectores de la población, especialmente sobre las mujeres pobres en situaciones de vulnerabilidad e indefensión frente a su pareja. En estos casos será difícil para la mujer contar con los recursos económicos para contratar un abogado. La *cuota litis* podría ser una forma de solventar esa complicación y así acceder a un abogado que la represente judicialmente y le permita salir de la situación en la que se encuentra. La prohibición de pactar el pago de *cuota litis*, pensada para proteger a los menores, termina entonces afectando a las mujeres.

En lo que respecta a la prohibición del pacto de *cuota litis* en materia penal, el raciocinio es más claro y directo. Es cuestionable el propósito de tener abogados defensores cuyos ingresos económicos dependan enteramente de obtener un resultado favorable para su cliente. Si bien la defensa de los acusados (sean realmente responsables o no) tiene un valor intrínseco y extrínseco, hacer depender los ingresos económicos de un abogado del exitoso de una defensa penal puede incentivar la realización de actuaciones no profesionales o delictuales.

Aspectos dilemáticos en el cobro de honorarios

Pueden presentarse situaciones donde el cliente no paga al abogado la suma estipulada o se tarda en pagarla. En estos casos, algunos abogados se ven tentados a realizar acciones que tienen como fin forzar al cliente a pagar sus honorarios. Por lo general, estas pueden ser de dos tipos: primero, retener documentos o dineros del cliente hasta que pague;

segundo, amenazar al cliente con renunciar y dejar de representarlo a menos que pague de manera inmediata la suma adeudada. Frente a este tipo de situaciones el Código Disciplinario del Abogado colombiano no dice nada en específico, es decir, el Código no prevé un escenario como este, razón por la cual se hace necesario analizar las normas que parecerían regular situaciones parecidas.

Frente a los manejos de dinero o documentos del cliente, el Código Disciplinario del Abogado colombiano señala:

Constituyen falta de honradez del abogado [...]

4. No entregar a quien corresponda y a la menor brevedad posible dineros, bienes o documentos recibidos en virtud de la gestión profesional, o demorar la comunicación de este recibo.

5. No rendir, a la menor brevedad posible, a quien corresponda, las cuentas o informes de la gestión o manejo de los bienes cuya guarda, disposición o administración le hayan sido confiados por virtud del mandato, o con ocasión del mismo.

De acuerdo con esto, las normas de ética y responsabilidad profesional le exigen al abogado retornar dineros y documentos que sean del cliente y no señalan, al menos de manera puntual, excepciones a esa obligación.

El segundo escenario, el de la amenaza de renunciar a la representación del cliente, puede ser más confuso. El Código Disciplinario del Abogado señala que

Constituyen faltas a la debida diligencia profesional:

1. Demorar la iniciación o prosecución de las gestiones encomendadas o dejar de hacer oportunamente las diligencias propias de la actuación profesional, descuidarlas o abandonarlas [...].

Según esto, el abogado está obligado a adelantar todas las gestiones encomendadas, y no puede descuidarlas o abandonarlas. Esta obligación es clara y apenas lógica en un contrato de mandato. No obstante, el Código Disciplinario no contiene disposición alguna respecto a en qué circunstancias puede un abogado terminar una relación contractual con su cliente y cuáles serían sus obligaciones al momento de hacerlo. Por ejemplo, ¿podría un abogado renunciar a la representación de su cliente

tres días antes de la realización de una audiencia con el argumento de que su cliente no le ha pagado sus honorarios? ¿Podría hacerlo aún a pesar del perjuicio que esto podría causar a la defensa del cliente?

En el contexto colombiano esta pregunta es resuelta por el derecho procesal, el cual señala que la renuncia del abogado pone término al poder que se le otorgó cinco días después de haber sido presentada por escrito al juzgado acompañada de la carta que se le haya enviado al cliente informándole al respecto²⁰. Según esto, la renuncia del abogado puede darse en cualquier etapa procesal y no requiere autorización del juez. La única condición es que se haya informado al cliente y el periodo de cinco días hábiles, que transcurren entre la presentación de la renuncia y el momento en que ésta se hace efectiva. En otras jurisdicciones, como por ejemplo la estadounidense, la renuncia del abogado basada en la falta de pago requiere la autorización del juez, el cual puede forzar al abogado a continuar representando a su cliente a efectos de no causar un efecto adverso irremediable, como puede ocurrir al renunciar a pocos días de una audiencia o una instancia procesal importante²¹.

Así como puede darse el caso de que el abogado quiera renunciar a la representación por no haber recibido el pago de sus honorarios, pueden darse casos donde sea el cliente el que quiere terminar la relación con su abogado para sustituirlo por otro y haya un desacuerdo en torno a los honorarios que se deben. Puede suceder, por ejemplo, que abogado y cliente pactan hacer un pago inicial de cinco millones de pesos colombianos y un pago posterior de quince millones de pesos al momento en que el juez profiera sentencia. Si el cliente decide terminar la relación con su abogado porque cree que no lo está representando adecuadamente, pero ya se han adelantado varias diligencias y audiencias, es evidente que el abogado desplegó su trabajo independientemente de la opinión que el cliente tenga sobre su calidad. En este caso, si cliente y abogado no llegan a un acuerdo, la legislación procesal colombiana le permite al abogado solicitar al juez, a través de un incidente procesal, que determine los honorarios que deberá cancelar su representado. El monto económico que determine el juez podrá demandarse posteriormente ante la jurisdicción laboral por cualquiera de las partes.

²⁰ Congreso de Colombia, Código General del Proceso, art. 76.

²¹ American Bar Association, Model Rules of Conduct, Rule 1.16.

PREGUNTAS PARA REFLEXIONAR

- a. ¿Considera que la medida adoptada por la Ley 1148 del Congreso de la República de Colombia fue una manera efectiva de promover el acceso a la justicia para las víctimas del conflicto armado? ¿Qué otras medidas se podrían proponer con el fin de promover el acceso de las víctimas a la justicia?
- b. Por lo general los sistemas de seguridad social garantizan acceso a servicios de salud para toda la población. A través de impuestos la sociedad financia los salarios de médicos, enfermeras y personal administrativo dedicado a proteger la salud de la comunidad. ¿Sería posible pensar en un esquema similar para los servicios jurídicos? ¿Por qué el acceso a un abogado no se regula de la misma forma que el acceso a un médico?
- c. ¿Está de acuerdo con el uso irrestricto de la *cuota litis*? ¿O cree que hay casos como los señalados por la regulación de la ABA donde es necesario prohibir su uso?
- d. Una forma de promover el acceso a la justicia en sociedades con profundas desigualdades sociales ha sido a través de la prestación de servicios *pro bono* o consultorios y clínicas jurídicas donde la asesoría y representación jurídica es gratuita. ¿Qué rol cree usted que desempeña el dinero en la sensación que tiene el cliente frente a su abogado? ¿Cree que el cliente que paga a su abogado, en oposición al cliente que es atendido gratuitamente, percibe la relación con su abogado de manera diferente? ¿Se siente con “más derecho a exigir más”? ¿Qué papel cumple el dinero en la noción de profesionalismo?

BIBLIOGRAFÍA

- Alviar, Helena e Isabel C. Jaramillo. “Justicia: ¿derecho o privilegio?”, en *Constitución y Democracia en movimiento*, editado por Helena Alviar, Julieta Lemaitre y Betsy Perafán, 145-65. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2017.
- Congreso de Colombia. “Ley 1123 del 2007, enero 22, por el cual se establece el Código Disciplinario del Abogado”. *Legislación* (Bogotá) 110, n.º 1310 (2007): 725-42.

- Epstein, Richard A. "The Legal Regulation of Lawyers' Conflicts of Interest", *Fordham Law Review* 60, n.º 4 (1992).
- Fox, Lawrence J. y Susan R Martyn. *The Ethics of Representing Organizations: Legal Fictions for Clients*. New York: LexisNexis Electronic Publications, 2013.
- Galanter, Marc. *Lowering the Bar Lawyer Jokes and Legal Culture*. Madison, Wis: University of Wisconsin Press, 2005.
- Griffiths-Baker, Janine. *Serving Two Masters: Conflicts of Interest in the Modern Law Firm*. Oxford y Portland: Hart Publishing, 2002.
- Heinz, John P. et al. *Urban Lawyers: The New Social Structure of the Bar*. Chicago: University of Chicago Press, 2005.
- Kritzer, Herbert M. y Institute for Civil Justice (US). *The Impact of Fee Arrangement on Lawyer Effort*. Santa Monica, Calif.: Institute for Civil Justice, 1986.
- Kritzer, Herbert M. y J. Mitchell Pickerill. "Contingent Fee Lawyers as Gatekeepers in the American Civil Justice System", Working Paper, University of Wisconsin, Madison, and Institute for Legal Studies. Madison, WI: Institute for Legal Studies, 1997.
- Kritzer, Herbert M. "Rhetoric and Reality -Uses and Abuses- Contingencies and Certainities: The American Contingent Fee in Operation". Working Paper, University of Wisconsin--Madison and Institute for Legal Studies, 1996.
- Kritzer, Herbert M. *The Justice Broker: Lawyers and Ordinary Litigation*. New York: Oxford University Press, 1991.
- Lushing, Peter. "The Fall and Rise of the Criminal Contingent Fee". *Journal of Criminal Law and Criminology* 82, n.º 3 (1991).
- Rhode, Deborah L. "Solicitation". *Journal of Legal Education* 36, n.º 3 (1986): 317-30
- Tamanaha, Brian Z. *Failing Law Schools. The Chicago Series in Law and Society*. Chicago: University of Chicago Press, 2012.
- Trubek, David M., Austin Sarat y William L. Felstiner. "The Costs of Ordinary Litigation". *UCLA Law Review* 31, n.º 72 (1983).
- Wendel, W. Bradley. *Professional Responsibility: Examples and Explanations*. New York: Wolters Kluwer, 2016.

CUARTA PARTE
REPRESENTACIÓN DEL CLIENTE

CAPÍTULO VIX

TENSIONES EN EL DEBER DE CONFIDENCIALIDAD*

HUGO OMAR SELEME

INTRODUCCIÓN

El deber de guardar secreto sobre la información que está en poder del abogado debido a la relación profesional que ha establecido con su cliente es a la vez central para el modo en que se encuentra configurado el rol de abogado y en que sus contornos son controvertidos. Su centralidad viene dada por el hecho de que difícilmente podemos imaginar una situación en la que los abogados pudiesen cumplir con su función de asesorar, representar y defender a sus clientes si este deber de sigilo no existiese. Su carácter controvertido se debe a la pluralidad de contextos en los que se aplica y la posibilidad siempre presente de que entre en conflicto con otras exigencias morales. Así, por ejemplo, el abogado de familia puede tener conocimiento de que su cliente padece de una adicción que lo inhabilita para el cuidado de la hija menor cuya custodia está solicitando. El abogado penalista puede saber que su defendido efectivamente cometió el crimen del que se le acusa. El abogado corporativo de una tabacalera puede tener conocimiento del daño para la salud que ocasionan los productos que vende la compañía a la que representa. En todos estos casos, aun si se acepta el carácter central del deber de confidencialidad, sus límites se ven tensionados por el conflicto con otros deberes, como el de auxiliar a la realización de la justicia o evitar el daño a terceros.

Aunque es posible que en su vida profesional los abogados se enfrenten con genuinos dilemas en los que el deber de confidencialidad entra en conflicto con otras exigencias morales y ambas no pueden ser

* Para citar: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.422>

honradas al mismo tiempo, también puede darse el caso de que los dilemas sean solo aparentes y se disuelvan una vez que los contornos del deber de confidencialidad han sido cuidadosamente definidos.

Para evitar, o al menos disminuir, la aparición de situaciones dilemáticas, las normas que regulan el ejercicio profesional, la jurisprudencia y la doctrina han intentado especificar con el mayor detalle posible cuáles son esos límites del deber de confidencialidad. La mayor parte de los ordenamientos jurídicos ha regulado este deber apelando a normas de diferente tipo, de las cuales las de ética profesional son solo uno. Que un mismo asunto haya sido objeto de preocupación de diferentes ramas del derecho quizás es una muestra acabada de la importancia que revisite la exigencia de confidencialidad.

La confidencialidad en problemas: “delatado en vivo y en directo”

El 10 de junio del 2013, a las 8:28, Ángeles Rawson, una joven de 16 años, salió del edificio de calle Ravignani 2360, donde vivía junto a su madre y su padrastro, dispuesta a hacer gimnasia. Al salir se cruzó con el portero Jorge Néstor Mangeri. El 11 de junio Ángeles apareció asesinada en la planta de residuos de la CEAMSE de la localidad bonaerense de José León Suárez.

La investigación se focalizó en un principio en el centro de distribución de residuos que la CEAMSE tiene en el barrio de Colegiales, desde donde había salido el camión de residuos con destino a José León Suárez. Ángeles hacía gimnasia en un predio cercano a esa planta, y sus amigas la vieron por última vez en la esquina del centro de distribución.

Las imágenes de unas cámaras de seguridad, que mostraban que Ángeles había regresado a su domicilio luego de hacer gimnasia, cambiaron la dirección de la investigación. Las sospechas se focalizaron en su padrastro, Sergio Opatowski.

La fiscal allanó el departamento donde vivía Ángeles y el viernes 14 por la noche interrogó al grupo familiar para ver si podía encontrar datos que fortalecieran sus sospechas contra el padrastro. No obtuvo ningún dato relevante ni de la madre, ni del hermano; la mucama aseguraba que Ángeles no había regresado esa mañana al domicilio. Finalmente tocó el turno del portero Mangeri. La fiscal pensaba que sería un

testigo clave para saber si Ángeles había regresado a su departamento, pero ante sus contradicciones comenzó a pensar que posiblemente se encontraba frente al asesino.

A las 5.30 del sábado, Mangeri pidió hablar a solas con la fiscal y en presencia del secretario de la fiscalía le dijo: “Soy el responsable de lo de Ravignani 2360; fui yo. Mi señora no tuvo nada que ver en el hecho”. El portero fue retirado de la fiscalía esposado y con la cara descubierta. Su imagen salió en todos los medios de comunicación, como si el crimen de Ángeles ya estuviese resuelto.

Mangeri, sin embargo, nunca ratificó la confesión y en las cinco indagatorias que tuvo, sostuvo su inocencia y alegó que la autoincriminación frente a la fiscal se produjo debido a que dos policías lo habían presionado.

Dos semanas después del crimen, los resultados de la prueba de ADN revelaron que debajo de la uña del dedo índice de la mano derecha de Ángeles había ADN de Mangeri.

Uno de los abogados encargados de la defensa en juicio del portero fue Miguel Ángel Pierri. Su estrategia defensiva consistió en sostener la inocencia de su defendido, cuestionando la confiabilidad de los estudios de ADN que lo incriminaban.

Como el caso cobró mucha relevancia pública, Pierri se volvió un asiduo concurrente de estudios de televisión. En una de las tantas entrevistas que dio, estaba acompañado por su esposa y su hijo Juan, de siete años. El conductor del programa “Contámelo todo”, en un momento del reportaje en vivo, le hizo la pregunta que todos los televidentes esperaban: “¿Mangeri es inocente?”. Pierri comenzó a responder, “Mangeri es un señor inocente que está pasando por el peor momento de su vida...”, pero su hijo que estaba sentado al lado lo interrumpió: “Pero, boludo, ¡mató a Ángeles!”, dijo para la sorpresa de todos. El padre intentó callarlo acercándole la mano a la boca mientras le decía “¡Shhh!”. La entrevista continuó, con el evidente malestar del abogado defensor. El entrevistador volvió a preguntar al abogado “¿En algún momento sentís que Mangeri siente que mataron a una nena de 16 años, más allá de todo?”. Antes de que Pierri pudiese responder, Juan volvió a intervenir, levantó la mano como pidiendo permiso para hablar en el colegio, mientras acotaba: “Yo sé cómo la mató”. Esta vez, el conductor salió al cruce diciéndole: “Pero no lo digas, mi amor...”. Pierri solo atinó a bajarle la

mano al niño, mientras Juan preguntaba “¿Por qué no lo puedo decir?” y el padre insistía con el “¡Shhh!”.

El caso puso en el centro del debate el deber de secreto profesional. ¿Mostraban los dichos del hijo que su padre había vulnerado el deber de secreto profesional? ¿Podía el padre excusarse señalando que no había existido vulneración alguna dado que la información había sido revelada solo en el ámbito de la intimidad familiar? ¿Podía el abogado defenderse diciendo que la información había sido confiada solo a la esposa, luego de hacerle prometer que no la revelaría, y que Juan la había escuchado inadvertidamente? Si el abogado señalase que en efecto había comentado algunas circunstancias del caso, pero que no había revelado nunca la identidad del imputado sobre el que estaba hablando, ¿bastaría para sostener que no hubo quebrantamiento del deber de sigilo?

Cabe señalar que Pierri sostuvo que nunca había revelado información sobre la causa. Afirmó que Juan, al igual que todos los niños que veían programas de televisión, había sido expuesto a las conjeturas que tejían los periodistas sobre la culpabilidad de Mangieri y la mecánica del crimen. Sus dichos en el programa televisivo, por lo tanto, no eran evidencia alguna de que hubiese existido algún quebrantamiento del deber de secreto profesional. Solo mostraban el profundo impacto que los medios de comunicación tienen sobre las mentes infantiles.

LAS HERRAMIENTAS LEGALES DE LA CONFIDENCIALIDAD

Como hemos señalado, los sistemas jurídicos se han ocupado de la confidencialidad con normas de diferente tipo. En general este asunto es regulado por normas penales, procesales, de ética profesional y civiles. Así, por ejemplo, en Argentina el Código Penal castiga con multa a inhabilitación a quienes “teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa” (art. 156). El Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, por su parte, señala que “[d]eberán abstenerse de declarar sobre los hechos secretos que hubieren llegado a su conocimiento en razón del propio estado, oficio o profesión, bajo pena de nulidad: los ministros de un culto admitido; los abogados, procuradores y escribanos; los médicos, farmacéuticos, parteras y demás auxiliares del arte de

curar; los militares y funcionarios públicos sobre secretos de Estado” (art. 221)¹. Finalmente, la ley de Colegiación Obligatoria, que regula el ejercicio profesional de la abogacía en la provincia de Córdoba, señala en su artículo 17, inciso 7, que los abogados tienen la obligación de “[g]uardar el secreto profesional respecto de los hechos conocidos con motivo del asunto encomendado o consultado, salvo las excepciones establecidas en la ley”.

Las normas civiles que regulan el daño resarcible también poseen relevancia a la hora de analizar la responsabilidad del abogado por la custodia de la información confidencial. La vulneración del deber de secreto puede causar daño –patrimonial o extrapatrimonial– tanto al cliente como a terceros. La responsabilidad por resarcir el daño puede ser tanto contractual como extracontractual. Por lo general, es contractual la responsabilidad que el abogado tiene por resarcir el daño producido al cliente, mientras que es extracontractual la que lo obliga frente a terceros. Un ejemplo de norma civil que establece de manera específica el deber de resarcir el daño causado por la vulneración del deber de confidencialidad por parte del abogado es el artículo 2590 del Código Civil Federal de México, según el cual “el procurador o abogado que revele a la parte contraria los secretos de su poderdante o cliente o le suministre documentos o datos que lo perjudiquen, será responsable de todos los daños y perjuicios [...]”.

Las diferentes herramientas con las que los ordenamientos jurídicos regulan la confidencialidad tienen características distintivas. Las normas penales y disciplinarias –estas últimas contenidas en los códigos de ética– dan lugar al “deber de confidencialidad”. Las normas procesales generan “exclusiones probatorias, privilegios o prerrogativas”. Las normas civiles, por último, crean el “deber de reparar”. Todas estas posiciones jurídicas son diferentes y conviene distinguirlas.

¹ Argentina tiene un sistema político federal en el que la competencia para dictar los códigos procesales y el poder de policía no han sido delegados por las provincias a la Nación. De allí que los códigos procesales y la regulación de las profesiones a través del ejercicio del poder disciplinario sea provincial. Existe un sistema judicial federal con su propio código procesal que se aplica a un conjunto específico de delitos, en relación con los cuales las provincias han delegado a la Nación el poder de policía. Este procedimiento es regulado por el Código Procesal Penal de la Nación. En lo que respecta al deber de confidencialidad, la regulación contenida en el artículo 244 de este ordenamiento es idéntica a la de Córdoba.

El “deber de reparar” que surge de las normas civiles no es propiamente uno de confidencialidad. Por el contrario, la responsabilidad civil surge una vez que la información confidencial ha sido revelada. El objetivo del resarcimiento civil no es disuadir la conducta infidente por parte del abogado, sino reparar el daño que esta causa.

Las normas procesales, por su parte, pueden establecer que no es admisible la declaración del abogado realizada sobre hechos confidenciales o que el abogado no se encuentra sujeto al deber de brindar testimonio sobre información confidencial. En el primer caso tenemos una “exclusión probatoria”, de lo cual lo establecido por el Código Procesal Criminal de la Provincia de Córdoba es un ejemplo². En el segundo caso tenemos un “privilegio o prerrogativa”. El denominado “attorney-client privilege” del sistema estadounidense es un ejemplo. Lo que este privilegio establece es que el abogado no tiene el deber de develar la información protegida ni frente a la contraparte, ni frente a las autoridades administrativas o judiciales.

El “deber de confidencialidad”, por último, surge de las normas que establecen una sanción para la conducta infidente. Las normas más gravosas son sin dudas las penales, pero también se incluyen aquí las normas disciplinarias contenidas en los denominados códigos de ética profesional. El objetivo de estas regulaciones es evitar que el abogado revele la información confidencial, castigando al que lo hace.

El modo en que los diferentes tipos de normas abordan el asunto de la confidencialidad puede ser homogéneo –de tal modo que cualquier transgresión al “deber de confidencialidad” genera daño civilmente resarcible, es nulo el testimonio sobre toda información que el abogado tiene el deber de no divulgar y nunca tiene el deber de develarla frente a la contraparte o ningún tipo de autoridad– o no. Este último es el caso, por ejemplo, en el sistema estadounidense, donde las comunicaciones

² El artículo 362 del Código Nacional de Procedimientos Penales de México contiene una exclusión probatoria semejante. Señala: “Es inadmisble el testimonio de personas que, respecto del objeto de su declaración, tengan el deber de guardar secreto con motivo del conocimiento que tengan de los hechos debido al oficio o profesión, tales como ministros religiosos, abogados, visitadores de derechos humanos, médicos, psicólogos, farmacéuticos y enfermeros, así como los funcionarios públicos sobre información que no es susceptible de divulgación según las leyes de la materia”.

protegidas por el privilegio abogado-cliente no abarcan toda la información en relación con la cual el abogado tiene el deber de guardar confidencialidad.

La atención en lo que sigue estará focalizada en el “deber de confidencialidad” dejando de lado los problemas vinculados con el “deber de reparar”, las “exclusiones probatorias” y los “privilegios” procesales. Sin embargo, lo que se diga acerca del “deber de confidencialidad” tendrá impacto en estos otros asuntos. El impacto será mayor mientras más homogéneo sea el sistema jurídico en el modo en que aborda el problema de la confidencialidad.

JUSTIFICACIÓN DE LA CONFIDENCIALIDAD

El deber del abogado de resguardar y no divulgar la información confidencial a la que ha tenido acceso ha recibido justificaciones variadas. Esto significa que es posible ofrecer múltiples razones, no todas ellas igual de fuertes, en defensa del deber de confidencialidad. Esta circunstancia atestigua el carácter central que éste deber tiene en la ética profesional de la abogacía.

Promueve el cumplimiento voluntario del Derecho

La mayoría de los ciudadanos tiene el deseo de cumplir con lo que prescriben las normas jurídicas. En algunos ciudadanos este deseo surge de la mera aceptación de las normas, en otros, de la convicción de que el aparato coercitivo del Estado es eficiente y de que, por lo tanto, al incumplimiento voluntario sobrevendrá la sanción. Siendo este el caso, la principal razón por la que los ciudadanos no se ajustan a derecho no es su falta de motivación sino su falta de conocimiento. El sistema legal contiene una pluralidad de normas, muchas de las cuales utilizan lenguaje técnico, y tiene un carácter dinámico que hace que de manera constante antiguas prescripciones sean derogadas y nuevas incorporadas. Esta complejidad del sistema jurídico hace que aun para aquellos que desean cumplir con sus prescripciones no sea fácil identificar los cursos de acción que éstas señalan. De acuerdo con este diagnóstico, el

principal obstáculo para el cumplimiento de los mandatos legales no es la falta de motivación sino la falta de conocimiento técnico.

Los abogados poseen este conocimiento especializado que puede contribuir al cumplimiento voluntario del derecho. Sin embargo, para que el abogado pueda utilizar este conocimiento para guiar al cliente es necesario que éste le transmita toda la información del caso. Sin la protección del deber de confidencialidad el cliente tendría un motivo para retener información embarazosa y comprometedora ya que la amenaza de que esta se volviese pública estaría siempre presente. El deber de confidencialidad quita uno de los obstáculos que podrían impedir que la información fluya libremente desde el cliente hacia el abogado.

Permite que el abogado sea la primera barrera frente al incumplimiento

Que el deber de confidencialidad permita que la información que recibe el abogado sea completa facilita que pueda tomar conocimiento de cualquier deseo de transgredir la legalidad que el cliente posea. A diferencia del supuesto anterior, donde el cliente tiene el deseo de cumplir, pero no sabe cómo, aquí existe el deseo de no cumplir con lo que prescribe el derecho. Por supuesto, si el cliente sospechase que el abogado puede revelar la información que recibe en confidencia, tendría motivos para no informar sus intenciones ilegales.

Que esta información llegue a manos del abogado, en parte gracias a la tranquilidad generada en el cliente por el deber de confidencialidad, posibilita que el abogado pueda actuar como primera barrera de contención frente a la conducta impropia. El abogado no es meramente un promotor de los intereses del cliente, sea cuales sean éstos, sino que ante todo es un auxiliar de la justicia. Es esta faceta de su rol comprometida con el interés público y el respeto de la ley la que el deber de confidencialidad permite ejercitar en este caso. Que el cliente le revele su deseo de incumplir el derecho brinda la oportunidad al abogado de advertirle sobre la incorrección de la conducta instándolo a abstenerse de realizarla. Puede, adicionalmente, mostrarle cursos legales de acción que permitan alcanzar de manera apropiada sus objetivos. Si nada de esto funciona, el abogado debe abstenerse de brindarle sus servicios, renunciando al patrocinio y, en ciertos casos, hasta puede proceder a la

revelación de la información confidencial para evitar la realización de la conducta delictiva³.

Dota al sistema judicial de eficiencia

Aunque la finalidad de las normas jurídicas es regular la conducta fuera de los tribunales, cuando no existe obediencia voluntaria la coacción ejercitada a través del sistema judicial entra en funcionamiento. Para que las normas jurídicas sigan teniendo poder motivador es esencial que el sistema judicial solo castigue a quienes en efecto han incumplido con las prescripciones legales. De allí que el descubrimiento de la verdad sea uno de los principales objetivos que persigue el proceso.

Con estas ideas de trasfondo, el argumento a favor del deber de confidencialidad apela a la eficiencia del sistema adversarial a la hora de desentrañar la verdad. Presentado esquemáticamente, el argumento sostiene lo siguiente. El sistema judicial es eficiente cuando sanciona solo a aquellos que en verdad han transgredido el derecho; el carácter adversarial del sistema maximiza su capacidad para descubrir los hechos que en verdad acaecieron, y el deber de confidencialidad es esencial para mantener este carácter adversarial, por lo tanto, concluye, este último deber contribuye a la eficiencia del sistema judicial.

Dando por sentado que la primera premisa es correcta y que un sistema judicial eficiente es el que sanciona solo a los culpables, las dos premisas restantes deben ser explicadas. La idea detrás de que el carácter adversarial del sistema posibilita la obtención de la verdad se apoya en la creencia de que si se permite que cada parte haga una presentación sesgada a su favor de los hechos los sesgos opuestos se cancelarán y como resultado saldrá a la luz la verdad objetiva libre de sesgos. Por supuesto, esto no deja de ser una metáfora y es necesario encontrar las razones que se encuentran detrás de ella.

³ La idea de que el abogado debe actuar como la primera barrera de contención a las intenciones ilegales del cliente es central en la tradición republicana que inspiró a algunos códigos de ética profesional. Tal como señala Robert W. Gordon, “Los abogados iban a ser los guardianes de los valores de largo alcance del legalismo, frente a las amenazas que representaban los transitorios poderes políticos y económico”: Robert W. Gordon, “The Independence of Lawyers”. *Boston University Law Review* 68, n.º 1 (1988): 14.

David Luban ha analizado dos posibles argumentos para sostener que el carácter adversarial del sistema promueve la obtención de la verdad. El primero señala que éste posee la misma estructura del método científico, el que hasta ahora se ha mostrado como el mejor para alcanzar la verdad. Al igual que en el método científico, en el proceso adversarial se proponen hipótesis acerca de los hechos y se intenta refutarlas. Cada parte presenta una hipótesis e intenta refutar la de la contraria.

El segundo argumento es tomado por Luban de uno ofrecido por Lon Fuller y John Randall. Según este segundo argumento, el sistema adversarial es el más apropiado para encontrar la verdad porque es el psicológicamente más aceptable. Esto significa que su diseño evita que surjan tensiones y sesgos. Las razones que ofrecen Fuller y Randall son variadas. Que la investigación no sea llevada adelante por un único individuo, el juez, evita que un mismo sujeto deba enfrentar la tarea psicológicamente imposible de formular dos posiciones antagónicas del modo más fuerte. Que en el sistema adversarial esta tarea la realicen dos abogados por separado, remueve esta imposibilidad. Adicionalmente, si es el juez el que tiene que elaborar una hipótesis propia acerca del caso, como sucede en el sistema inquisitivo, es posible que para evitar el avergonzamiento de tener que abandonarla por incorrecta, siga atado a ella cuando ya no existen razones para hacerlo. Esto, finalmente, lo llevará a desatender otras hipótesis que no fueron las elegidas en primer lugar por él.

Según Luban, ninguno de estos argumentos funciona. Por un lado, la analogía con el método científico falla por dos razones. En primer lugar, parte de la tarea del abogado en un proceso adversarial es evitar que la parte contraria pueda ofrecer pruebas a favor de su hipótesis, lo cual no sucede en la ciencia. En segundo lugar, muchas de las estrategias en un sistema adversarial están dirigidas a evitar que la contraria pueda presentar su caso. Esto, por supuesto, no sucede en el debate científico⁴. Por otro lado, el argumento de la llamada “aceptabilidad psicológica” es insostenible porque, en primer lugar, parece mostrar que no solo es psicológicamente imposible la tarea del juez en el sistema inquisitivo, sino también la del abogado en el adversarial. Los abogados se ponen

⁴ Luban pone como ejemplo los casos de litigio estratégico en contra de la participación pública, en donde la “celosa defensa” de los intereses del cliente es utilizada como una estrategia disuasoria frente a futuros demandantes.

paradigmáticamente en la posición de la contraparte para imaginar cuáles serán sus argumentos y cuál es el mejor modo de atacarlos. Si el argumento de Fuller y Randall acerca de que un individuo no puede formular dos posiciones antagónicas para sopesarlas fuese correcto, esta actividad de los abogados en un sistema adversarial sería tan dificultosa como la del juez en el inquisitivo. En relación con los sesgos que se producen por el hecho de que el juez elabore una hipótesis explicativa, Luban señala que también se producen sesgos en el sistema adversarial debido a que la exigencia de “celosa defensa” puede, por ejemplo, ayudar a que ciertos hechos queden sepultados⁵.

¿Implican las objeciones de Luban que el sistema adversarial no es eficiente para alcanzar la verdad? Creo que no. El objetivo de Luban es más modesto y consiste en mostrar que en relación con la búsqueda de la verdad no existe una superioridad evidente del sistema adversarial frente a sistemas judiciales alternativos. El propio Luban señala que no existen razones concluyentes para sostener que un tipo de sistema es mejor que otro desde el punto de vista de la verdad. Sin embargo, a los fines del argumento a favor del deber de confidencialidad que estamos reconstruyendo lo único necesario es que el carácter adversarial del sistema promueva la obtención de la verdad, no que sea el único modo de alcanzarla.

La segunda premisa a favor del argumento que vincula el deber de confidencialidad con la eficiencia en la búsqueda de la verdad señala, como hemos visto, que sin este deber el sistema adversarial no funcionaría. La conexión entre deber de confidencialidad y sistema adversarial es la siguiente. Para que el abogado pueda hacer una celosa defensa de los intereses del cliente es necesario que disponga de tanta información relevante como sea posible. El cliente es la fuente principal de información de la que dispone el abogado. Sin el reaseguro de la confidencialidad el cliente mantendría información sin ofrecer y la defensa de sus intereses que exige el sistema adversarial se vería comprometida. Una de las posiciones en pugna en el proceso podría verse indebidamente debilitada porque algunos de los elementos que la respaldan no han sido ofrecidos por el cliente temeroso de que la información sea revelada.

⁵ David Luban, “Legal Ethics and Human Dignity”, 33-40.

Ahora todas las piezas del argumento están en su lugar. El sistema adversarial es eficiente para encontrar la verdad, aun si no es superior a otros en este sentido. El sistema adversarial requiere que los abogados defiendan la posición de su cliente tan fuerte como sea posible. Esta defensa de los intereses del cliente es más eficiente cuanto más información recibe el abogado. El deber de confidencialidad brinda las condiciones para que la información sea revelada al abogado.

Jeremy Bentham ha dirigido una poderosa crítica a este argumento. La fuerza de la crítica reside en que acepta casi todas las premisas de la justificación que pretende atacar. Para Bentham, un sistema judicial es eficiente cuando castiga solo a los culpables. Entiende, además, que el deber de confidencialidad permite que el abogado defienda celosamente los intereses de su cliente. Sin embargo, discrepa en que el sistema adversarial —que exige que ambas partes presenten su caso del modo más fuerte posible— sea una herramienta útil para alcanzar la verdad. En este sentido, Bentham va más lejos que Luban.

De acuerdo con Bentham, el deber de confidencialidad solo beneficia a quien tiene algo que ocultar, es decir al cliente que es culpable de una acción ilegal. El cliente que es inocente de cualquier acción contraria a derecho no tiene nada que ocultar y para él la confidencialidad no tiene ningún valor. Si esto es así, el único que vería perjudicada la defensa de sus intereses si el deber no existiese sería aquel que es culpable. Que el culpable no pueda recibir la celosa defensa de un abogado contribuye a su condena y, por ende, aumenta la eficiencia del sistema. Las condenas de inocentes, por otra parte, no se ven afectadas porque como éstos no tienen nada que ocultar, el flujo de información que recibe su abogado no se ve afectado por la supresión de la confidencialidad, lo cual permite que la defensa de sus intereses sea tan celosa como lo era cuando la confidencialidad existía. La objeción de Bentham pone en cuestión que el sistema adversarial, en el que se da la confrontación de dos posiciones antagónicas con igualdad de armas jurídicas, sea un modo eficiente de encontrar la verdad. Si la parte culpable goza de menos herramientas jurídicas, la probabilidad de que reciba una condena aumenta y el sistema judicial se vuelve más eficiente⁶. Como señala John Wigmore, el argumento de Bentham señala que “evitar que el hombre culpable

⁶ Una reconstrucción del argumento de Bentham se encuentra en Luban, *op. cit.*, 80-81.

busque asesoramiento legal no es dañino para la justicia, a la vez que el hombre inocente no tendrá nada de temer y por lo tanto su búsqueda de asesoramiento legal no se verá entorpecida”⁷.

Bentham muestra que el deber de confidencialidad solo beneficia al culpable, sin perjudicar al inocente. Daniel Fischel ha ofrecido un argumento para ir más lejos al mostrar que dicho deber adicionalmente perjudica el inocente. Que todos sepan que los abogados deben mantener en secreto lo que su cliente le comunica, aun si éste es una persona deshonesto, hace que lo que el abogado dice a favor de la inocencia de su cliente tenga menos valor. Después de todo, aun si supiese que es culpable estaría diciendo lo mismo. Que el abogado deba mantener en confidencialidad lo que le revela el cliente culpable termina perjudicando lo que aquél dice a favor de quien es inocente⁸.

El centro del argumento de Bentham, que Fischel comparte, es que el único que se vería perjudicado por la supresión del deber de confidencialidad sería quien es culpable. Sin embargo, lo que el argumento muestra es algo ligeramente diferente. A lo sumo sirve para sostener que de no existir deber de confidencialidad los clientes que se creen culpables, lo sean o no, se resistirían a brindar información que crean inculpatoria. Quienes se verían perjudicados por la supresión de la confidencialidad no serían los culpables sino quienes creen que lo son. Ahora bien: dada la complejidad del sistema jurídico que hemos señalado, es perfectamente posible que alguien que en realidad es inocente haya malinterpretado su situación y se crea culpable. Pensemos, por ejemplo, en la persona que ha matado a otro, pero lo ha hecho en defensa propia y desconoce la existencia de esta causal de justificación. En este supuesto, si no existiese el deber de confidencialidad, el cliente, creyéndose culpable, podría tener reticencia de revelar a su abogado que en realidad mató y las circunstancias en que lo hizo lo que evitaría que recibiese una defensa adecuada⁹. Contrario a lo que sostiene Bentham, entonces, no es

⁷ John Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law*. Vol. 8 (Boston, Toronto: Little Brown, 1961), 552.

⁸ Daniel Fischel, “Lawyers and Confidentiality”. *University of Chicago Law Review* 65, n.º 1 (1988): 23.

⁹ David Luban, *Lawyers and Justice* (Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1988), 80.

claro que la supresión del deber de confidencialidad solo perjudique a culpables y mejore la eficiencia del sistema judicial.

Dota al sistema judicial de legitimidad

Condenar a los culpables y absolver a los inocentes no es lo único que valoramos en el proceso judicial. Aun si alcanzamos este resultado de manera eficiente también interesa el modo en que hemos llegado a él. Ciertos procedimientos de tomar decisiones nos parecen incorrectos, aun si sus resultados son eficientes. Un procedimiento de toma de decisiones en el que los afectados no pudiesen tomar parte, haciendo escuchar sus opiniones y haciendo valer sus intereses, donde fuesen tratados como meros súbditos de quienes solo se espera obediencia, parece inapropiado. Así, por ejemplo, si se condena a un culpable, pero se hace obteniendo una confesión mediante torturas, la imposición de la condena nos parece ilegítima. No porque el acusado sea inocente, o porque los medios utilizados sean ineficientes, sino porque el modo de hacerlo nos parece ilegítimo.

El deber de confidencialidad, según este argumento, permite que los intereses y opiniones de los posibles afectados por la sentencia judicial sean considerados en su proceso de elaboración. La confidencialidad garantiza el flujo de información desde el cliente hacia el abogado, lo cual permite que aquél pueda darle a conocer cuáles son sus ideas e intereses. Sin esta garantía el abogado no dispondría de toda la información y existirían ciertas opiniones e intereses del cliente que no serían audibles en el proceso judicial. Es importante señalar que, según este argumento, que el cliente pueda expresarse no es instrumentalmente valioso porque mejora la eficiencia del sistema, sino intrínsecamente valioso porque permite que sea tratado como un agente moral con opiniones e intereses propios.

David Luban sostiene que si el proceso judicial no permitiese que las partes pudiesen expresar su propio punto de vista sobre los asuntos debatidos, su dignidad como seres humanos estaría siendo vulnerada¹⁰. Tratar al otro de manera digna, sostiene, implica reconocerlo como alguien que

¹⁰ Luban se apoya en un argumento que conecta la dignidad humana con el derecho a recibir asistencia letrada ofrecido por Alan Donagan.

percibe la realidad desde su propio punto de vista, que no puede ser obviado o anulado. Así, continúa, “[u]n sistema procesal que simplemente amordazara a uno de los litigantes y se rehusase si quiera a considerar su versión del caso estaría, de hecho, tratando su historia como si no existiese y su punto de vista como si fuese literalmente despreciable”¹¹. El deber de confidencialidad genera las condiciones para que el cliente pueda contar su historia, esto es su versión de los hechos, al abogado, y éste, a su vez, pueda introducirla dentro del proceso. Suprimir la confidencialidad implicaría amordazar al cliente con el temor de la posible revelación, impidiendo la comunicación libre con su abogado, haciendo que el proceso judicial vulnere su dignidad y carezca de legitimidad.

Existe un segundo modo en que la supresión del deber de confidencialidad menoscaba la dignidad de las partes en el proceso judicial y compromete su legitimidad. Si la confidencialidad es eliminada, señala Luban, el cliente enfrenta un trilema de opciones desagradables. En primer lugar, el cliente puede elegir callar su historia. En segundo lugar, puede mentir. Finalmente, y esta es la opción relevante para el presente argumento, puede revelar su historia al abogado aceptando el riesgo de que este la haga pública. En los dos primeros supuestos, la supresión de la confidencialidad amordaza al cliente, lo cual afecta su dignidad de la manera señalada en el párrafo anterior. La tercera alternativa, en cambio, implica un ataque a la dignidad diferente.

El cliente que revelase información autoincriminatoria al abogado, corriendo el riesgo de que éste pudiese ser compelido a revelarla por orden de un tribunal, estaría siendo obligado a declarar en contra de sí mismo. La supresión de la confidencialidad haría que el individuo fuese obligado a generar prueba que será utilizada en contra de él mismo. Para Luban esto implica fracturar al individuo en dos mitades, afectando su dignidad como agente moral. Una mitad del individuo tiene interés en evadir la condena. La otra mitad es obligada a actuar como testigo, esto es como auxiliar del Estado. Esto, concluye Luban, implica “tratar al individuo como insignificante, como si su subjetividad no existiese o no tuviese valor”¹².

¹¹ David Luban, “Lawyers as Upholders of Human Dignity (When They Aren’t Busy Assaulting It)”. *University of Illinois Law Review*, 2005, 819.

¹² Luban, “Lawyers as Upholders of Human Dignity”.

Alivia las tensiones del rol profesional

Las razones a favor de la confidencialidad ofrecidas hasta aquí han estado focalizadas en sus efectos benéficos sobre el cumplimiento voluntario de las normas jurídicas, la evitación de su transgresión y la promoción de la eficiencia y la legitimidad del proceso judicial que busca identificar las transgresiones acaecidas. Las últimas razones que examinaremos tienen que ver con el efecto benéfico que la confidencialidad tiene sobre los abogados.

Suprimir el deber de confidencialidad pondría al abogado en una situación insostenible. Por un lado, la relación que el abogado entabla con su cliente crea el ambiente propicio para que las confidencias tengan lugar. Además, para poder brindar adecuadamente sus servicios, el abogado requiere que el cliente le brinde información reservada. Por el otro, el abogado es obligado a revelarla frente al tribunal. En estas circunstancias, señala Wigmore, el abogado no puede dejar de sentir “la desagradable inconsistencia de ser al mismo tiempo quien solicita y quien revela los secretos de la causa. Esta actitud dual crearía un estado moral insalubre en quienes ejercen la profesión”¹³.

NOCIONES BÁSICAS

Todos los elementos del deber de confidencialidad –sujeto obligado, contenido de la obligación, origen y extinción– han sido objeto de reflexión. En esta sección ofrecemos las respuestas estándares que se han ofrecido

¹³ Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Pienso que el argumento de Wigmore parece razonable porque revelar los secretos ubica al cliente en una situación de vulnerabilidad. Con esta idea de trasfondo la situación sería la siguiente. Para cumplir su tarea, el abogado le requiere información confidencial al cliente poniéndolo en una situación de vulnerabilidad y luego, aprovechándose de esta indefensión, lo daña revelando la información.

En otro lugar he explorado otras exigencias morales que se siguen de esta situación de vulnerabilidad en la que es puesto el cliente. Específicamente, he mostrado que sobre el abogado pesan exigencias de creer en la inocencia del cliente cuando éste la sostiene. Estas razones para creer en su inocencia son independientes de las razones epistémicas. Hugo Omar Seleme, “Ética de las creencias y defensa legal”. *Ius et Praxis* 21, n.º 2 (2015): 481-97.

para focalizarnos luego en las excepciones al deber de confidencialidad que son, por lejos, las que mayor debate han generado.

El sujeto pasivo del deber de confidencialidad es indubitavelmente el abogado que, en tal carácter, establece una relación profesional con el cliente. No obstante, la mayor parte de los abogados son auxiliados en la realización de sus tareas por secretarios, asistentes, investigadores, traductores, etc. La pregunta en estos casos es si estas personas también se encuentran alcanzadas por el deber de confidencialidad o si, por el contrario, éste se restringe solo a la persona del abogado.

Dado que, como se verá, una de las razones que justifican el deber de confidencialidad tiene que ver con brindar las condiciones para que el cliente pueda ejercitar de manera efectiva su derecho a recibir asistencia legal, sería irrazonable sostener que la acción de revelar información confidencial solo es incorrecta cuando la realiza el abogado, pero es permisible cuando es efectuada por alguno de sus asistentes. Esto es así aun en el supuesto de que la responsabilidad disciplinaria recaiga exclusivamente sobre el abogado de quien dependen los auxiliares que hayan divulgado la información. Si el código de ética profesional señala que el deber de confidencialidad pesa solo sobre el abogado, esto implica que él es el principal responsable del comportamiento de sus auxiliares. Éstos, por su parte, aunque exentos de responsabilidad disciplinaria, todavía pueden quedar sujetos a responsabilidad penal o civil por la revelación indebida.

En lo que respecta al abogado, es importante destacar que se vuelve sujeto pasivo de esta obligación cuando actúa en calidad de abogado. Si alguien tiene un amigo abogado y decide hacerle una confidencia con el objeto de que éste le brinde un consejo como amigo, pero no un consejo legal, el amigo abogado no es sujeto pasivo de ninguna obligación de confidencialidad. Tal sería el supuesto si, por ejemplo, le confiesa a su amigo abogado que mantiene una relación extramarital y que no sabe si acabar con su matrimonio o no. Diferente sería la situación si la consulta con el amigo abogado es realizada con el objeto de que lo represente en el juicio de divorcio que, debido a la relación extramarital, pretende iniciar. En este segundo supuesto, como la revelación ha sido hecha al abogado en su condición de tal, puede sostenerse que este se ha vuelto sujeto pasivo del deber de confidencialidad.

El contenido del deber de confidencialidad tiene un núcleo claro que es reconocido en todos los ordenamientos, y una zona periférica en la

que existen posiciones discrepantes. Este núcleo hace referencia a la información secreta vinculada con la representación o asesoramiento que le ha sido confiada o comunicada por el cliente a su abogado. El caso paradigmático sería aquel en el que el cliente le revela al abogado, en una comunicación cara a cara, un hecho que no es de conocimiento público y que tiene relevancia para el asunto legal en cuestión. Imaginemos que en el caso con el que iniciamos el capítulo, Mangieri hubiese confesado a Pierri que efectivamente asesinó a Ángeles Rawson. Sin duda esta información estaría alcanzada por el deber de secreto profesional.

Un supuesto diferente es el referido a la información secreta y vinculada con la representación o asesoramiento, que ha llegado a conocimiento del abogado, pero no porque el cliente se la haya comunicado. Es usual que los abogados, especialmente en materia penal, lleven adelante algún tipo de investigación para preparar el caso de su defendido. La información recolectada allí generalmente no es pública y está vinculada con el caso, pero no ha sido comunicada por el cliente. Imaginemos, por ejemplo, que Pierri al examinar la vivienda de Mangieri hubiese encontrado algunas prendas de vestir muy semejantes a las que la víctima utilizaba al momento de ser asesinada. Aunque la mayoría de los códigos éticos extiende la protección a este tipo de información, no sucede lo mismo con las exclusiones probatorias introducidas en las normas procesales.

Así, por ejemplo, en Estados Unidos el privilegio “abogado-cliente” solo cubre la información comunicada o transmitida por el cliente, mientras que el deber de confidencialidad establecido en las reglas de la ABA hace referencia a toda la “información relativa a la representación”, sin distinguir si esta ha sido revelada por el cliente o encontrada por el abogado. Por el contrario, en otros ordenamientos, como el de Córdoba (Argentina), ambas protecciones son coextensivas. El Código de Ética prescribe la obligación de “[g]uardar el secreto profesional respecto de los hechos conocidos con motivo del asunto encomendado o consultado” (art. 17.7) y el Código Procesal Penal prescribe que los abogados “[d]eberán abstenerse de declarar sobre los hechos secretos que hubieren llegado a su conocimiento en razón del propio estado, oficio o profesión, bajo pena de nulidad” (art. 221).

La identidad del cliente y el asunto legal por el que requiere los servicios de un abogado se encuentran alcanzados por el deber de

confidencialidad. Las razones son fáciles de advertir. Para utilizar nuevamente el caso con el que introducimos este capítulo, supongamos que cuando la fiscalía tenía su mirada focalizada en el padraastro de Ángeles, y Mangieri solo había sido citado como testigo, éste decide realizar una consulta legal, para lo cual busca a Pierri. Como es lógico, Mangieri desea que el hecho de la consulta con un abogado penalista permanezca en secreto, ya que de conocerse esto alertaría a la fiscalía sobre su comportamiento sospechoso. Las personas que son llamadas a testificar sobre hechos que no los involucran de manera directa rara vez consultan a un abogado. Si el abogado de Mangieri revelase esta información sin dudas habría traicionado la confianza que aquél depositó en él. Por supuesto, esta obligación cesa cuando el propio cliente revela la información o cuando esta se vuelve pública.

Como es obvio, este deber de mantener en secreto la información acerca de la identidad del cliente y el asunto que motiva su consulta legal no se circunscribe a los temas penales. Imaginemos que una persona tiene dudas acerca de si iniciar o no una acción de divorcio y decide obtener información de un profesional. Supongamos que el cliente considera, como es razonable, que si su cónyuge se enterara de la consulta esto definitivamente acabaría con su matrimonio y por este motivo ha mantenido la consulta en secreto. En este caso el asunto mismo de la consulta, referida a los trámites de divorcio, y la identidad del cliente también se encuentran alcanzados por el deber de confidencialidad.

El momento en que se origina el deber de confidencialidad es anterior al inicio de la relación abogado-cliente. Esta relación es establecida cuando el cliente requiere asistencia legal y el abogado consiente en brindarla. Sin embargo, es usual que el cliente brinde información confidencial al abogado durante los preliminares al establecimiento de la relación abogado-cliente. Es natural que el abogado antes de consentir brindar asistencia legal –como asesor, representante o patrocinante– necesite conocer cierta información del caso, por el cual se requieren sus servicios. Sin esta información preliminar, ningún consentimiento puede ser brindado. Desde el momento en que se inician estos preliminares, toda la información que no es de conocimiento público vinculada con la causa que motiva el requerimiento de los servicios del abogado se encuentra protegida por el deber de confidencialidad. Esto con total independencia de que la relación abogado-cliente finalmente no se

configure porque el abogado no consienta brindar asistencia legal o la persona que requiere sus servicios desista de su petición¹⁴.

Para aclarar lo que queremos decir, imaginemos que Mangieri hubiese comenzado tratativas con Pierri para que este lo representara en el proceso penal. Supongamos que Pierri le hubiese señalado que él selecciona con cuidado las causas que representa y que, por lo tanto, antes de decidir aceptar la representación debía tener más información sobre los hechos que se iban a ventilar en el proceso. Imaginemos que Mangieri le hubiese relatado con todo detalle lo sucedido el día en que asesinó a Ángeles, cómo intentó abusar de ella, cómo ella se resistió, cómo la asfixió colocándole su mano sobre la boca mientras con la otra apretaba su cuello y cómo colocó el cadáver en una bolsa de residuos para deshacerse de él. Supongamos además que, contrario a lo que sucedió de hecho, el abogado, asqueado por lo aberrante de los hechos, le hubiese comunicado que no era posible para él asumir la representación. Dada la reacción emocional que le producía el caso, no hubiese sido un buen defensor. En este supuesto es posible sostener que la relación abogado-cliente no ha quedado configurada, dado que el abogado no ha consentido en suministrar sus servicios, pero sin duda toda la información revelada por Mangieri se encuentra protegida por el deber de confidencialidad.

Finalmente, *el momento en que se extingue* el deber viene dado por dos circunstancias. La primera consiste en que el cliente a través de su consentimiento informado releve al abogado del deber de mantener en secreto la información obtenida¹⁵. Aunque parece natural sostener que

¹⁴ Según lo señalado el abogado tiene un deber de confidencialidad aun respecto de quienes no llegaron a ser nunca sus clientes. Teniendo esta aclaración en mente, y para simplificar la exposición, en todo el capítulo he utilizado la expresión “cliente” para referirme a la persona protegida por el deber.

¹⁵ Diversos ordenamientos reconocen expresamente al consentimiento como modo de extinguir el deber de confidencialidad. Uno de los más detallados es el Código de Ética Profesional del Colegio de Abogados de Chile que distingue entre consentimiento, expreso y presunto. El artículo 50 establece que “[n]o falta a su deber el abogado que revela información sujeta a confidencialidad con el consentimiento expreso o presunto de su cliente.” El artículo 51 detalla cuando se configura el consentimiento expreso y dice que “...debe ser prestado con la debida ilustración por parte del abogado que lo solicita. La autorización del cliente no obliga al abogado a revelar información sujeta a confidencialidad. El abogado informado por terceros de haber sido relevado por su cliente debe cerciorarse, en forma previa a la revelación, de que esa liberación es efectiva. En cualquier momento el cliente puede revocar su consentimiento.” Por su parte,

el confidente es el que tiene control sobre el secreto y que por ende puede liberar al abogado del deber de custodiarlo, existen códigos de ética profesional que aparentemente han optado por una solución diferente. Así, por ejemplo, las Normas de Ética Profesional del Colegio Público de Abogados de la Provincia de Buenos Aires sostienen que “[l]a 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” (art. 11.II). Creo, no obstante, que hasta esta norma puede dejar cabida a la extinción del deber por consentimiento del cliente. La “exención” de un deber hace que este no surja, mientras que la “extinción” hace que un deber que ha surgido desaparezca. La norma en cuestión señala que indefectiblemente el deber de confidencialidad surge y que el cliente no puede *ex ante* brindar su consentimiento para liberar al abogado. El deber es “absoluto”, como señala la norma, porque pesa sobre todo abogado y ni siquiera el consentimiento del confidente puede hacer que el deber no aparezca. Esto, sin embargo, es diferente de señalar que una vez aparecido el deber puede ser “extinguido” por el consentimiento del afectado. Sobre este segundo punto, la norma no prescribe nada¹⁶.

La segunda circunstancia que, de manera paradigmática, extingue el deber de confidencialidad es que la información se haya vuelto pública. Dado que el contenido del deber se refiere a la información secreta

el artículo 52 se refiere al consentimiento presunto y dice: “Se presume que el cliente consiente la revelación que es conveniente para la exitosa prestación de los servicios profesionales del abogado a ese cliente, a menos que éste haya dispuesto algo diferente. En caso de duda, el abogado debe confidencialidad.” El consentimiento presunto también está incluido como causal de extinción en la segunda parte del inciso a de la regla 1.6 de las Model Rules de la ABA, que sostiene que el abogado debe confidencialidad salvo que “[...] la revelación esté implícitamente autorizada para llevar a cabo la representación [...]”.

¹⁶ Este modo de entender el carácter “absoluto” del deber –haciendo referencia a que su surgimiento es inevitable y no puede ser evitado por el consentimiento del cliente– permite armonizar lo que señala el artículo 12 al referir que el deber “cede” en ciertas circunstancias. El deber es “absoluto” no porque su peso sea irrefutable, y no ceda, o porque no pueda ser extinguido, sino porque todo abogado se encuentra sujeto a él. Una interpretación contraria de este artículo y del rol que se adjudica en el mismo al consentimiento informado puede encontrarse en el manuscrito inédito de Eduardo Rivera López sobre confidencialidad, Eduardo Rivera Lopez, “Confidencialidad”, en *Manual de Ética Profesional de la Abogacía*, s. f., y en su capítulo del presente libro.

vinculada con la representación o asesoramiento que se requiere del abogado, es lógico que una vez que el carácter secreto de la información ha desaparecido lo mismo suceda con el deber de no divulgarla. Imaginemos que Mangieri hubiese consultado a su abogado antes de que el cuerpo de Ángeles fuera encontrado y le hubiese revelado que lo había depositado en una bolsa de residuos. Supongamos que su abogado luego de una breve investigación hubiese podido determinar que los camiones de residuos de esa zona descargan los desechos en la planta de residuos de la CEAMSE de la localidad bonaerense de José León Suárez. Supongamos que para corroborar los dichos de Mangieri el abogado se hubiese trasladado allí y hubiese constatado que los restos de Ángeles efectivamente yacían en ese lugar. Por supuesto, toda esta información está protegida por el deber de confidencialidad. Sin embargo, tal deber desaparece una vez que los empleados de la CEAMSE descubren por sus propios medios la bolsa de residuos con los restos mortales de Ángeles y lo comunican a las autoridades. A partir de ese momento carece de sentido que el abogado deba guardar secreto acerca del lugar donde se encuentra el cuerpo. Sin embargo, como es obvio, debe seguir manteniendo reserva acerca del hecho de que su cliente le reveló el lugar, dado que esta pieza de información no ha adquirido carácter público.

Un punto controvertido es el referido a si el deber de confidencialidad se extingue con la muerte del cliente. Es generalmente aceptado que el abogado debe guardar en secreto la información confiada, aun después de que el cliente haya muerto. Una de las razones para justificar esta peculiaridad del deber de confidencialidad es que a las personas les importa lo que sucederá luego de su fallecimiento, y la posibilidad de que su honra o buen nombre sea dañada por alguna revelación *post mortem* haría que fuesen reticentes a transmitir información sensible a su abogado. Hacer que el deber de confidencialidad se extienda más allá de la muerte del cliente ayuda a aminorar este temor.

Sostener que el deber de confidencialidad pervive al cliente ha dado lugar a controversias. Uno de los casos más dramáticos ha sido el de Lee Wayne Hunt¹⁷. En 1986 él y Jerry Cashwell fueron condenados por el

¹⁷ Sigo la descripción de los hechos que se encuentra en Adam Belsey, “When Innocence is Confidential: A New and Essential Exception to Attorney-Client Confidentiality”. *Santa Clara Law Review* 56, n.º 1 (2016): 147-176.

asesinato de Roland y Lisa Matthews. Lee Wayne Hunt sostuvo que él no había tenido nada que ver, pero la fiscalía sostuvo la acusación en su contra y Jerry Cashwell no hizo nada para negarla. La prueba inculpatoria contra Lee Wayne Hunt fue una prueba balística realizada por el FBI y dos testigos que lo implicaban en el homicidio¹⁸. Uno de los testigos se encontraba en prisión al momento de brindar testimonio y en ambos casos las declaraciones fueron obtenidas a cambio de beneficios concedidos por la fiscalía. En el 2002 Jerry Cashwell se suicidó y el defensor público encargado de su caso, Staples Hughes, decidió revelar que Cashwell le había confesado que había cometido los asesinatos solo. Hughes concluyó que siendo Lee Wayne Hunt inocente y habiendo muerto su cliente, era éticamente permisible revelar la información para provocar un nuevo juicio que esta vez declarase la inocencia de Lee Wayne Hunt. En el 2007 tuvo lugar la audiencia preliminar para solicitar un nuevo juicio para Hunt. El juez advirtió a Hughes que no revelara la información confidencial ya que si lo hacía se vería obligado a denunciarlo ante el Colegio de Abogados. Hughes decidió continuar adelante arguyendo que dado que el cliente ya estaba muerto la revelación no podía dañarlo y en cambio beneficiaría a alguien injustamente encarcelado. El juez consideró que su testimonio era nulo, por lo que no lo consideró, y denunció su conducta al Colegio para que fuese sancionado. No hubo nuevo juicio y la decisión fue confirmada por la Cámara de Apelación y la Corte Suprema de North Carolina. Los intentos sucesivos de obtener un nuevo juicio para liberar a Lee Wayne Hunt fueron incesantes e infructuosos. Murió en prisión en febrero del 2019.

El caso presenta una serie de aristas. Una de ellas es la referida a si el deber de confidencialidad debe ceder frente a la exigencia de evitar que un inocente padezca una condena. Sin dudas este es un problema acuciante, pero presupone que el deber de confidencialidad no se extingue con la muerte del cliente. Precisamente la situación es compleja para el abogado porque el deber de confidencialidad que persiste más allá de la muerte del cliente parece entrar en conflicto con el deber de evitar dañar a un inocente. Tanto el abogado como el juez acuerdan en

¹⁸ En el año 2005 el FBI informó que la técnica utilizada para realizar la prueba balística era científicamente inválida. Por su parte, los dos testimonios inculpatorios fueron obtenidos a cambio de beneficios conferidos por la fiscalía. Uno de los testigos se encontraba en prisión.

que el deber de confidencialidad existe. Su punto de discrepancia es si debe ceder frente a otras exigencias en conflicto.

Cuáles son las consideraciones que hacen que el deber de confidencialidad ceda ha sido un asunto sobre el que tanto los teóricos como los operadores jurídicos han insumido tiempo y esfuerzo. Dada la centralidad que tiene el deber de confidencialidad en la configuración del rol profesional, y la pluralidad de deberes que lo acompañan, tal circunstancia no es de extrañar.

EXCEPCIONES AL DEBER DE CONFIDENCIALIDAD

Estamos en presencia de una excepción al deber de confidencialidad cuando existen razones a favor de la revelación de la información mantenida en custodia que hacen que el deber ceda. Esta situación debe ser cuidadosamente distinguida de otras dos que, aunque cercanas, presentan diferencias.

En primer lugar, las situaciones de excepción deben distinguirse de las situaciones de extinción. Cuando se dan las circunstancias que hacen extinguir el deber, éste directamente desaparece. A partir del momento de la extinción no existe ninguna razón a favor de resguardar la información. Por el contrario, cuando estamos en presencia de una excepción las razones a favor de la confidencialidad siguen estando presentes, solo que razones en sentido contrario de mayor peso o importancia hacen su aparición. El balance de estas razones en conflicto puede dar lugar a que se concluya que en el caso abarcado por la excepción existe un deber de revelar por parte del abogado o meramente un permiso de hacerlo. Los diferentes códigos de ética profesional son discrepantes sobre este punto.

Esta distinción permite llamar la atención sobre el modo en que debe comportarse el abogado cuando se encuentra en presencia de una excepción al deber de confidencialidad. Dado que las razones a favor de mantener el secreto siguen existiendo, solo que han sido derrotadas por otras, el abogado debe extremar los recaudos para determinar si existen otros cursos de acción menos gravosos que la revelación de información confidencial que permitan alcanzar los mismos objetivos. Si las razones que existen a favor de la revelación también dan sustento a otro curso de acción que se encuentra disponible para el abogado, éste debe haberlo intentado antes de que la revelación se encuentre justificada.

Si luego de examinar los cursos de acción alternativos a la revelación de información confidencial el abogado llega a la conclusión de que no existe otra opción que proceder al develamiento, entonces una segunda restricción entra a jugar. El monto de información revelado y el número de personas a las que se brinda acceso a la información debe ser el mínimo requerido para satisfacer las razones que en primer lugar justificaron el develamiento. La presencia de una circunstancia en la que el deber de confidencialidad es exceptuado no permite al abogado revelar toda la información que se encuentra bajo su custodia sin más.

La diferencia entre una causal de extinción y una de excepción debería ser ahora clara. Cuando una causal de extinción se configura, el deber de confidencialidad desaparece y, como es obvio, no existe ninguna conducta del abogado que sea pasible de transgredirlo. Por el contrario, aun en el supuesto de que las causales de excepción se encuentren presentes el abogado puede transgredir su deber de confidencialidad si existe un curso de acción alternativo a la revelación que el abogado no intentó, o si el monto de información develado y el número de personas expuestas excede el mínimo requerido.

Las segundas situaciones de la que deben distinguirse las excepciones son aquellas que hacen que el deber de confidencialidad no tenga lugar. Estas circunstancias no hacen que el deber de confidencialidad desaparezca, como sucede con las causales de extinción, ni que ceda frente a otras consideraciones, como sucede con las causales de excepción, sino que impiden que el deber de confidencialidad aparezca. Así, por ejemplo, el hecho de que el cliente transmita información a su abogado en la privacidad de la consulta con el objetivo de recibir asesoramiento legal no basta para que el deber de confidencialidad aparezca si la información en cuestión es de público conocimiento. Esto es así, aun si el abogado erróneamente cree que la información es privada. El abogado no tiene el deber de confidencialidad porque, aunque se dieron algunas circunstancias para que tal exigencia apareciese, no se dieron todas.

Las excepciones en los códigos

Algunos códigos de ética profesional han incorporado un detallado listado de las situaciones de excepción. Tal es el caso, por ejemplo, de las

Model Rules de la American Bar Association. La regla 1.6 en el inciso *b*, dedicado a las excepciones, dice:

El abogado tiene permitido revelar información relacionada con la representación de un cliente en la medida en que crea razonablemente que es necesario para:

1. prevenir la muerte o el daño físico sustancial con un grado razonable de certeza;
2. prevenir que el cliente cometa un crimen o un fraude que, con un grado razonable de certeza, resultará en un daño sustancial a los intereses financieros o la propiedad de otra persona y en cuya consecución el cliente ha usado o está usando los servicios del abogado;
3. prevenir, mitigar o rectificar un daño sustancial a los intereses financieros o a la propiedad de otra persona que, con un grado razonable de certeza, ha resultado de la comisión de un crimen o un fraude por parte del cliente, en cuya consecución éste ha utilizado los servicios del abogado;
4. asegurar el asesoramiento legal acerca de la obediencia del abogado a estas reglas;
5. establecer un reclamo o defensa del propio abogado en una controversia entre el abogado y el cliente, establecer una defensa frente a una acusación penal o civil contra el abogado basada en una conducta en la cual el cliente está involucrado, o responder una acusación en cualquier litigio concerniente a la representación por parte del abogado del cliente en cuestión;
6. cumplir con una ley o una orden judicial; o
7. detectar y resolver conflictos de intereses que surjan del cambio de empleo del abogado o de cambios en la composición o propiedad del estudio jurídico; pero solo si la información revelada no compromete el privilegio abogado-cliente o perjudica de cualquier modo al cliente.

El Código de Ética del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (Argentina) también enuncia expresamente excepciones. El artículo 10 (h), en referencia al deber de confidencialidad, señala que el abogado “[s]ólo queda exceptuado: a) cuando el cliente así lo autorice; b) si se tratare de su propia defensa”. De acuerdo con lo que hemos

señalado, el inciso *a* incluye como una causal de excepción lo que en realidad es una causal de extinción, por lo que el artículo propiamente reconoce solo una excepción.

Las Normas de Ética Profesional del Colegio Público de Abogados de la Provincia de Buenos Aires también detallan excepciones. Aunque erróneamente las trata como causales de extinción, se trata de dos excepciones. El artículo 12 dice:

- I. La obligación del secreto profesional cede a las necesidades de la defensa personal del abogado cuando es objeto de acusaciones por su cliente. Puede, entonces, revelar tan sólo lo que sea indispensable para su defensa y exhibir los documentos que aquél le haya confiado.
- II. Cuando un cliente comunica a su abogado la intención de cometer delito, la reserva de la confidencia queda librada a la conciencia del abogado quien, en extremo ineludible, agotados otros medios, puede hacer las revelaciones necesarias para prevenir el acto delictuoso o proteger a las personas en peligro.

La exigencia de que se revele solo “lo indispensable para su defensa”, en el primer supuesto, y de que la revelación sea “ineludible” y que se hayan “agotado otros medios”, en el segundo, da cuenta de que el deber de confidencialidad no se ha extinguido y de que estamos en presencia de meras excepciones. De haberse extinguido todos estos recaudos carecerían de sentido.

El Código de Ética Profesional de la Junta de Decanos de los Colegios de abogados del Perú distingue entre causales –de extinción o excepción– que vuelven facultativa la revelación por parte del abogado (art. 36) y causales que hacen tal revelación obligatoria (art. 37). En las primeras incluye “la defensa de sus legítimos intereses frente a la autoridad, dentro o fuera de un proceso sancionador”¹⁹. En las segundas enuncia aquellas circunstancias en las que la revelación “sea necesaria,

¹⁹ En el mismo artículo incluye el supuesto en que el abogado “[c]uente con el consentimiento informado expreso y previo del cliente, debiendo constar por escrito”. Incluir en el mismo artículo esta causal de extinción con una de excepción no representa ni un error conceptual ni uno de técnica legislativa, toda vez que el criterio clasificador utilizado por el código es el de cuándo la revelación es facultativa y cuándo obligatoria, en lugar del tipo de causal que da origen a la facultad o el deber.

para evitar que el cliente cause un daño grave a la integridad física, psicológica o a la vida de una persona”.

La misma distinción entre causales de extinción que vuelven facultativa u obligatoria a la revelación se encuentra presente en el Código de Ética Profesional del Colegio de Abogados de Chile. El deber de revelar está establecido en el artículo 53, que dice: “El abogado debe revelar la información sujeta a confidencialidad para evitar la comisión o consumación de un crimen”. El artículo 54 enuncia las causales de excepción que vuelven facultativa la revelación y dice:

El abogado puede revelar información sujeta a confidencialidad:

- (a) para evitar un serio peligro de muerte o de grave daño corporal para una o más personas;
- (b) para evitar la comisión o consumación de un simple delito que merezca pena aflictiva;
- (c) para obtener consejo ético profesional, siempre que la revelación se haga a otro abogado bajo confidencialidad;
- (d) para defenderse de una imputación grave formulada en contra suya o de sus colaboradores en relación con el servicio profesional prestado al cliente; o en relación con hechos en los cuales tuvo parte el cliente;
- (e) para cobrar los honorarios que le son debidos;
- (f) para cumplir con un deber legal de informar o declarar [...];
- (g) en otro caso expresamente autorizado por las reglas de la ética profesional.

También enuncia excepciones el Código Disciplinario del Abogado de Colombia. Su artículo 34, al enunciar las faltas de lealtad al cliente, dice en su inciso *f*: “Revelar o utilizar los secretos que le haya confiado el cliente, aun en virtud de requerimiento de autoridad, a menos que haya recibido autorización escrita de aquel, o que tenga necesidad de hacer revelaciones para evitar la comisión de un delito”²⁰.

²⁰ Nuevamente tenemos aquí juntas a una causal de extinción y una de excepción. Sin embargo, al igual que sucede con el código de Perú, reunir las no representa un error dado que su presencia exime por igual al abogado de realizar una conducta desleal, criterio clasificatorio utilizado por el código.

Por el contrario, algunos códigos de ética profesional no contienen una enunciación detallada de las excepciones al deber de confidencialidad. Este es el caso del código de ética del Colegio de Abogados de la Provincia de Córdoba (Argentina), que simplemente contiene una cláusula genérica de excepción. El artículo 19.7, luego de establecer el deber de los abogados de guardar secreto, agrega: “salvo las excepciones establecidas en la Ley”. La cláusula genérica no puede ser especificada por remisión, por ejemplo, a la ley penal, ya que, como hemos visto, el artículo 156 del Código Penal argentino establece de modo igualmente genérico que la revelación del secreto está justificada cuando exista “justa causa”. La misma excepción genérica se encuentra presente en el Código Penal mexicano en su artículo 210^[21].

El hecho de que la normativa que establece el deber de confidencialidad no incorpore de manera expresa excepciones específicas no significa que estas no existan, sino simplemente que se encuentran implícitas. En los sistemas que han optado por esta alternativa la tarea del intérprete es más ardua porque el legislador no le ha ofrecido guías acerca de cuáles son las excepciones que sobre el deber de confidencialidad generan los otros deberes y requerimientos que pesan sobre la conducta del abogado. La tarea de contrapesar las razones que pesan a favor de la confidencialidad y las que pesan a favor de la revelación en las diferentes situaciones que puede enfrentar el abogado no ha sido llevada adelante por el legislador y, por ende, debe ser acometida por el intérprete.

Aun en el caso extremo en el que la norma que impone el deber de confidencialidad no contuviese excepción alguna, ni siquiera una genérica, todavía sería necesario buscar excepciones implícitas. Esta tarea sería necesaria no solo en el caso, por demás improbable, de que

²¹ El artículo 210 presenta un problema interpretativo dado que no es claro si establece una causal genérica de excepción –la justa causa– y una causal de extinción –el consentimiento informado del cliente– o, por el contrario, ha establecido una causal de extinción del deber con dos requerimientos –la justa causa y el consentimiento–. El texto señala: “[...] se impondrán de treinta a doscientas jornadas de trabajo en favor de la comunidad, al que, sin justa causa, con perjuicio de alguien y sin consentimiento del que pueda resultar perjudicado, revele algún secreto o comunicación reservada que conoce o ha recibido con motivo de su empleo, cargo o puesto”. El artículo 211 agrava la pena cuando la revelación es realizada por alguien que ha tenido acceso a la información debido a su profesión. Sergio Iván Anzola Rodríguez parece inclinarse por interpretar el plexo normativo como conteniendo una excepción genérica (2018, p. 78).

asumiésemos que el único deber que tiene el abogado es el de confidencialidad. Si, por el contrario, aceptamos que sobre él pesan otros requerimientos —como el de ser auxiliar de la justicia, el de veracidad, el de no dañar, el de buena fe, entre otros—, entonces la tarea es determinar si las exigencias que se siguen de éstos pueden hacer ceder, en ciertas circunstancias, la exigencia de confidencialidad.

Análisis de las causales de excepción

Las causales de excepción se presentan cuando al ponderar las razones que existen a favor del develamiento de la información éstas pesan más que el deber de confidencialidad. Estas razones en sentido contrario pueden provenir básicamente de tres fuentes: el resto de los deberes que deben satisfacer los abogados en el ejercicio profesional, los derechos de terceros y los derechos del propio abogado. Como he señalado, la lista de excepciones específicas presente en algunos códigos es fruto del trabajo de ponderación de estos requerimientos en sentido contrario. Es lógico tomar las causales identificadas por ellos como guía para el análisis.

Evitar un daño grave a la integridad física o a la vida de una persona

Se trata de una causal sobre la que existe un amplio consenso en los códigos de ética profesional. Como hemos visto, la excepción es enunciada en la regla 1.6 apartado *b* inciso 1 de las Model Rules de la ABA; en el artículo 37 del Código de Ética Profesional de la Junta de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú, que agrega como causal la protección de la integridad psíquica; y el artículo 54 inciso *a* del Código de Ética Profesional del Colegio de Abogados de Chile. Que la excepción sea reconocida por diferentes ordenamientos atestigua la importancia de las razones que la justifican.

Un caso famoso estadounidense —*Spaulding vs. Zimmerman*— presenta una situación en donde la revelación de información confidencial podría haber servido para advertir a una persona que su vida se encontraba en riesgo. Los hechos sucedieron en 1956, antes de que la regla 1.6 de las Model Rules estuviese en vigencia. En ese entonces los Canons of Ethics de la ABA no contemplaban esta excepción.

Los hechos sucedieron el 24 de agosto de 1956^[22]. David Spaulding, de 20 años, estaba siendo llevado a su casa desde el trabajo por John Zimmerman, de 19 años, quien conducía el vehículo. Tanto John como David trabajaban en la empresa familiar de los Zimmerman, una compañía constructora de caminos. Otros cuatro pasajeros viajaban en el auto. Uno de ellos era el hermano mayor de John y el otro era el padre de ambos, Edward Zimmerman.

El auto conducido por John colisionó con otro vehículo, guiado por Florian Ledermann, de 15 años²³. En el segundo vehículo viajaban también el padre y la hermana de Florian. Tres de los ocupantes del vehículo conducido por John fueron afectados por el accidente: su hermano murió, su padre Edward sufrió daño en el cuello y David Spaulding salió lesionado. Dos de los ocupantes del auto conducido por Florian también sufrieron consecuencias: su hermana murió y su padre sufrió una severa lesión en el brazo que lo incapacitó laboralmente.

El padre de David, Theodore Spaulding, con el patrocinio de su abogado, Richard A. Roberts, inició acciones legales por las lesiones de su hijo en contra de Zimmerman y Ledermann. Ambos contaban con seguros que contrataron a sendos abogados; a Norman V. Arveson, la aseguradora del primero, y a Chester G. Rosengren, la del segundo.

Las lesiones de David fueron diagnosticadas en primer lugar por el médico de la familia, James H. Cain, quien identificó lesiones en el pecho con múltiples fracturas de costilla, fractura de clavículas y contusión cerebral con probable hemorragia. Recomendó que fuese examinado por un especialista, el Dr. John F. Pohl, quien luego de realizar rayos X del tórax de David concluyó que los campos pulmonares estaban claros y que el corazón y la aorta eran normales. Sin embargo, sugirió que fuese examinado por una especialista en neurología. Tal especialista fue la Dra. Blake, quien señaló que era posible que David tuviese daño cerebral permanente y recomendó esperar antes de llegar a un acuerdo monetario en el juicio.

²² Una versión más detallada de los hechos y su impacto sobre las exigencias de confidencialidad puede encontrarse en Roger C. Cramton, “*Spaulding v. Zimmerman: Confidentiality and its Exceptions*”, en *Legal Ethics Stories*, editado por Deborah Rhode y David Luban (New York: Foundation press, 2008), 175-201.

²³ El menor tenía un “permiso de granja” para conducir el vehículo.

Al mismo tiempo, a pedido de los accionados, David fue examinado por otra neuróloga, la Dra. Hewitt Hannah, quien, a diferencia de los colegas contratados por Zimmerman, sí encontró un aneurisma cuya causa probable era el accidente y ponía en riesgo inminente su vida de no ser tratado de manera inmediata. Tal información fue enviada a los abogados defensores.

Durante las negociaciones para llegar a un acuerdo monetario los abogados defensores no revelaron a David, a sus abogados, a su padre o al tribunal la existencia del aneurisma. El acuerdo resarcitorio ascendió a la suma de 6500 dólares. El abogado de Zimmerman presentó el acuerdo al tribunal para que fuese homologado, lo cual finalmente sucedió.

Dos años después de homologado el acuerdo, a David, por ser un soldado de la reserva, se le requirió un nuevo examen médico. David volvió a consultar al médico de la familia, el Dr. Cain, quien esta vez sí identificó el aneurisma. David fue intervenido quirúrgicamente de manera inmediata.

David, ahora mayor de edad, solicitó que se anulase el acuerdo arguyendo que, de haber sabido la existencia del aneurisma, el monto acordado hubiese sido muy superior. David arguyó, luego de enterarse de que los abogados defensores conocían la existencia de la afección, que ellos deberían haber revelado la información y que el no haberlo hecho viciaba al acuerdo de nulidad. Los abogados de la contraparte sostuvieron que a pesar de haber tenido conocimiento del aneurisma no era permisible para ellos transmitir esta información dado que el deber de confidencialidad les impedía cualquier revelación.

El tribunal anuló el acuerdo tomando en consideración que no había existido una indemnización integral del daño, que el acuerdo había sido homologado por el tribunal y que este era el último garante de los intereses de David por tratarse de un menor. Sin embargo, también señaló que los abogados no tenían ningún deber de revelar la información, dados los estándares éticos vigentes al momento.

El caso reviste interés porque en él se conjugan múltiples acciones aparentemente incorrectas. En primer lugar, parece incorrecta la actuación de los tres médicos de la accionante que a pesar de realizar diferentes exámenes fueron incapaces de identificar el aneurisma. En segundo lugar, cabe también preguntarse si no es incorrecta la conducta de la Dra. Hewitt Hannah, de solo hacer conocer la información a los abogados de la accionada pero no a la accionada, al tribunal o a la contraparte.

En tercer lugar, parece incorrecta, aun para los estándares éticos aplicables en ese entonces, la decisión de los abogados de no dar a conocer la información a Zimmerman y Lidermann para que fuesen ellos quienes tomaran la decisión de qué hacer con la información. Los abogados, sin mediar consulta previa con los accionados, decidieron no revelar la información a la contraria sobre el riesgo que corría su vida. Por último, en cuarto lugar, y lo que más interesa a los fines de este capítulo, se encuentra la decisión de los abogados de ocultar la información.

Existe una razón por la que esta conducta se nos presenta inapropiada. La importancia de lo que se encontraba en juego en el caso, la vida de David o su integridad física, genera una razón para revelar la información que podría salvarlo del riesgo en que se encuentra. Esta razón se nos presenta dotada de mayor fuerza o importancia que cualquiera que pudiese existir para justificar el deber de confidencialidad. La vida y la salud se encuentran entre los valores que más apreciamos y es lógico que estemos dispuestos a relegar el deber de confidencialidad cuando su satisfacción los pone en riesgo.

Evitar la comisión de un delito

Aunque con variantes, también existe consenso en diferentes ordenamientos éticos acerca de esta causal de excepción. Algunos códigos de ética ofrecen una versión restringida de ella. Entre estos se ubican las Model Rules de la ABA, que limitan la excepción a aquellos supuestos donde la revelación es necesaria para prevenir la comisión de un delito, especialmente gravoso para los intereses pecuniarios de otra persona, para cuya realización se ha utilizado o se están utilizando los servicios del abogado (regla 1.6, apartado *b*, inc. 2). Cuando el delito ya ha sido consumado, entonces la revelación puede producirse para prevenir, mitigar o corregir sus efectos pecuniarios (inc. 3). Otros códigos, en cambio, presentan una versión más amplia. Las regulaciones de Colombia y Chile se ubican en este grupo. Lo mismo sucede con la normativa del Colegio Público de Abogados de la Provincia de Buenos Aires. Adicionalmente, en ninguno de estos ordenamientos se hace referencia a la revelación motivada en los efectos de una conducta delictiva pasada. En un tercer grupo de códigos la excepción se encuentra ausente, como es el caso del Código de Ética del Colegio Público de Abogados de la

Capital Federal (Argentina) y el Código de Ética del Colegio de Abogados de Córdoba (Argentina). Mención aparte merece la normativa ética del Perú que, en el código de 1997, anterior al vigente, contenía la excepción, pero fue deliberadamente quitada en el actual.

Como hemos señalado, que la excepción no se encuentre expresamente incorporada en algunos códigos no significa que una correcta interpretación del deber de confidencialidad no deba incluirlas. En los supuestos de no inclusión, la argumentación podrá apelar a otros principios incluidos en la normativa ética como el de “buena fe”, el de comportarse como “auxiliar de la justicia” y el de “no dañar”. Esta tarea será especialmente dificultosa en el caso del código de Perú, donde la excepción fue expresamente eliminada, pero salvo que uno adopte una interpretación originalista de las normas, la empresa todavía no es imposible.

La mayor divergencia entre los códigos que han incluido la excepción se refiere a su alcance. Sin dudas las reglas de la ABA son las más restrictivas y es necesario exponer las consideraciones que justifican los límites impuestos para determinar si es razonable trasladarlos, por vía interpretativa, a los ordenamientos que han optado por una regulación más amplia. Un ejemplo puede servir de ayuda para visualizar las diferencias entre la versión amplia de la excepción y la restrictiva.

Imaginemos que en nuestro caso inicial Mangieri le confesara a Pierri que además de trabajar como portero, aprovechando los conocimientos contables que ha adquirido durante los años debido a la afición que tiene por los números, posee una pequeña oficina en donde ofrece sus servicios haciéndose pasar como contador. Allí se dedica a hacer liquidaciones de impuestos y otros trámites contables a los incautos que creen en su falsa condición profesional.

La versión restrictiva de la excepción no permite que el abogado revele la información para impedir que Mangieri continúe ejercitando de manera ilegal la profesión de contador, estafando a las personas que requieren sus servicios. Aun si esto causa daños pecuniarios a las víctimas, los servicios del abogado no han sido utilizados para perpetrar el delito y, por lo tanto, la revelación no está justificada. La razón por la que se exige la participación del abogado para que se configure la excepción es que, a diferencia de lo que sucede con la muerte o el daño físico, el daño patrimonial que causa la conducta delictiva no se considera lo suficientemente importante como para vencer las razones a favor de la confidencialidad. La situación cambia para el propio abogado cuando sus

servicios han sido empleados para perpetrar el delito y el consiguiente daño. No permitir la revelación equivaldría a forzarlo a ser partícipe, o al menos facilitador, de un comportamiento delictivo y dañoso. Adicionalmente, que los servicios del abogado fuesen utilizados de este modo contribuiría a dañar la dignidad de la profesión.

Imaginemos ahora un supuesto donde la excepción restrictiva sí quedaría justificada. Supongamos el siguiente caso. El cliente le ha dicho a su abogado que ha sido despedido sin causa por su empleador y quiere iniciar acciones legales para ser indemnizado. El abogado prepara la demanda aseverando la existencia de la relación laboral y el despido injustificado y, con base en estos hechos, reclama una suma en reparación. Si luego de interpuesta la demanda el abogado se entera de que los dichos del cliente eran falsos y de que no hubo tal despido injustificado, sino que el despido fue motivado, debe intentar que el cliente desista de su pretensión y, en el caso extremo de no poder evitar el daño patrimonial a la contraparte por medios menos gravosos, la revelación frente al tribunal de que la demanda es mendaz está permitida. Aquí se pretende utilizar los servicios del abogado para perpetrar el engaño, lo cual, unido al daño patrimonial potencial, configura la causal de excepción.

Es necesario introducir aquí una precisión. Como la excepción restringida hace referencia solo a la evitación de delitos con efectos patrimoniales en los que se ha utilizado los servicios del abogado, esto plantea el problema de si es permisible la revelación para evitar crímenes en contra de la vida o la integridad física en que los servicios del abogado no hayan sido utilizados. La respuesta, por supuesto, es afirmativa, aunque casos de este tipo no quedan comprendidos en esta excepción. Ellos son autorizados por la excepción previamente analizada que permite la revelación para evitar la muerte o el daño físico.

Para terminar con la presentación de la versión restringida de la excepción es necesario destacar que aun aquellos ordenamientos que han optado por esta alternativa, como es el caso de las Model Rules, se inclinan por la versión amplia en ciertos supuestos. La regla 1.13 establece que cuando el cliente es una empresa u organización el abogado tiene permitido develar información confidencial si sabe que alguien dentro de la organización está actuando o planea actuar de manera ilegal, el acto ilegal puede ser imputado a la organización, el abogado ha reportado el problema a las autoridades de la organización y ha tomado otras medidas para evitar la comisión del delito pero estas han sido infructuosas,

y el abogado cree que la conducta ilegal causará un daño sustancial a la organización. Para que la revelación sea permitida no es necesario el daño patrimonial a terceros ni que los servicios del abogado hayan sido utilizados para perpetrar el delito²⁴.

¿Qué podría explicar que el mismo ordenamiento trate de manera restringida la excepción cuando se trata de personas físicas y se incline por la versión amplia cuando el cliente es una persona jurídica? Una posible justificación es que algunas de las razones que fundan el deber de confidencialidad se encuentran ausentes en el caso de las personas jurídicas, lo cual hace que aunque este deber exista, tenga menos peso o importancia y pueda ceder más fácilmente.

Hasta aquí nos hemos focalizado en el análisis de la versión restringida de la excepción, pero, como es de imaginar, también existen razones para adoptar su variante amplia. La principal línea argumental hace hincapié en el hecho de que el abogado no es solo alguien que brinda sus servicios legales al cliente sino, además, un “auxiliar de la justicia”. Es en este carácter, continúa el argumento, que el abogado tiene un deber de evitar la comisión de acciones delictivas de las que toma conocimiento con motivo de su profesión. Si el abogado, en su calidad de tal, toma conocimiento de que el cliente al que representa presta servicios contables haciéndose pasar fraudulentamente por contador, debe extremar los recaudos para que esta conducta delictiva cese. Su calidad de “auxiliar de la justicia” así lo exige y las razones que de ésta se siguen no tienen que ver con que sus servicios hayan sido utilizados para cometer el delito.

²⁴ La modificación a la regla 1.13 fue introducida por la ABA como un modo de dar respuesta a las exigencias de la Sarbanes-Oxley Act. Esta normativa endureció las regulaciones financieras como una forma de dar respuesta a los escándalos financieros en los que se vieron envueltas compañías como Enron, Imclone, Tyco, WorldCom y HealthSouth. El caso con mayor resonancia fue el de Enron, donde se descubrió que funcionarios de la compañía, abogados y contadores habían brindado información falsa acerca de las ganancias de la compañía para quedarse con miles de millones de dólares, lo cual les causó enormes pérdidas a los accionistas de la compañía. Para evitar ser descubiertos, lo que finalmente sucedió en octubre del 2001, la abogada de la compañía, Nancy Temple, aconsejó a la firma contable que manejaba los asuntos de la compañía que destruyese documentos para impedir que la Securities and Exchange Commission (SEC) los encontrase.

La versión amplia de la excepción, sin embargo, no está exenta de dificultades. La más importante es que si se permite la revelación de información por parte del abogado para prevenir cualquier tipo de conducta delictiva por parte del cliente es posible que esto desincentive la transmisión libre de información y comprometa la calidad de los servicios legales que el abogado puede ofrecerle en defensa de sus intereses.

Proteger los intereses del abogado

Diferentes ordenamientos éticos incluyen esta excepción. Las Model Rules de la ABA la receptan en el inciso 4 del apartado *b* de la regla 1.6; lo mismo hacen el Código de Ética Profesional del Colegio de Abogados de Chile en su artículo 54, incisos *d* y *e*; el Código de Ética del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (Argentina) en su artículo 10 (h) inciso *a*; y las Normas de Ética Profesional del Colegio Público de Abogados de la Provincia de Buenos Aires en su artículo 12 inciso I.

Los supuestos cubiertos por la excepción son básicamente dos: (a) que la revelación sea necesaria para que el abogado pueda ejercitar su derecho a cobrar los honorarios que el cliente le debe y (b) que sea necesaria para defenderse de una acusación formulada por el propio cliente o por terceros. En ambos supuestos la revelación se encuentra justificada en la protección de los intereses del propio abogado, lo cual inevitablemente conduce a la pregunta de qué tienen de especial esos intereses para hacer que las razones a favor de la confidencialidad cedan. Parece que aquí enfrentamos un dilema que de manera indefectible nos conduce a que la excepción que protege solo los intereses del abogado no está justificada. O bien el interés en cobrar lo que nos es debido y el de no ser acusado es tan importante como para generar una excepción al deber de confidencialidad o bien su importancia no es tal. Si lo es, entonces la excepción debería extenderse a todos los que tienen este interés y no solo al abogado. Debería ser permisible para el abogado revelar información confidencial cuando esta fuese necesaria para lograr que cualquiera cobre lo que le es debido o para evitar una falsa acusación. Si, por el contrario, decimos que estos intereses no tienen importancia, y con base en ello justificamos que la excepción no se extienda más allá del caso del propio abogado, entonces también aparece injustificado eximirlo a él del deber de confidencialidad cuando sus intereses están en juego. En otras

palabras, si lo que justifica la excepción es la importancia de los intereses en juego, parece que o bien la excepción vale cuando están en juego los intereses de cualquiera o bien no vale para proteger los intereses de ninguno. La opción de que solo exista una excepción cuando están en juego los intereses del propio abogado parece cerrada.

La razonabilidad de este argumento se debe a que se funda en la idea de imparcialidad y es natural asociar esa noción con la argumentación moral. Desde el punto de vista de la consideración imparcial de todos los intereses, aparece injustificado que solo cuando están en juego los intereses del propio abogado éstos tengan el peso suficiente para hacer que el deber de confidencialidad ceda. Creo, sin embargo, que aunque la moralidad está vinculada con la imparcialidad no se agota en esta. Tal como señala Thomas Nagel, la moralidad incluye elementos de imparcialidad como de parcialidad hacia el propio agente y hacia otros²⁵. Que los proyectos del propio agente, y los intereses que de ellos surge, tengan un valor especial para él un valor especial es inevitable por lo que, en palabras de Samuel Scheffler, una moralidad que “rechazase la parcialidad de un modo general o sistemático sería una que se pondría en contra de nuestra naturaleza como creaturas capaces de valorar [...] [y] haría de la moralidad una empresa incoherente”²⁶. Es esta razonable parcialidad la que justifica que los intereses del abogado en cobrar sus honorarios y defenderse de las acusaciones que se le dirigen tengan el peso suficiente para derrotar las razones a favor de la confidencialidad.

Como se trata de una excepción, y no de una causal de extinción, el abogado debe agotar los medios que no requieran la revelación de información confidencial para cobrar sus honorarios o proceder a su defensa. Así, por ejemplo, debe requerirle al cliente que proceda al pago y de no hacerlo éste voluntariamente puede iniciar acciones legales en su contra siendo permisible revelar la mínima información confidencial requerida para probar la relación profesional y el valor de los servicios prestados. Sería impermisible, en consecuencia, que el abogado utilizase la información confidencial de la que dispone como una forma de forzar el pago.

²⁵ Thomas Nagel, *Equality and Partiality* (New York: Oxford University Press, 1991).

²⁶ Samuel Scheffler, “Morality and Reasonable Partiality”, en *Partiality and Impartiality*, editado por Brian Feltham y John Cottingham (Oxford: Oxford University Press, 2010), 100.

Supongamos el siguiente caso. Un cliente busca a un abogado con el objetivo de divorciarse. El cliente señala que planea mantener todo el asunto fuera del conocimiento de su mujer para no empeorar una convivencia de por sí deteriorada. El abogado acepta el caso y le indica cuál es el monto de sus honorarios para confeccionar la demanda de divorcio. Le señala una vez que la acción se inicie y el juicio termine lo que haya sido pagado por la confección de la demanda será descontado de los honorarios que sean regulados en la sentencia. El cliente acepta y acuerda regresar para pagar lo debido y firmar la demanda. Ambas partes firman un compromiso de pago por la confección de una demanda judicial, sin consignar el tipo de demanda de la que se trata. El día señalado el cliente le manifiesta a su abogado que se ha reconciliado con su esposa, quien no sabía de la demanda, y que ya no tiene intenciones de iniciar el divorcio. El abogado le indica que, con independencia de que la acción se inicie, los honorarios por elaborar la demanda deben ser abonados tal como habían acordado. El cliente se niega. El abogado decide accionar legalmente por el cobro. En su demanda no solo consigna que el cliente contrató sus servicios, lo cual prueba acompañando el compromiso de pago, sino que además señala que la contratación tuvo por objeto la elaboración de una demanda de divorcio de su actual esposa, la que transcribe íntegramente como modo de mostrar el trabajo realizado. Supongamos, adicionalmente, que el abogado ha procedido de este modo porque piensa que el cliente, ante el riesgo de que su esposa se entere de que tuvo intenciones de divorciarse, aceptará arreglar el litigio lo más pronto posible. En este caso es obvio que el abogado ha transgredido su deber de confidencialidad. La revelación de la información confidencial no era necesaria para probar los servicios prestados y exigir legalmente el cobro de honorarios. La utilización de la información confidencial funciona en el caso como un modo de presionar al cliente para que acceda al pago.

La segunda causa de excepción tiene dos supuestos: defenderse de una acusación del cliente o defenderse de una acusación de terceros. El primer supuesto puede explicarse utilizando el ejemplo anterior. Supongamos que el cliente se negase a pagar porque sostuviese que en realidad el abogado no ha realizado ningún trabajo de elaboración de la demanda. Por tal motivo, imaginemos que el cliente hubiese iniciado una acción disciplinar en contra del abogado buscando que fuese sancionado. En este supuesto, aun si la demanda de divorcio contiene información

confidencial, sería permisible para el abogado divulgarla como un modo de demostrar que el trabajo ha sido realizado y que la falta disciplinar no ha sido cometida.

Un caso de aplicación del segundo supuesto sería el siguiente. Si un abogado es acusado por un tercero de haber contribuido a que su cliente realizase una operación fraudulenta, lo cual puede dar lugar a sanciones disciplinarias o penales, es permisible para aquél revelar información confidencial para mostrar que el asesoramiento que brindó no tuvo ese objetivo. En ese caso el abogado puede develar la información que recibió del cliente y el contenido del asesoramiento legal que le ofreció, los documentos que contribuyó a redactar, o cualquier otro extremo que sirva para mostrar que no tuvo participación alguna en el engaño.

Asegurar el seguimiento de las reglas éticas

La excepción se encuentra incluida en las Model Rules de la ABA (regla 1.6 apartado *b* inc. 4 y 7) y el Código de Ética Profesional del Colegio de Abogados de Chile (art. 54 inc. *c* y *f*). Los supuestos contemplados son dos: revelar información para recibir consejo acerca de lo que prescriben las reglas éticas y cuál es la conducta apropiada para honrarlas y, en segundo lugar, revelar información para detectar y en su caso solucionar conflictos de intereses. Dado que las conductas que implican conflictos de intereses son paradigmáticamente transgresiones a las reglas éticas, en ambos supuestos la revelación es efectuada para permitir cumplir con lo que éstas prescriben.

El primer supuesto no es difícil de justificar. Identificar exactamente qué prescriben las reglas que rigen la conducta profesional para una circunstancia concreta no es una tarea sencilla. Como atestigua el desarrollo de este capítulo dedicado solo a uno de los deberes éticos que pesa sobre el abogado, las excepciones pueden encontrarse implícitas y deben ser descubiertas al balancear las diferentes exigencias éticas que configuran el rol profesional. No es de extrañar, entonces, que los abogados enfrenten situaciones donde requieran de ayuda para identificar lo prescripto por los mandatos éticos. Para obtenerla es indispensable que quien vaya a brindarla conozca todas las aristas de la situación problemática. No permitir que el abogado revelase información confidencial

a aquel de quien va a requerir consejo sería equivalente a vedarle la posibilidad de recibir cualquier ayuda significativa.

El segundo supuesto tiene que ver con una peculiaridad que tiene la regla que prohíbe que el abogado se ubique en una situación donde existen conflictos de intereses. Si el abogado cambia de firma jurídica es necesario que la nueva firma a la que aspira a ingresar tenga conocimiento de los clientes y las causas en las que ha participado como asesor o representante con el objeto de determinar si, dados los clientes y las causas que la firma posee, existe o puede existir un conflicto de intereses. Sin esta revelación los conflictos de intereses se multiplicarían y disminuiría la posibilidad de evitarlos o remediarlos.

Cumplir la orden de un tribunal

A diferencia de lo que sucede con las excepciones antes consignadas, ésta ha sido incluida en la presentación por estar sujeta a controversia no siendo pacífica su aceptación. La excepción se encuentra presente en las Model Rules de la ABA (regla 1.6 apartado *b*, inc. 6) y ha sido objeto de extenso debate en otros sistemas jurídicos. Atestigua su carácter controvertido el hecho de que una versión preliminar de las Model Rules que la incluía fue rechazada por la House of Delegates de la ABA entrando en vigor veinte años más tarde, en el año 2002. Algunos códigos de ética profesional, como el del Colegio de Abogados de Chile, parecen directamente rechazarla. Su artículo 60 sostiene que “[s]i un abogado es requerido por la ley o la autoridad competente para informar o declarar sobre una materia sujeta a confidencialidad, el abogado debe procurar que le sea reconocido el derecho al secreto profesional” y el 62 agrega que “[n]o falta a la ética profesional el abogado que se niega a declarar o a informar sobre materias sujetas a confidencialidad con fundamento en su derecho al secreto profesional”.

La excepción es controversial porque su inclusión parece ser o bien superflua, o bien peligrosa. La inclusión de la excepción puede querer capturar el hecho de que cuando un tribunal cita a declarar a un abogado que alega para abstenerse de hacerlo el deber de confidencialidad, es el mismo tribunal el que deberá determinar si los extremos para que se configure el deber han sido satisfechos y si no existe ninguna causal de excepción que lo derrote. En este caso lo que hace el tribunal es

meramente declarar, con fuerza autoritativa, que las circunstancias que generan el deber de confidencialidad se encuentran presentes en el caso. Si esto es así, cuando el tribunal señala que el abogado está exceptuado del deber de confidencialidad no crea una nueva excepción, sino que aspira a identificar alguna ya existente. Interpretada de esta manera la inclusión de la cláusula que refiere a la orden del tribunal, desde el punto de vista de las causales de excepción es superflua ya que no agrega una nueva a las ya mencionadas. Nada se perdería por quitarla.

Si, por el contrario, la cláusula es interpretada en el sentido de que incluye una nueva excepción constituida por la mera orden del tribunal, el agregado deja de ser superfluo, pero se vuelve peligroso. La protección conferida por el deber de confidencialidad a los secretos que el cliente ha revelado a su abogado queda ahora librada al arbitrio del juzgador. Para determinar si el abogado se encuentra relevado de su deber el tribunal no debe esforzarse por encontrar alguna causal de excepción, sino que su mera decisión basta para configurarla.

CONCLUSIÓN: EL DEBER DE INFORMAR AL CLIENTE SOBRE LA CONFIDENCIALIDAD

Como hemos señalado en múltiples oportunidades, parte esencial del rol de abogado es informar al cliente y servirle de guía para entender las prescripciones de un sistema legal crecientemente complejo. Las normas éticas no están exentas de esta complejidad. El secreto profesional no es una excepción. Las circunstancias en las que el deber aparece y se extingue, los sujetos obligados, el contenido protegido, las causales de excepción, no son cosas naturalmente aprehensibles. Como hemos visto, todos estos asuntos han sido objeto de reflexión y su comprensión requiere conocimiento técnico. Por este motivo pesa sobre el abogado el deber de informar al cliente sobre la existencia y los límites del deber de confidencialidad.

Un estudio realizado por Fred Zacharias sobre abogados de Nueva York y sus clientes reveló datos inquietantes. Muchos de los abogados consultados revelaron que nunca informaban a sus clientes de la existencia del deber de confidencialidad. La mayoría de los clientes, por su parte, señaló que lo que sabían del deber de confidencialidad era lo que habían aprendido viendo películas. Como era de esperar, Zacharias

constató que muchos de los clientes no tenían conocimiento adecuado de cuáles eran la naturaleza y los límites de la confidencialidad²⁷.

Trasladar los resultados de este estudio parcial, efectuado en una cultura jurídica diferente a la latinoamericana, sería apresurado. Sin embargo, existe en nuestro entorno un dato que hace pensar que la situación puede ser similar o peor. Se trata del lugar periférico que la enseñanza de la ética profesional ocupa en las escuelas de Derecho latinoamericanas. Tal circunstancia hace pensar que no solo la información que reciben los clientes acerca del deber de confidencialidad es inapropiada sino, y lo que es más grave, que también es inadecuada la información que sobre este deber reciben los abogados en su proceso de formación.

PREGUNTAS PARA REFLEXIONAR

1. Lea el siguiente caso y reflexione acerca de cuáles serían sus respuestas a las preguntas consignadas al final.

Usted es propietaria de una pequeña firma de abogados. Aunque hace tres años que la firma fue lanzada, solo ha recibido casos menores. Usted teme que su carrera esté estancada y le ha comentado esta preocupación a su esposo. Él le ha dicho que solo hay que tener paciencia, que tarde o temprano un buen caso aparecerá. Los eventos parecen haberle dado la razón. Acaba de ingresar a la consulta una persona involucrada en un caso que ha tenido enorme resonancia pública. Tres pacientes sometidos a diálisis en una misma clínica han descubierto que se encuentran infectados de VIH. Durante semanas los tres han brindado incontables entrevistas televisivas en las que han formulado acusaciones a la clínica donde se llevaron adelante el procedimiento de diálisis. Sus sospechas radican en que los protocolos de esterilización de las máquinas no hayan sido respetados y que esto haya provocado el contagio. Usted tiene sentada en frente a la propietaria de la clínica, Daniela Ferrari, quien está buscando un abogado que la represente en la inminente demanda civil que ella sospecha deberá enfrentar. Daniela le ha hecho un

²⁷ Fred C. Zacharias, "Rethinking Confidentiality". *Iowa Law Review* 74 (1989): 379-92.

pormenorizado relato de los hechos y le ha revelado que efectivamente los protocolos no fueron seguidos, para ahorrar costos, y que es muy probable que el contagio haya tenido lugar debido a esta negligencia. También le ha confesado que la prueba de esta negligencia será dificultosa para los posibles accionantes ya que los registros de la clínica han sido adulterados y en ellos consta que los protocolos fueron seguidos puntillosamente. Por ese motivo, de existir una demanda, ella quiere que la línea de defensa sea el rechazo directo sosteniendo que ninguna indemnización es debida. Luego de escucharla, usted le ha dicho que debe pensar antes de aceptar el caso y brindar cualquier tipo de asesoramiento. Le ha dicho que le dará una respuesta a la brevedad y han acordado una nueva cita para mañana. Cuando usted llega a su casa está ansiosa de compartir con su esposo lo sucedido. No solo porque finalmente el caso importante tan esperado ha llegado, sino porque quizás su consejo pueda servirle de ayuda para decidir si aceptar a Daniela como clienta o no. Como Daniela todavía no es su clienta, sino que eso es algo que todavía tiene que decidir, usted le cuenta a su esposo todo lo que ella le ha confiado.

- a. ¿Ha vulnerado Ud. el deber de confidencialidad?
- b. ¿Cambiaría en algo la situación si Ud. no revelase en su relato el nombre de la involucrada?
- c. Supongamos que para pedir consejo Ud. utiliza una situación hipotética. Ud. le dice a su esposo lo siguiente: “Imagínate que alguien que es dueña de una clínica de diálisis en las que tres personas se han contagiado de VIH me confesara que efectivamente es culpable y, además, quisiera que la representara. Si esta situación se diera, ¿tú me aconsejarías tomar el caso o rechazarlo?”. En este supuesto, ¿ha vulnerado Ud. el deber de confidencialidad?
- d. ¿Se ha configurado en el caso alguna causal de excepción? ¿Cuál?
- e. Si el caso fuese ligeramente modificado, y su clienta además le revelara que las máquinas de diálisis se siguen utilizando hoy del mismo modo en que se utilizaban cuando se produjo el contagio, ¿se habría configurado una causal de excepción? ¿Cuál?
- f. ¿Qué haría usted en este caso? ¿Aceptaría a Daniela como su clienta?

BIBLIOGRAFÍA

- Anzola Rodríguez, Sergio Iván. *Curso de ética y responsabilidad profesional en el sistema de justicia penal*. Monterrey, México: Centro de Estudios sobre la Enseñanza y el Aprendizaje del Derecho, 2018.
- Belsey, Adam. “When Innocence is Confidential: A New and Essential Exception to Attorney-Client Confidentiality”. *Santa Clara Law Review* 56, n.º 1 (2016): 147-76.
- Cramton, Roger C. “*Spaulding v. Zimmerman*: Confidentiality and its Exceptions”, en *Legal Ethics Stories*, editado por Deborah Rhode y David Luban, 175-201. New York: Foundation press, 2008.
- Fischel, Daniel. “Lawyers and Confidentiality”. *University of Chicago Law Review* 65, n.º 1 (1988): 1-33.
- Gordon, Robert W. “The Independence of Lawyers”. *Boston University Law Review* 68, n.º 1 (1988): 1-83.
- Luban, David. *Lawyers and Justice*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1988.
- . “Lawyers as Upholders of Human Dignity (When They Aren’t Busy ing It)”. *University of Illinois Law Review* (2005): 815-45.
- Nagel, Thomas. *Equality and Partiality*. New York: Oxford University Press, 1991.
- Rivera López, Eduardo. “Confidencialidad”, en *Manual de ética profesional de la abogacía*, s. f.
- Scheffler, Samuel. “Morality and Reasonable Partiality”, en *Partiality and Impartiality*, editado por Brian Feltham y John Cottingham, 98-130. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- Seleme, Hugo Omar. “Ética de las creencias y defensa legal”. *Ius et Praxis* 21, n.º 2 (2015): 481-97.
- Wigmore, John. *Evidence in Tials at Common Law*, vol. 8. Boston, Toronto: Little Brown, 1961.
- Zacharias, Fred C. “Rethinking Confidentiality”. *Iowa Law Review* 74 (1989): 379-92.

CAPÍTULO X

PATERNALISMO Y AUTONOMÍA EN LA RELACIÓN ABOGADO-CLIENTE*

EDUARDO RIVERA LÓPEZ

INTRODUCCIÓN

A diferencia de lo que ocurre con la amistad, con las relaciones de pareja o con las relaciones entre colegas en una institución o una empresa –todas ellas relaciones que suelen ser, al menos en teoría, “entre iguales”–, el vínculo que une a un abogado con su cliente es asimétrico en varios aspectos¹. El abogado no es un igual respecto de su cliente. En un sentido está “por debajo” del cliente, dado que ha sido contratado por éste, y está a su servicio. Sin embargo, en otro sentido está “por encima” del cliente, entre otras razones porque tiene un conocimiento experto del que, en principio, el cliente carece y, además, porque posee la habilitación y la autoridad para ejecutar algunos actos jurídicamente relevantes que el cliente, por su cuenta, no podría realizar. Dado que toda representación legal de un cliente por parte de un abogado implica tomar decisiones fundamentales que hacen a la orientación de esa representación, uno se puede preguntar quién de los dos debe prevalecer en la toma de esas decisiones. La pregunta que deseo plantear en este

* Para citar: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.423>

El presente capítulo es una versión algo modificada y ampliada del capítulo 3 (“Paternalismo y autonomía”) de mi libro, Eduardo Rivera López (dir.). *Ética profesional y derecho*. Buenos Aires: SAIJ, 2019. Agradezco la colaboración de Diego Hammerschlag para la preparación de este texto. También agradezco los comentarios de Sergio Anzola y del resto de los editores.

¹ Utilizo el masculino en “abogado”, “cliente”, etc. a falta de un recurso estilístico adecuado que sea neutral respecto del género. Los que existen no me convencen. Aclaro, en todo caso, que siempre me estoy refiriendo a “abogados o abogadas”, “clientes o clientas”, etcétera.

capítulo es, precisamente, cuál es la relación adecuada entre el abogado y su cliente, en términos de quién es el que debe tener el *control* de esa relación, cuál de los dos debe determinar el modo de defender los intereses del cliente.

Para ilustrar esta cuestión con ejemplos, me gustaría comenzar con dos casos difíciles, uno perteneciente al derecho penal y otro al derecho de familia²:

Dos ejemplos: “La prisión del amor” y “El amor es ciego”

Caso 1: “La prisión del amor”. Alejandra es una joven que ha sido recientemente procesada y encarcelada por contrabando de pequeñas cantidades de droga a través de la frontera. A diferencia de la mayoría de sus compañeras de la cárcel, Alejandra no es pobre. Pertenecce a una familia de clase media. Sin embargo, durante los meses en los que lleva detenida ha entablado una relación amorosa con una compañera. Usted es su abogado defensor. Como tal, pretende lograr su excarcelación. Alejandra, sin embargo, se niega. Prefiere permanecer en la cárcel, porque siente que, de otro modo, abandonaría o traicionaría a su pareja. Usted sabe (o al menos cree) que, a largo plazo, su experiencia en una cárcel como esa solo puede perjudicarla. Una buena defensa, además, incluye el pedido de excarcelación.

Caso 2: “El amor es ciego”. Usted es el abogado de la esposa en un divorcio. Ella se encuentra en una depresión profunda (aunque no patológica). Cuando usted le menciona el acuerdo de divorcio, ella insiste en que no quiere los bienes ni la custodia de los niños porque “mi esposo hará lo que esté bien para mí”. Usted sabe que eso puede no ser así.

² El caso 1 es una versión algo estilizada de un caso real que me ha sido generosamente brindado por miembros del Ministerio Público de la Defensa (República Argentina), a quienes estoy enormemente agradecido. El caso 2 es imaginario y está tomado (con leves cambios) de David Luban, “Paternalism and the Legal Profession”. *Wisconsin Law Review* (1981): 454. Es posible encontrar ejemplos interesantes en todas las ramas del derecho, aunque los más patentes para nuestra discusión pertenecen a aquellos ámbitos en los que valores muy importantes están en juego para el cliente, como la libertad, la autonomía o las relaciones íntimas de la persona. De ahí que el derecho penal y el derecho de familia sean más relevantes en este sentido.

¿Por qué estos casos presentan un problema ligado al paternalismo y la autonomía? De un modo muy general, y todavía esquemático, podríamos decir que si la relación entre un abogado y su cliente es una en la que es el abogado el que decide qué estrategia o curso de acción adoptar en el transcurso de la representación, esa relación es *paternalista*. En cambio, cuando las decisiones son tomadas por un cliente competente, diremos que tal relación está basada en la *autonomía* del cliente. Si aplicamos esta distinción de modo directo y poco sofisticado al caso 1, por ejemplo, diríamos que si la decisión que se toma es finalmente la que cree mejor el abogado (pedir la excarcelación, aun en contra del deseo de Alejandra), la relación entre éste y Alejandra será paternalista. Este profesional, en la medida en que crea que su obligación profesional es pedir la excarcelación, a pesar de los deseos de Alejandra, tiene una concepción paternalista de la relación abogado-cliente. En cambio, si el abogado acepta la voluntad de Alejandra de permanecer en la cárcel y no solicita la excarcelación, a pesar de creer que es una mala decisión, diremos que tiene una concepción no paternalista o basada en la autonomía de su cliente. Como veremos, la relación entre paternalismo y autonomía es más compleja en casos difíciles como éste, pero por ahora resulta útil como primer acercamiento a la cuestión.

Ahora bien: el paternalismo (o no paternalismo) de la relación abogado-cliente puede verse desde dos perspectivas. Una perspectiva es, siguiendo la terminología de David Luban, estructural. Desde esta perspectiva, la pregunta es cómo debería ser esa relación *en general*, incluyendo los casos en que no existen dudas acerca de las capacidades suficientes del cliente. En otras palabras, la cuestión es si el “buen” abogado es aquel que toma el control de la estrategia que debe seguirse en la representación de su cliente o, en cambio, el buen abogado es aquel que consulta y, al menos en general, acata los deseos de su cliente. La segunda perspectiva se refiere a determinar cuándo, o en qué condiciones, es justificable que un abogado actúe de modo paternalista. La pregunta ahora no se refiere a la estructura general de la relación, sino que se dirige a determinar criterios para actuar en casos difíciles, es decir, casos en los que podría dudarse de la capacidad del cliente para reconocer racionalmente sus propios intereses³.

³ Para esta distinción, véase Luban, “Paternalism and the Legal Profession”, 460.

Analizaré ambas perspectivas en este estudio. Sin embargo, antes de hacerlo voy a describir qué tienen para decirnos sobre el problema que nos ocupa los códigos de ética de nuestra región y de los Estados Unidos (sección 1). Dedicaré la sección 2 a discutir el problema desde el punto de vista estructural, contrastando el modelo paternalista con el modelo basado en la autonomía. En la sección 3 trataré la cuestión de determinar (dentro de un marco de respeto por la autonomía del cliente) los criterios para justificar (o no) actitudes paternalistas en casos dudosos o difíciles. Por último, en la sección 4 plantearé algunas dudas escépticas respecto de la posibilidad de distinguir con claridad conductas paternalistas de conductas respetuosas de la autonomía. Con ello busco resaltar la enorme complejidad que puede tener la relación abogado-cliente, aun asumiendo como punto de partida una actitud de respeto por la autonomía del cliente.

LA AUTONOMÍA DEL CLIENTE EN LOS CÓDIGOS

La cuestión de quién debe tener el control dentro de la relación abogado-cliente no ha sido incluida de modo exhaustivo en la mayoría de los códigos de ética profesional en nuestra región. No encontramos indicaciones claras al respecto en el Código de Ética del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (Argentina). Tampoco en el Código Disciplinario del Abogado de Colombia (Ley 1123/2007). En cambio, sí encontramos normas muy explícitas en el Código de Ética del Abogado expedido por la Junta de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú. El artículo 14 de dicho código establece:

Artículo 14.º. Voluntad del cliente El abogado debe actuar atendiendo estrictamente a las instrucciones del cliente; no actuará en un asunto sino por voluntad expresa del cliente y de acuerdo con el encargo encomendado.

El abogado no debe contrariar la voluntad del cliente, aun cuando crea que ello sería lo más adecuado para la defensa del interés del cliente.

En el supuesto que la voluntad del cliente pudiese perjudicar su propio interés, el abogado deberá explicarle oportunamente las implicancias de lo que desea lograr; no obstante, deberá respetar la decisión de

su cliente respecto a los objetivos de la representación y los medios a utilizar para lograrlos.

Cuando la capacidad del cliente para tomar decisiones razonadas sobre su propio interés esté afectada por minoría de edad, condición mental o cualquier otra razón, el abogado deberá consultar con individuos o entidades que tienen la capacidad de tomar decisiones para proteger el interés del cliente.

El abogado debe adoptar las medidas que estime pertinentes si considera que la persona responsable está tomando decisiones que afectan el interés del cliente.

Nótese que el tercer párrafo establece que el abogado debe obedecer al cliente, aun cuando crea que este esté perjudicándose a sí mismo con esa decisión. Una normativa también basada en la autonomía, aunque más moderada, se encuentra en las Model Rules of Professional Conduct, el código modelo de la American Bar Association (Estados Unidos). En la regla 1.2.a, esta normativa prescribe lo siguiente:

El abogado acatará las decisiones del cliente referidas a los objetivos de la representación y, tal como lo requiere la regla 1.4, consultará con el cliente acerca de los medios por los cuales se perseguirán esos objetivos. [...] El abogado acatará la decisión del cliente acerca de aceptar un trato con la contraparte. En un caso penal, el abogado acatará la decisión del cliente, luego de haber consultado con el abogado, acerca de si de aceptar un acuerdo con el fiscal, evitar un juicio por jurados, o testificar.

Por su parte, la Regla 1.4(a)(2) establece que “el abogado consultará con el cliente acerca de los medios por los cuales se obtendrán los objetivos del cliente”.

Las Model Rules tienen también un apartado para el caso de clientes con competencias disminuidas (Regla 1.14). Allí, la normativa prescribe intentar, hasta donde sea razonablemente posible, mantener la relación abogado-cliente normal:

- (a) Cuando la capacidad de un cliente para tomar decisiones de modo adecuado en relación con su representación, sea por tratarse de un menor, por una discapacidad mental o por otra razón, el abogado

mantendrá, tanto como sea razonablemente posible, la relación abogado-cliente normal con su cliente.

- (b) Cuando el abogado crea razonablemente que el cliente posee capacidades disminuidas, está en riesgo sustancial de daño físico o financiero, salvo que se tomen acciones, y no puede actuar adecuadamente en su propio interés, el abogado tomará acciones protectivas razonablemente necesarias, incluyendo la consulta con individuos o entidades que tengan la habilidad para proteger al cliente y, en los casos en que sea apropiado, buscar la contratación de un tutor *ad litem*, conservador o guardián.

Estas reglas pueden ser, sin duda, de ayuda en algunos casos difíciles. Son, sin embargo, insuficientes, desde las dos perspectivas que he mencionado previamente. Desde la perspectiva estructural, es decir, la referida a cómo debe ser la relación abogado-cliente en general, las Model Rules parecen adherir, muy genéricamente, al modelo de la autonomía. En efecto, afirma que el abogado “acatará” las decisiones del cliente. También prescribe acatar la voluntad del cliente de aceptar un trato con la contraparte o con el fiscal (en casos penales). Sin embargo, nótese que esto se refiere únicamente a los fines de la representación, el objetivo o propósito que persigue el cliente (defender su inocencia, cobrar una indemnización, etc.). En cambio, en lo que se refiere a las estrategias o medios para obtener esos propósitos, el abogado solo debe “consultar” al cliente, término relativamente ambiguo, más débil que “acatar”. De hecho, en el comentario que acompaña a la regla en cuestión, la ABA dice:

En ocasiones [...], un abogado y un cliente pueden estar en desacuerdo sobre los medios que deben adoptarse para cumplir con los objetivos del cliente. Los clientes normalmente son deferentes al conocimiento y las habilidades especiales del abogado con respecto a los medios a ser adoptados para cumplir con sus objetivos, particularmente con respecto a cuestiones técnicas, legales o tácticas. Conversamente, los abogados normalmente son deferentes hacia el cliente en relación con cuestiones tales como los gastos a ser asumidos y el cuidado de terceras personas que pudieran ser afectadas negativamente. Dada la naturaleza diversa de las cuestiones acerca de las cuales el abogado y el cliente podrían desacordar, y dado que las acciones en cuestión pueden implicar los

intereses del tribunal o de otras personas, estas Reglas no prescriben el modo en que esos desacuerdos deben ser resueltos. Otras leyes, sin embargo, pueden ser aplicables y deberían ser consultadas por el abogado. El abogado debería también consultar con el cliente y buscar una resolución mutuamente aceptable del desacuerdo. Si tales esfuerzos son infructuosos y el abogado tiene un desacuerdo fundamental con el cliente, el abogado tiene permitido renunciar a la representación. [...] Conversadamente, el cliente puede resolver el desacuerdo despidiendo al abogado.

La cita es interesante, porque considera la posibilidad de que, ante un desacuerdo profundo respecto de la estrategia, el abogado pudiera renunciar (o el cliente despedir al abogado). Una dificultad de esta solución al problema del desacuerdo es que no es aplicable a los defensores oficiales, los cuales solo pueden renunciar a la representación con causas de peso, y es dudoso que el mero desacuerdo con el cliente califique como tal. Por otro lado, aun los abogados contratados libremente tienen restricciones a la hora de renunciar. Por ejemplo, no lo pueden hacer sin cuidar que el cliente no quede sin representación legal alguna⁴. En cierto sentido, el recurso a la renuncia en caso de desacuerdo representa una solución intermedia relativamente inestable, que no responde a la pregunta fundamental: ¿quién es el que debe tener la última palabra cuando se trata de elegir los medios legales para defender los intereses de un cliente?

PATERNALISMO VERSUS AUTONOMÍA EN LA RELACIÓN ABOGADO-CLIENTE

Para contrastar el paternalismo con el respeto por la autonomía, entendidos como modelos generales que un profesional puede adoptar, es conveniente comenzar por aclarar qué es el paternalismo en general. De acuerdo con uno de los filósofos que más ha contribuido a la comprensión del tema, Gerald Dworkin, un agente X actúa de modo paternalista hacia Y al hacer (u omitir) Z, si y solo si:

⁴ Véase Model Rules 1.16(c) y (d); Código de Ética del CPACF, art. 21.

(1) Z (o su omisión) interfiere con la libertad o la autonomía de Y. (2) X lo hace sin el consentimiento de Y. (3) X actúa de este modo solo porque X cree que Z mejorará el bienestar de Y (lo cual incluye prevenir que su bienestar disminuya), o de algún modo promoverá los intereses, valores o bienes de Y⁵.

En el caso de la relación abogado-cliente, este fenómeno consistiría en la actitud del abogado de actuar en nombre de su cliente, sin su consentimiento, con el objetivo de satisfacer los intereses, valores o bienes de ese cliente.

De manera análoga a lo ocurrido con la medicina con la relación médico-paciente, se ha producido en los últimos cincuenta años un paulatino desplazamiento desde una concepción paternalista, según la cual el control debe estar en manos del abogado, hacia una basada en la autonomía, según la cual el control debe estar en manos del cliente.

El modelo paternalista, no obstante, sigue estando, en alguna medida, vigente para muchos, y ha sido defendido no solamente por abogados, sino incluso por algunos tribunales. Para ilustrar un caso extremo de esta defensa, observemos el razonamiento que hace un tribunal estadounidense frente a un caso en el que el acusado ha apelado una sentencia desfavorable en primera instancia a causa de la estrategia elegida por su abogado, con la cual él había estado en desacuerdo. Dice el tribunal:

¿Hace alguna diferencia jurídica el hecho de que haya habido una consulta previa con el acusado y él no haya estado de acuerdo con la estrategia del defensor? [...] Nuestra opinión es que el resultado debería ser el mismo. Nuestras razones son que solo el abogado es competente para tomar tal decisión, que el abogado debe ser el que lleva adelante el juicio, que si tales decisiones fueran tomadas por el acusado, es probable que se hiciera a sí mismo más daño que beneficio, y que una regla contraria pondría seriamente en peligro la garantía constitucional a la defensa en juicio. [...] Uno de los modos más seguros para que un abogado pierda un juicio es permitirle a su cliente que lo lleve adelante. Pensamos que pocos abogados competentes aceptarían clientes si tuvieran que consultar

⁵ Gerald Dworkin, "Paternalism", en *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Stanford, 2017), <https://plato.stanford.edu/entries/paternalism/#MoraVsWelfPate>.

con el acusado y seguir su opinión en cada cuestión relacionada con la estrategia del juicio⁶.

Nótese que el argumento central del pasaje (o al menos el más plausible) es que permitir el control del caso al cliente haría probable que éste se hiciera “más daño que beneficio”. En otras palabras, el abogado debe tener el control, restringiendo la autonomía del cliente, para evitar que éste restrinja su propia autonomía de manera mucho más drástica.

Uno de los primeros en denunciar la visión paternalista tradicional fue Richard Wasserstrom en su artículo seminal de 1975⁷. Wasserstrom comienza por enumerar las razones por las cuales es habitual que los abogados adopten una posición paternalista. Algunas de ellas son plausibles. Por ejemplo, es habitual considerar que el involucramiento emocional que suele tener el cliente en el caso puede conspirar contra una evaluación racional de las estrategias o conductas que conviene adoptar. También es cierto que el abogado posee conocimientos específicos de carácter técnico, lo cual lo sitúa en una situación de superioridad natural en situaciones en las que ese conocimiento es relevante.

⁶ Luban, “Paternalism and the Legal Profession”, 458-59.

⁷ En lo que sigue nos basamos en buena medida en Richard Wasserstrom, “Lawyers as Professionals: Some Moral Issues”, *Human Rights* 5, n.º 1 (1975): 15-24. En este artículo, Wasserstrom vincula el modelo paternalista con el llamado “modelo estándar” respecto de los deberes básicos de un abogado frente a la sociedad. Según este modelo estándar, el abogado no es responsable por los objetivos o las estrategias adoptadas por el cliente (siempre que sean dentro de la legalidad), sino que es un mero instrumento técnico para perseguir esos objetivos. En principio, parece contradictorio que Wasserstrom vincule el modelo estándar con el paternalismo, dado que parece que el control de la relación (según este modelo) debería tenerlo el cliente. Y parece también contradictorio que críticos como Wasserstrom o Luban sostengan una visión activista de la abogacía (rechazando el modelo estándar) y, simultáneamente, defiendan la autonomía del cliente (rechazando el paternalismo). Sin embargo, ambos problemas son, en buena medida, independientes. La visión tradicional del rol del abogado es defensora de la neutralidad moral del abogado y, a la vez, de la idea de que es el abogado el que mejor puede determinar cuáles son los intereses del cliente, incluso mejor que el propio cliente. De todos modos, algunos defensores del modelo estándar, como Monroe Freedman, son fuertemente antipaternalistas (Monroe H Freedman, “Personal Responsibility in a Professional System”, *Catholic University Law Review* 27 (1987): 191-205). Analizo el contraste entre el modelo estándar y otros alternativos en Eduardo Rivera López, *Ética profesional y derecho* (Buenos Aires: SAJ, 2019), <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/1695>, capítulo 3.

Otras razones por las cuales los abogados adoptan una actitud paternalista, en cambio, no son igualmente razonables. Un caso de este tipo es el uso y abuso de terminología o jerga supuestamente técnica. El manejo de un vocabulario y un estilo esotérico muchas veces se confunde con el elemento anterior, es decir, el conocimiento experto. Sin embargo, es claro que existe un abuso del vocabulario inútilmente rebuscado, recargado de latinismos y vocablos incomprensibles en el lenguaje utilizado por abogados y funcionarios judiciales⁸. Obviamente, toda disciplina dispone de términos técnicos, en mayor o menor medida, y el derecho también los tiene, legítimamente. Sin embargo, el contenido de cualquier escrito judicial (fallo, recurso de apelación, etcétera) debería ser comprensible, con el debido asesoramiento, por cualquier persona de educación media. Sin embargo, en la realidad los escritos legales suelen ser imposibles de comprender. El abuso de los tecnicismos y giros esotéricos resulta entonces una suerte de estrategia para preservar el poder o el control del caso por parte de los profesionales, desplazando al cliente, dejándolo fuera de la discusión⁹.

Frente al problema del paternalismo del abogado es posible adoptar diversas actitudes. Una primera posición podría ser defender y justificar el paternalismo, al menos como regla de base (por defecto) de la relación (tal sería la posición del tribunal en el fallo que hemos citado). Si el abogado es quien mejor puede interpretar los intereses del cliente, qué mejor solución que dejar en sus manos las decisiones sobre los óptimos pasos a seguir para defender esos intereses. Dentro de esta visión general, podría haber matices. Desde la perspectiva más extremista, podríamos pensar que, en la medida en que la relación abogado-cliente es voluntaria (al menos en el sentido de que el cliente puede elegir el abogado que lo representará, aunque no los términos de esa relación), no

⁸ Pensemos en expresiones como “autos”, “fojas”, “digesto ritual”, “el *a quo*”, “ab initio”, “inoficiosa”, “encartado”, entre tantas otras, que son innecesariamente oscuras y difíciles de comprender para cualquiera, incluyendo muchos estudiantes de Derecho (y algunos abogados).

⁹ La poca literatura empírica existente sobre el tema muestra que, efectivamente, los abogados dominan las relaciones abogado-cliente mientras que los clientes tienen un rol meramente pasivo. Para un repaso de esta literatura, véase William Felstiner y Ben Pettit, “Paternalism, Power, and Respect in Lawyer-Client Relations”, en *Handbook of Justice Research in Law*, editado por Joseph Sanders y Lee V. Hamilton (New York, NY: Kluwer Academic Publishers, 2001).

existe ningún menoscabo a la autonomía. Otra versión (menos drástica) de esta visión podría sostener que si bien es cierto que imponer la voluntad paternalista del abogado tiene un costo en términos de la autonomía del cliente, es un costo aceptable (o inevitable) para lograr una defensa adecuada. En el caso del derecho penal, este argumento se vería robustecido por el hecho de que estaría en juego la libertad y los derechos y garantías básicas del acusado.

Opuesto a esta posición se encuentra el modelo basado en la autonomía del cliente. Aquí también hay matices. En su versión más robusta, la idea sería desprofesionalizar la profesión, hacerla todo lo horizontal que sea posible, y poner al abogado plenamente al servicio de los deseos del cliente. En el extremo, esto implica la abolición de la profesión y la instauración de una relación completamente igualitaria y horizontal entre el abogado y el cliente.

Wasserstrom, aun defendiendo el paradigma de la autonomía, opta por sostener una versión moderada. Su idea es mantener de la profesión solo aquello que es verdaderamente valioso (básicamente, el mayor conocimiento experto del profesional) y quitarle todos los elementos que innecesariamente coartan o limitan la autonomía del cliente. En concreto, Wasserstrom menciona tres aspectos que es necesario revisar para cumplir este objetivo. En primer lugar, y en coherencia con lo dicho anteriormente, se impone una simplificación drástica del lenguaje jurídico. En segundo lugar, también es necesaria una simplificación de los procedimientos, dado que muchas veces los intrincados vericuetos del derecho procesal son los que impiden un consentimiento informado del cliente frente a diferentes opciones de toma de decisión. Por ende, el derecho procesal debe ser más accesible a la comprensión de personas no expertas. Por último, es necesario que la educación jurídica y la aculturación de los abogados se realicen considerando la autonomía del cliente como un valor que debemos tomar en serio.

LOS LÍMITES DE LA AUTONOMÍA. CASOS DIFÍCILES

Supongamos que, desde el punto de vista estructural, adoptamos una versión moderada del modelo de la autonomía. Esto implica, siguiendo a Wasserstrom, la adopción de una serie de estrategias y actitudes tendientes a respetar la voluntad informada del cliente. Sin embargo,

Luban distingue la estructura o modelo paternalista de las “acciones paternalistas”¹⁰. Con ello Luban quiere decir que, aun dentro de un paradigma basado en la autonomía del cliente, puede haber acciones paternalistas que se justifiquen, o casos en los que sea controvertido hacerlo. Estos casos suelen ocurrir cuando es objetivamente poco claro que la persona representada sea capaz de deliberar de un modo mínimamente racional e informado acerca de las consecuencias que una decisión puede tener. Estas situaciones pueden presentarse con personas vulnerables económica o culturalmente, adolescentes, personas mayores, colectivos que difícilmente pueden coordinarse adecuadamente para deliberar, entre otros. En este tipo de casos, aun cuando consideremos que la autonomía del cliente es un valor fundamental en la relación abogado-cliente (es decir, aun cuando, en la terminología de Luban, adherimos a una estructura no paternalista), no es tan claro que sea irrazonable realizar acciones paternalistas hacia el cliente en determinadas circunstancias.

Para poder determinar cuándo una actuación paternalista está justificada parece necesario contar con un criterio general acerca de qué requisitos son necesarios y suficientes para actuar de modo paternalista. Un criterio que parece razonable fue propuesto por Dennis Thomson para el caso de la medicina (es decir, para la relación médico-paciente). De acuerdo con su posición, una intervención paternalista se justifica cuando cumple con tres condiciones. En primer lugar, la capacidad de decidir de la persona afectada tiene que estar disminuida o afectada (“impaired”). En segundo lugar, las restricciones que se le imponen a la libertad de esa persona deben ser tan limitadas en el tiempo como sea posible. Por último, el riesgo de daño por no intervenir de forma paternalista debe ser severo e irreversible¹¹.

Es obvio que el punto crucial de la justificación de conductas paternalistas es la primera condición de Thomson: que la persona no posea la capacidad de decidir racionalmente. Si el paternalismo es una restricción a la voluntad de una persona para su propio bien, y el “propio bien” es aquello que esa persona quiere o desea, la necesidad de restringir lo que la persona quiere para promover lo que ella misma quiere parece contradictorio.

¹⁰ Luban, “Paternalism and the Legal Profession”, 460.

¹¹ Citado en Luban, 465.

El único modo de argumentar que existen casos en los que el paternalismo se justifica consiste en realizar una distinción entre diferentes clases de ejercicios de la libertad o la voluntad. En esta dirección se encuentra el enfoque de David Luban en su artículo seminal sobre la cuestión¹². Su idea es que, cuando decimos que alguien “elige” algo podemos referirnos a dos cosas diferentes: a sus deseos (o “quereres”) o a sus valores. Los deseos son aquello que la persona quiere en el momento, su decisión real y puntual en las circunstancias concretas. Los valores, en cambio, son permanentes y constituyen, de modo más o menos sistemático o racionalizado, los fines que una persona considera buenos o valiosos en su vida, sus compromisos fundamentales. Por otro lado, Luban incluye un tercer elemento: los intereses. Luban define los intereses como aquellos instrumentos que le permiten a cualquier persona satisfacer o promover su sistema de valores. Si bien son culturalmente específicos, los intereses suelen incluir cosas como dinero, libertades, salud, recursos, etcétera.¹³

Se revela que la distinción entre estos tres elementos es factible a través de ciertos fenómenos más o menos habituales. Por ejemplo, tiene sentido decir que alguien se vio tentado a hacer algo, aun cuando iba en contra de sus intereses o valores (y por ello luego se arrepintió), o que alguien actúa irracionalmente porque, si bien quiere hacer algo (como fumar), ello afecta sus intereses (en la salud) y, en definitiva, sus valores (aquello que la persona valora hacer y que no podría hacer sin tener buena salud, como practicar deportes o viajar).

Con esta clasificación tripartita sobre lo que una persona hace al tomar una determinada decisión (sus deseos, sus intereses y sus valores), Luban plantea y evalúa algunas de las opciones de intervenciones paternalistas. Las alternativas relevantes son:

1. Valor sobre valor: el interventor frustra un valor de la persona con el objetivo de preservar o promover otro valor de esa misma persona.

¹² Luban, “Paternalism and the Legal Profession”.

¹³ *Ibíd.*, 467-72.

2. Valor sobre deseo: el interventor frustra o restringe la realización de un deseo de la persona con el objetivo de preservar los valores de esa misma persona.
3. Intereses sobre valores: el interventor frustra o restringe los valores de la persona con el objetivo de promover los intereses de esa misma persona.
4. Intereses sobre deseos: el interventor frustra o restringe los deseos de una persona con el objetivo de promover los intereses de esa misma persona¹⁴.

La primera opción solo sería posible cuando la persona “intervenida” presenta un sistema incongruente de valores. En estos casos solo sería justificable una intervención paternalista, según Luban, cuando esa inconsistencia se debe a una distorsión provocada por un deseo que no se corresponde con los valores de la persona.

La segunda opción es el caso paradigmático de paternalismo justificable. Allí se restringe el deseo de la persona para preservar aquello que la propia persona valora, pero que, por razones de falta de información o incapacidad de deliberar adecuadamente, no es capaz de ver.

La tercera opción es un caso interesante y frecuente de paternalismo injustificado. Allí el interventor busca preservar recursos o medios de la persona (por ejemplo, que no pierda dinero o salud), pero para ello sacrifica los valores de esa persona.

Por último, el caso en el que se sacrifican deseos en función de intereses es uno en el que el paternalismo puede ser justificable, para Luban, siempre que los deseos, a su vez, no reflejen los valores de la persona. Si lo hicieran, estaríamos ante un caso como el tercero: sacrificando los valores de alguien en función de sus intereses.

Ilustremos estas distinciones con los dos casos que presenté al comienzo. En el caso 1, el abogado puede tener buenas razones para pensar que su cliente no está actuando racionalmente al querer permanecer en la cárcel. La primera obligación del abogado será, como es evidente, informar a su cliente de todas las consecuencias que se siguen de tal decisión, incluyendo una pintura realista de lo que suele ocurrir en las cárceles, los daños que ello puede generarle, etcétera. Si aun así la cliente

¹⁴ Ibid., 472.

insiste, la pregunta genuina que debería hacerse el abogado, según Luban, es si esta decisión es el producto de un mero deseo momentáneo, irreflexivo o, en cambio, refleja un valor profundo, una convicción o un compromiso real acerca de lo que hace que su vida sea valiosa (en este caso, su relación amorosa). Es importante señalar que, en este caso, la clienta está sacrificando con claridad sus intereses al pretender permanecer en prisión, dado que está renunciando a muchos bienes que son necesarios para un conjunto muy amplio de planes de vida, especialmente el interés por la libertad. Según Luban, si la decisión de permanecer en la cárcel reflejara un valor genuino del acusado, no habría que hacer prevalecer sus intereses sobre sus valores. Solo podría ser justificable si la decisión, aun cuando aparentemente estuviera basada en valores, fuera el producto de un deseo impulsivo circunstancial¹⁵.

En el caso 2 quizá resulta más razonable una actitud paternalista. En efecto, el abogado debería evaluar si la depresión de la clienta no explicaría una voluntad totalmente contraria a sus intereses (preservar una parte equitativa de los bienes, mantener la tenencia de los hijos), lo cual a su vez llevaría a frustrar algunos de sus valores fundamentales. En otras palabras, su creencia en que su exmarido hará todo para beneficiarla podría ser claramente falsa y, por lo tanto, su voluntad estar epistémicamente viciada. Aun así, no es imposible que, detrás de su decisión de confiar ciegamente en su exmarido se encuentre algún valor permanente, que esté dispuesta a defender incluso una vez que le sea expuesto el error.

Sería ingenuo pensar que la estrategia de Luban puede ser usada como una herramienta automática para resolver cualquier caso. No lo es. A lo sumo, es una herramienta más que un abogado puede utilizar en casos difíciles. El lector puede ejercitarse intentando aplicarla a otros casos (como los propuestos en la sección de preguntas).

¿ES POSIBLE RENUNCIAR AUTÓNOMAMENTE A LA AUTONOMÍA?

La discusión de la sección anterior ha presupuesto que, desde el punto de vista de la estructura, el modelo preferible de relación abogado-cliente

¹⁵ Para este ejemplo, ha sido de ayuda el diálogo con varios miembros de la Defensoría General de la Nación, quienes me aportaron ejemplos de este tipo, entre otros.

es el basado en la autonomía. Como regla general, he supuesto que lo correcto es que las decisiones relevantes en el marco de la representación legal sean tomadas por el cliente. Es justo por esto por lo que los problemas discutidos en esa sección se presentan en casos en los que es difícil establecer cuál es la decisión verdaderamente autónoma del cliente.

Es interesante señalar que el modelo paternalista tradicional (“el abogado es el que debe decidir”) y el modelo de la autonomía (“el cliente es el que debe decidir”) comparten un supuesto importante, que ha sido cuestionado de manera lúcida por William Simon. El supuesto es que es posible distinguir con claridad, al menos en la mayoría de los casos, cuál es la voluntad autónoma del cliente de cuál es la influencia ejercida por el abogado¹⁶.

Simon presenta el siguiente ejemplo, basado en una anécdota real: una clienta que, en el contexto del derecho procesal penal de Estados Unidos, debe decidir entre aceptar un trato con el fiscal (“plea bargaining”) o ir a juicio. La clienta es una mujer negra que fue acusada de abandonar la escena del crimen y escapar luego de tener un accidente automovilístico con el querellante. En realidad, según ella, la situación fue exactamente la contraria: fue el otro automovilista (un hombre blanco) el que escapó. La policía, con un sesgo racista evidente, tomó como cierta la versión del otro conductor e inició una causa penal contra ella. El fiscal ofrece un trato que implica seis meses de “probation” (pena no privativa de libertad) y la cancelación de este antecedente penal luego de un año. Afrontar el juicio, por otro lado, tendría altas probabilidades de éxito, pero no era posible excluir la posibilidad de una condena, que implicaría una pena de hasta seis meses de prisión efectiva.

Supuestos estos hechos (que incluyen que la clienta es, efectivamente, inocente de lo que se le acusa), Simon analiza el modo de encarar la situación por parte del abogado¹⁷. En primer lugar, es un abogado joven quien conversa con la acusada y le presenta los pros y los contras de ambas opciones, dejando para el final el comentario de que si acepta el

¹⁶ William H Simon, “Lawyer Advice and Client Autonomy: Mrs. Jones’s Case”. *Maryland Law Review* 50 (1991): 213-226.

¹⁷ El caso es autobiográfico, de modo que el abogado fue el propio Simon, cuando era un abogado joven e inexperto.

trato se habrá convalidado una injusticia. Como consecuencia de esta conversación, la mujer (que es presentada como una persona de principios) opta por afrontar el juicio e intentar probar su inocencia, aun a riesgo de sufrir una pena de prisión. Sin embargo, antes de que la decisión sea comunicada al fiscal, un abogado más experimentado del mismo despacho de abogados vuelve a hablar con ella. Le presenta los mismos argumentos que el anterior abogado, las mismas ventajas y desventajas de cada una de las dos opciones. Lo hace, sin embargo, en otro orden, con otro énfasis, con otros detalles. La mujer, finalmente, decide aceptar el trato. ¿Ha decidido “autónomamente”? ¿Había sido la primera decisión “autónoma”?

El argumento de Simon, en definitiva, es que, una vez que abandonamos las versiones más extremas o toscas de los dos modelos, el paternalista y el de la autonomía, caemos en la cuenta de que toda decisión tomada por un cliente es el resultado de un diálogo, en el que el abogado, consciente o inconscientemente, influye o condiciona, en mayor o menor medida, esa decisión. En otras palabras, las versiones refinadas de las visiones paternalistas y basadas en la autonomía son difíciles de distinguir. En cualquier caso, el abogado tiene una idea de lo que es mejor para el cliente y con esa idea como trasfondo dialogará con el cliente. Aun cuando le presente todas las opciones legalmente posibles, el resultado de ese diálogo es muy probable que confirme la idea previa del abogado. Esto no es malo en sí. Es solo un panorama más realista de lo que ocurre en la relación entre un abogado y su cliente.

¿Implica este argumento la disolución del problema? ¿Es imposible distinguir entre el modelo paternalista y el de la autonomía? Quizá (en contra de lo que sostiene Simon) no habría que ir tan lejos. En primer lugar, aun si el argumento de Simon fuera totalmente convincente, lo que en todo caso prueba no es que ambos modelos son indistinguibles en general, sino que hay una versión suficientemente sofisticada del modelo paternalista (que incluye el diálogo y la consulta con el cliente) que es indistinguible de una versión suficientemente sofisticada del modelo de la autonomía (que incluye el diálogo y la consulta con el abogado). Pero este modelo realista sí es distinguible del paternalismo tradicional, así como también de un modelo crudo de la autonomía. En segundo lugar, es posible afirmar que, aun en sus versiones matizadas, sigue existiendo una diferencia de actitud, entre el abogado que busca confirmar, a través del diálogo con su cliente, la idea preconcebida

que él ya da como “la correcta”, y el abogado que, aun teniendo esa idea como hipótesis, está abierto a modificarla en función de la voluntad genuina de su cliente¹⁸.

Una última reflexión sirve también para ilustrar la complejidad de la tensión entre autonomía y paternalismo. Tal como sostiene Simon, ocurre frecuentemente que es el propio cliente el que desea delegar su decisión en el abogado. Es el cliente el que se siente aliviado si es el abogado el que hace lo que le parece mejor¹⁹. La pregunta que podemos hacernos ante este hecho bastante evidente es si el modelo de la autonomía puede contemplar esta clase de actitud, a saber, la de anular la propia autonomía. Es paradójico que la exigencia de autonomía (en el caso de la abogacía o la medicina, realizada a través del requerimiento del consentimiento informado) sea paternalista: le prohíbe al sujeto tomar una determinada decisión, a saber, la de renunciar a su autonomía y delegarla en otro. En casos extremos, como el conocido caso de venderse uno mismo como esclavo, suele afirmarse que dicha prohibición está justificada, entre otras razones, por el carácter irreversible de la esclavitud. Se trata de una restricción paternalista de la autonomía, porque está sustentada en el propio interés del sujeto de preservar su autonomía. Ahora bien: en otros supuestos menos radicales que la esclavitud voluntaria, no es claro por qué un individuo no podría depositar enteramente su confianza y delegar su capacidad autónoma de decisión en alguien que considera idóneo. ¿Cuál debería ser la actitud de un abogado dispuesto a respetar la autonomía de su cliente ante esta situación? Sin duda, la respuesta no

¹⁸ Para argumentos en esta dirección, véase Mark Spiegel, “The Case of Mrs. Jones Revisited: Paternalism and Autonomy in Lawyer-Client Counseling”. *Brigham Young University Law Review*, n.º 2 (1997): 307-338.

¹⁹ Simon, “Lawyer Advice and Client Autonomy: Mrs. Jones’s Case”, 216-17. Simon relata un ejemplo personal que ilustra muy bien esta actitud. Cuando su hijo tenía unos meses, se planteó la cuestión de si vacunarle o no contra la tos convulsa. La información objetiva indicaba que existe una muy baja probabilidad de reacción adversa a la vacuna, que puede derivar en daños serios o incluso la muerte. Por otro lado, de no vacunar, existe una muy baja probabilidad de contraer la enfermedad que, a su vez, posee una baja probabilidad de daños serios o muerte. La ponderación de todos estos riesgos es, obviamente, muy compleja. Lo que finalmente decidió la cuestión fue la pregunta: “Si el bebé fuera su hijo, ¿qué haría?”, a lo que el médico respondió: “Lo vacunaría”. Esto bastó para que los padres decidieran hacerlo con tranquilidad. Esta actitud es frecuente en pacientes y también en clientes: “Haga lo que a usted le parezca mejor para mí”.

puede ser simple. Menciono dos alternativas razonables. La primera es adoptar una actitud (paradójicamente) paternalista y no aceptar sin más dicha entrega o cesión de autonomía. En este caso, el abogado obligaría al cliente (con la amenaza de renuncia, por ejemplo) a informarse debidamente y a dar su consentimiento genuino acerca de la estrategia más conveniente. La segunda concedería la posibilidad de la delegación, aunque con una importante salvaguarda: solo aceptaría esa cesión tras un diálogo informado acerca de las consecuencias de dicha decisión. En otras palabras, la decisión de renunciar a la autonomía sí debería ser una decisión verdaderamente autónoma, y el abogado debería garantizar que éste sea el caso. Esta segunda opción no deja de ser problemática, dado que, como se puede sospechar, plantea una suerte regreso al infinito: con la misma lógica con la que el cliente no desea informarse y tomar decisiones, confiándole al abogado esa potestad, podría renunciar a informarse acerca de las consecuencias que implica tomar esa decisión. Este problema bien puede ser meramente teórico. En cualquier caso, la moraleja es, quizá, que el respeto absoluto de la autonomía es imposible. Actuar autónomamente requiere de unos presupuestos a los que, en última instancia, parece difícil que podamos renunciar autónomamente.

CONCLUSIÓN

En este estudio me he ocupado de uno de los problemas centrales de la ética de la abogacía: el balance de poder entre el abogado y el cliente. Tal como ocurre con otros temas, se confrontan aquí una visión más tradicional, según la cual es el abogado el que tiene que decidir qué se debe hacer, y una visión más desprofesionalizada, según la cual la última palabra debe ser del cliente. Intenté mostrar que, aun cuando en teoría la controversia podría ser saldada a favor de una defensa fuerte de la autonomía del cliente, no dejan de existir casos difíciles: casos en los que los propósitos o estrategias que desea realizar el cliente son claramente irracionales o contraproducentes, o en los que la racionalidad o competencia del cliente se encuentran en discusión. En estos casos debemos contar con criterios para determinar cuándo se justifica intervenir de modo paternalista. He descrito algunos criterios que, desde ya, no agotan todos los posibles, pero pueden ayudar a la toma de decisión en casos difíciles. Por último, planteé dudas acerca de la posibilidad de distinguir

claramente entre los casos en los que el abogado actúa de forma paternalista y aquellos en los que respeta la autonomía del cliente. Si bien la distinción es conceptualmente clara, en la práctica es inevitable que la decisión final sea frecuentemente el resultado de una compleja trama de influencias, entre las cuales la del abogado es, sin duda, fundamental.

PREGUNTAS PARA REFLEXIONAR Y CASOS ADICIONALES

- a. ¿Qué haría usted si fuera el abogado del caso 1? Plantee escenarios alternativos en los que la conducta correcta del abogado pudiera ser diferente.
- b. Piense ejemplos en los que la distinción de Luban entre deseos, intereses y valores no sea sencilla de realizar.
- c. ¿Debe ser el abogado quien establezca la estrategia en un juicio penal? ¿Acuerda usted con la opinión del tribunal citado en la sección 2?
- d. Evalúe el argumento de Simon para debilitar la distinción entre el enfoque paternalista y el basado en la autonomía. ¿Cree usted que, en contextos reales, queda espacio para el ejercicio de la autonomía del cliente?
- e. ¿Cuál debería ser, en su opinión, la actitud de un abogado frente a un cliente que le dice: “Usted sabe más que yo de derecho, así que haga todo lo que le parezca. No quiero ser consultado respecto de ninguna decisión. Quedo en sus manos”? ¿Aceptaría esta voluntad o lo “obligaría” a participar de las decisiones estratégicas fundamentales (apelar o no apelar decisiones, aceptar o no aceptar tratos, etcétera)?

1. Discuta los siguientes casos:

- a. Sofía se encuentra detenida por las mismas razones que Alejandra (caso 1), con la diferencia de que Sofía sí es pobre y, además, en el momento de la detención, se encontraba embarazada. A los pocos meses, dio a luz en la cárcel. Ahora, su hijo Cristian tiene tres meses. Debido a las deficiencias de alimentación de Sofía, Cristian tiene bajo peso y requiere de algunos cuidados médicos. Sofía misma se encuentra débil debido al embarazo y el parto.

En la cárcel hay un servicio médico aceptable, mientras que en libertad sería imposible para Sofía obtener un servicio comparable. Sin embargo, Sofía le pide que haga todo lo posible por sacarla de la cárcel. Usted sabe que es probable que le concedan la libertad. Pero sabe (o cree razonablemente) que, de ser así, tanto la salud de Sofía como la de Cristian estarán en mayor riesgo que estando en la cárcel²⁰.

- b. Darío se encuentra condenado en primera instancia por homicidio. Según la acusación, Darío mató intencionalmente a un policía mientras estaba robando un pequeño comercio. Usted, como su abogado defensor, está por apelar la sentencia. Piensa, con buenos argumentos, que las pruebas no son suficientes y, además, que hubo graves irregularidades en la investigación. Tiene confianza en que la cámara de apelaciones anule el fallo y absuelva a Darío. Darío, sin embargo, se opone a la apelación. Confiesa confidencialmente que ha matado al policía y que quiere redimirse frente a Dios. Para ello, solo puede aceptar la condena que le impusieron.

BIBLIOGRAFÍA

- Applbaum, Arthur. *Ethics for Adversaries. The Morality of Roles in Public and Professional Life*. Princeton: Princeton University Press, 1999.
- Böhmer, Martín. “Igualadores y traductores. La ética del abogado en una democracia constitucional”, en *Homenaje a Carlos S. Nino*, compilado por Marcelo Alegre, Roberto Gargarella y Carlos Rosenkrantz. Buenos Aires: La Ley, 2008.
- Dare, Tim. *The Counsel of Rogues? A Defence of the Standard Conception of the Lawyer's Role*. Farnham: Ashgate, 2009.
- Dworkin, Gerald. “Paternalism”, en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Standford, 2017. <https://plato.stanford.edu/entries/paternalism/#MoraVsWelfPate>.
- Felstiner, William, y Ben Pettit. “Paternalism, Power, and Respect in Lawyer-Client Relations”, en *Handbook of Justice Research in Law*, editado por

²⁰ Al igual que el caso 1, debo este ejemplo (que está basado en un caso real) a miembros de la Defensoría General de la Nación.

- Joseph Sanders y Lee V. Hamilton. New York, NY: Kluwer Academic Publishers, 2001.
- Freedman, Monroe H. "Personal Responsibility in a Professional System". *Catholic University Law Review* 27 (1987): 191-205.
- Fried, Charles. "The Lawyer as Friend: The Moral Foundation of the Lawyer-Client Relation". *The Yale Law Journal* 85, n.º 8 (1976): 1060-1089.
- Gewirth, Alan. "Professional ethics: The separatist thesis". *Ethics* 96, n.º 2 (1986): 282-300.
- Kennedy, Duncan. "La responsabilidad de los abogados por la justicia de sus casos". *Academia: revista sobre enseñanza del derecho de Buenos Aires* 6, n.º 12 (2008): 135-143.
- Luban, David y Bradley W. Wendel. "Philosophical Legal Ethics: An Affectionate History". *Georgetown Law Journal of Legal Ethics* 30 (2017): 337.
- Luban, David. "Paternalism and the Legal Profession". *Wisconsin Law Review* (1981): 454.
- Luban, David. *Lawyers and Justice: An Ethical Study*. Princeton: Princeton University Press, 1988.
- Markovitz, Daniel. *A Modern Legal Ethics: Adversary Advocacy in a Democratic Age*. Princeton: Princeton University Press, 2008.
- O'Dair, Richard. *Legal Ethics. Texts and Materials*. Cambridge University Press, Cambridge, 2001.
- Rhode, Deborah L., *Professional Responsibility: Ethics by the Pervasive Method*. Nueva York: Aspen Publishers, 1998 (2ª ed.).
- Rivera López, Eduardo (dir.). *Ética profesional y derecho*. Buenos Aires: SAIJ, 2019, <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/1695>.
- Simon, William H. "Lawyer Advice and Client Autonomy: Mrs. Jones's Case". *Maryland Law Review* 50 (1991): 213-226.
- Simon, William H. *The Practice of Justice. A Theory of Lawyers' Ethics*. Cambridge: Harvard University Press, 1998.
- Spiegel, Mark. "The Case of Mrs. Jones Revisited: Paternalism and Autonomy in Lawyer-Client Counseling". *Brigham Young University Law Review*, n.º 2 (1997): 307-338.
- Wasserstrom, Richard. "Lawyers as Professionals: Some Moral Issues". *Human Rights* 5, n.º 1 (1975): 1-25.
- Wendel, Bradley W. *Lawyers and Fidelity to Law*. Princeton: Princeton University Press, 2010.
- Zittrn, Richard, Carol M. Langford y Liz R. Cole. *Legal Ethics in the Practice of Law*. Nueva York: LexisNexis, 2014.

CAPÍTULO XI

CONFLICTOS DE INTERÉS EN LA PROFESIÓN JURÍDICA *

SERGIO IVÁN ANZOLA RODRÍGUEZ

INTRODUCCIÓN

Al momento de pensar en el universo de conductas reprochables en las que incurren los abogados, los conflictos de interés pueden representar un espacio significativo de ese universo. Por ejemplo, en el contexto colombiano se ha vuelto recurrente conocer casos en los que un abogado pasa de trabajar en el sector privado a hacerlo en el público, sin prestar mayor atención a cómo los intereses que defendió en el pasado (y que muy probablemente volverá a defender en el futuro cuando termine de trabajar para el sector público) condicionan y afectan las labores que debe adelantar en el cargo público que ocupa en la actualidad. A este tránsito constante de los abogados de lo público a lo privado y viceversa se le ha llamado coloquialmente en Colombia “la puerta giratoria”. Si bien estos casos son los más mediatizados por la forma en que afectan el interés público, es importante señalar que los conflictos de interés en la profesión jurídica abarcan más situaciones que estas. No obstante, a efectos de introducir al lector en la materia, a continuación se expondrá un caso de “puerta giratoria” ampliamente conocido en Colombia.

Lealtades en conflicto: el caso de Néstor Humberto Martínez Neira

El escándalo de corrupción de Odebrecht azotó a muchos países de Latinoamérica. Colombia no fue la excepción. Respecto al tema del que se ocupa este estudio, el caso de Odebrecht en Colombia resulta

* Para citar: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.424>

particularmente útil, puesto que el entonces fiscal general de la Nación, el abogado Néstor Humberto Martínez, fue acusado de estar inmerso en un conflicto de interés, lo cual generaba profundas sospechas respecto a la independencia e imparcialidad de la Fiscalía General de la Nación con respecto a las investigaciones penales que pudieran afectar a ex-clientes del Sr. Martínez en caso de que fueran responsables de hechos de corrupción relacionados con Odebrecht.

De hecho, la elección de Néstor Humberto Martínez como Fiscal General de la Nación fue demandada con el argumento de que no informó al órgano encargado de elegirlo (la Corte Suprema de Justicia) de los posibles conflictos de interés que enfrentaría al momento de investigar el caso de Odebrecht. En razón de lo importante que ha sido este caso en la vida nacional colombiana y de lo bien documentado que está, dada su mediatización, lo utilizaré para acercar a los lectores a nuestro tema de estudio. Para este fin, se presentan a continuación extractos de los fundamentos de hecho de la demanda impuesta en contra de la elección del fiscal por DeJusticia, un centro colombiano de investigación y activismo jurídico. Es importante señalar que la demanda fue rechazada porque, según el tribunal que la recibió, habría sido presentada de manera extemporánea. El señor Martínez siguió en el cargo de Fiscal General de la Nación a pesar de las acusaciones y los debates de control político a los que fue citado en el Congreso de la República, aunque probablemente una de las razones que le llevaron a renunciar al cargo en mayo del 2019 fuera la presión de los medios de comunicación en torno a Odebrecht (la razón alegada por él fue la negativa de la Justicia Especial para la Paz de extraditar al exjefe guerrillero de las FARC, Zeuxis Pausias Hernández Solarte, alias Jesús Santrich, a los Estados Unidos, en contra del criterio de la Fiscalía).

1. Mediante la Resolución 641 del 15 de diciembre del 2009, el Instituto Nacional de Concesiones (INCO) adjudicó el contrato de concesión para el Proyecto Vial Ruta del Sol Sector II a la Promesa de Sociedad Futura Concesionaria Ruta del Sol S. A. S.

2. El 22 de diciembre del 2009 se constituyó la sociedad Concesionaria Ruta del Sol S. A. S., persona jurídica compuesta por la Constructora Norberto Odebrecht S. A., Odebrecht Inversiones en Infraestructura Ltda., CSS Constructores S. A. y Episol S. A. S., filial de Corficolombiana (empresa perteneciente al Grupo AVAL).

[...]

3. En el 2012 Néstor Humberto Martínez Neira, en su calidad de abogado privado, trabajó para la Concesionaria Ruta del Sol S. A. S. en la elaboración de un contrato de estabilidad jurídica con el Ministerio de Comercio de Colombia, que le congelaría los impuestos a cambio de asegurar que haría una inversión en el país y que le pagaría una prima al Estado.

4. En el 2014 Néstor Humberto Martínez Neira, en su calidad de abogado privado, trabajó para la Concesionaria Ruta del Sol S. A. S. en la elaboración de un concepto legal que apoyaba la solicitud de la Concesionaria de adicionar la vía Ocaña-Gamarra a las obras inicialmente pactadas con el Estado colombiano.

5. A finales del 2014 estalla en Brasil un escándalo de corrupción relacionado con el pago de sobornos a funcionarios públicos y trabajadores de empresas públicas por parte de grandes compañías con el fin de asegurar contratos y concesiones. A dicho escándalo se le conoció, en principio como la Operación Lava Jato.

[...]

14. El 20 de abril del 2016 el presidente de la República anunció la terna [de la cual la Corte Suprema de Justicia elegiría al próximo fiscal general de la Nación], conformada por Mónica Cifuentes Osorio, Yesid Reyes Alvarado y Néstor Humberto Martínez.

[...]

16. Durante el mismo mes de abril en que fue seleccionado para integrar la terna, Néstor Humberto Martínez gestionó un contrato de transacción entre el Grupo AVAL y Odebrecht por cuanto, según sus palabras a *El Espectador* [un periódico de circulación nacional], “se hicieron unas reclamaciones al accionista internacional (Odebrecht) y eso dio lugar a que Odebrecht le presentara unos informes diciéndole que sí eran fundados esos gastos (que Pizano advirtió como irregulares) y por ello fue que terminaron en un contrato de transacción”. El 16 de noviembre del 2018, la opinión pública sería informada por *El Espectador* [de] que esas irregularidades, que Martínez Neira conocía desde 2015, fueron objeto de transacción por \$33.000 millones de pesos fueron calificadas bajo al menos diez delitos diferentes, por el experto penalista Juan Carlos Forero Ramírez.

[...]

18. El 9 de junio del 2016 fue realizada la audiencia pública de presentación de los ternados. Néstor Humberto Martínez, al igual que las otras dos personas que integraban la terna, contó con tiempo para hacer una presentación, con los temas de su elección y, posteriormente, para contestar cuatro preguntas que le elevó la Sala Plena.

19. Ni durante su intervención inicial ni en las preguntas formuladas al ternado Néstor Humberto Martínez hubo mención alguna a los conflictos de interés en que podría verse envuelto durante la investigación penal del escándalo de corrupción relacionado con la multinacional Odebrecht.

20. El 10 de mayo del 2016 los ternados para fiscal general de la Nación otorgaron entrevista a Caracol Radio. Al ser preguntado “De llegar a ser elegido fiscal, ¿en qué procesos se declararía impedido(a)?”, Néstor Humberto Martínez Neira afirmó: “No conozco ningún familiar próximo o cliente que esté involucrado en alguna investigación penal en la Fiscalía. Tampoco cursa actualmente ningún proceso vigente en la Fiscalía en el que yo haya actuado como apoderado judicial. Así que a la fecha no veo impedimentos”.

[...]

23. El 1.º de agosto del 2016, ante el presidente de la República, Néstor Humberto Martínez Neira se posesionó como fiscal general de la Nación.

24. El 22 de diciembre del 2016 la cadena de noticias CNN reportaba que el Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América señalaba a 12 países de tener funcionarios inmersos en la trama de millonarios sobornos de Odebrecht, entre ellos Colombia, Brasil, Ecuador, República Dominicana y Perú.

25. Odebrecht estaba involucrado en dos mega obras entre 2009 y 2014 en Colombia: (i) la construcción del tramo dos de la Ruta del Sol, [...] y (ii) el proyecto para recuperar la navegabilidad del río Magdalena.

[...]

27. El 8 de noviembre del 2018 murió Jorge Enrique Pizano, quien estaba encargado de hacer control para la prevención de lavado de activos y financiación del terrorismo en el proyecto Ruta del Sol II, cargo conocido como *controller*.

28. Fallecido Jorge Enrique Pizano, el 12 de noviembre del 2018 Noticias UNO publicó un material que este [Pizano] le entregó [a Noticias Uno] y en donde constan conversaciones que sostuvo el *controller* [es decir Pizano] con Néstor Humberto Martínez antes de convertirse este

último en el fiscal general de la Nación. Allí pone en su conocimiento irregularidades relacionadas con la participación de Odebrecht y el Grupo AVAL, a quien Martínez y su firma asesoraban esporádicamente, en el contrato para la construcción del tramo dos de la Ruta del Sol.

29. El 13 de noviembre del 2018 Néstor Humberto Martínez Neira emitió un comunicado público en el que afirmó que “[...] [c]omo se desprende de la noticia publicada en Noticias UNO, por virtud de una vieja relación de amistad, el doctor Pizano acudió al suscrito con el fin de hacer llegar al doctor Luis Carlos Sarmiento Angulo el resultado de unas investigaciones sobre contratos del Consorcio Ruta del Sol” y que “[...] los consorciados llegaron a un acuerdo por virtud del cual Odebrecht se obligó a reintegrar al Consorcio Ruta del Sol la suma de \$33.000 millones de los contratos cuestionados. Para este fin, me fue confiada la redacción del contrato de transacción”.

30. El 16 de noviembre del 2018 *El Espectador* publicó un nuevo audio en el que Néstor Humberto Martínez, quien todavía se desempeñaba como abogado privado, hacía una lista de delitos, aparentemente cometidos en el marco del contrato del tramo dos de la Ruta del Sol y contenidos en un concepto rendido por un abogado penalista, Juan Carlos Forero Ramírez. En el audio, concretamente mencionó: “Soborno, lavado de activos, falsedad en documento privado, administración desleal, abuso de confianza, estafa, hurto agravado [...], peculado por apropiación”.

El caso de Néstor Humberto Martínez sirve como herramienta pedagógica para estudiar los conflictos de interés, pues invita a hacerse las siguientes preguntas: ¿Qué es un conflicto de interés? ¿Qué valores o principios jurídicos se ponen en riesgo cuando un abogado está inmerso en uno? ¿Por qué ocurren los conflictos de interés? ¿Qué tipos de conflicto de interés existen?

¿QUÉ ES UN CONFLICTO DE INTERÉS?

La idea que subyace a una profesión es la capacidad de que sus integrantes actúen en búsqueda no de sus intereses personales, sino de aquellos establecidos por la profesión. En el caso específico de la profesión jurídica, se espera que las abogadas y los abogados antepongan la protección

de los intereses de sus clientes y del ordenamiento jurídico¹ a la búsqueda y satisfacción de sus intereses personales. La regulación de los conflictos de interés es el reconocimiento explícito de esa aspiración.

De acuerdo con lo anterior, los conflictos de interés se presentan cuando un interés que podríamos catalogar de *intruso* pone en riesgo la persecución de un interés *legítimo* que se le ha encargado al abogado o abogada, sea este un practicante privado, o un abogado que se está desempeñando en un cargo público como puede ser un juez, un fiscal o un asesor para una entidad pública.

En el caso específico de Néstor Humberto Martínez el conflicto de interés del cual se le acusa surge porque en su labor de abogado privado al servicio del Grupo AVAL desarrolló, posiblemente, una relación de confianza y lealtad con su cliente que difícilmente se agota una vez cumple el objeto del contrato de mandato para el cual se le contrató. Esta forma particular de concebir los conflictos de interés sugiere entonces una concepción de la relación abogado-cliente estrecha y profunda. El abogado no solo aboga por la causa específica que su cliente le encomienda en determinado momento (como por ejemplo la celebración del contrato de estabilidad jurídica que Néstor Humberto Martínez gestionó con el Ministerio de Comercio siendo abogado del grupo AVAL), sino que el abogado aboga por el cliente en general, y busca que su cliente satisfaga todos sus intereses. Según esta visión se concibe al abogado como un sujeto que confiere toda su dedicación, lealtad y experticia a favor de un cliente y esto genera una vinculación que trasciende el encargo específico que se le encomendó, lo que hace difícil que, a futuro, realice alguna acción que pueda llegar a afectar negativamente a su cliente. Esto hace que en el caso de Néstor Humberto Martínez el conflicto de interés surja por el hecho de que podría no actuar debiéndolo hacer cuando sus acciones afectasen negativamente al que fue su cliente (y probablemente siga siéndolo cuando deje la Fiscalía), no porque sus acciones actuales afecten la labor específica que desempeñó como abogado para su cliente. Esto se hace evidente en el hecho de que a Néstor

¹ Esto no implica que la defensa de los intereses del cliente y del ordenamiento jurídico sea siempre armónica. Por el contrario, son múltiples los casos en los que la defensa de los intereses del cliente no encuentra justificación jurídica alguna. Para una exposición sobre esta tensión, véase Martin Böhmer, "Equalizers and Translators: Lawyers' Ethics in a Constitutional Democracy". *Fordham Law Review*, n.º 77 (2008).

Humberto Martínez se le acusa de estar inmerso en un conflicto de interés por las investigaciones penales que podrían reclamar la responsabilidad penal de su cliente, y no por tener competencia para decidir, por ejemplo, si se debe extender o no el contrato de estabilidad jurídica que él gestionó a favor del grupo AVAL.

¿QUÉ VALORES O PRINCIPIOS JURÍDICOS SE PONEN EN RIESGO CUANDO UN ABOGADO O FUNCIONARIO PÚBLICO ESTÁ INMERSO EN UN CONFLICTO DE INTERÉS?

Son varios los valores o principios jurídicos que los conflictos de interés buscan proteger. A continuación explicaré cada uno de ellos siguiendo lo sugerido por Wendel².

Lealtad. Un abogado debe lealtad a un cliente. Deber lealtad al cliente implica defender de manera diligente sus intereses (no los del abogado ni los de la contraparte o los de un tercero no representado en el proceso) y hacer todo lo que esté permitido para alcanzarlos siempre en el marco de la legalidad (es decir, el abogado también debe lealtad al ordenamiento jurídico).

Un cliente puede ser una persona jurídica, una persona natural o una entidad estatal. La labor que el abogado presta puede ser una de representación en un procedimiento judicial o administrativo, o de consultoría o asesoría en materias extrajudiciales como puede ser una consulta jurídica o la elaboración de un contrato. Cualquiera que sea la configuración de la relación, siempre se espera que el abogado o abogada, sean capaces de perseguir única y exclusivamente los intereses de su representado. Cuando un interés *intruso* merodea la representación del abogado, se corre el riesgo o se levanta la sospecha de que la lealtad hacia el cliente no sea real. La lealtad es crucial para que los derechos del cliente sean defendidos plenamente y no haya interferencia alguna entre los derechos reconocidos por el Estado y su ejercicio por parte del cliente.

Independencia. Un factor crucial para una buena representación es la capacidad que tiene un abogado para proveer a su cliente una asesoría

² W. Bradley Wendel, *Professional Responsibility: Examples and Explanations* (New York: Wolters Kluwer, 2016).

independiente, honesta y franca. El cliente debe tener derecho a conocer plenamente los posibles cursos de acción que puede adoptar de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente. Un interés *intruso* de su abogado puede hacer que este vea afectada su independencia y se abstenga de informar honestamente a su cliente, no le sugiera cursos de acción posibles, o le trata de persuadir para que adopte uno que no es necesariamente el más conveniente para el cliente.

Confidencialidad. La relación abogado-cliente se estructura alrededor de la confianza. A través de ella se facilita la comunicación de información que el abogado necesita para asesorar de manera adecuada a su cliente. Los conflictos de interés, en conjunto con el deber de confidencialidad y la regulación referente al secreto profesional, buscan evitar que un abogado utilice información confidencial de un cliente para beneficiar a otro cliente o a sí mismo.

Integridad de los procesos judiciales. El tránsito de los sistemas procesales inquisitivos a los sistemas adversariales o mixtos ha implicado una exigencia de mayor parcialidad de los abogados en la defensa de sus representados. Mientras que en los sistemas inquisitivos los jueces tenían la obligación de investigar y juzgar, en los sistemas adversariales son las partes las encargadas de investigar y argumentar ante el juez, quien pasa a tener un rol más pasivo en términos de las cargas y tareas asignadas en comparación con el sistema inquisitivo y se limita a garantizar la igualdad de armas entre las partes.

La parcialidad implica que el abogado trabaje única y exclusivamente por los intereses de su cliente sin importar qué ocurra con los intereses de la contraparte pues se supone que ella está también representada por un abogado quien trabaja parcializado hacia ella. La suma de parcialidades junto con la imparcialidad del juez genera una dialéctica constante que hace que al final lleguen al juez los mejores argumentos de hecho y de derecho lo que lleva a la mejor decisión posible.

La parcialidad y, por ende, la integridad del proceso dependen de que los abogados de las partes solo tengan un interés en mente al momento de entrar a un procedimiento judicial. Si un abogado representara tanto al demandante como al demandado no habría una parcialidad real pues, consciente o inconscientemente en algún punto esta se quebraría y su parcialidad se inclinaría por una de las partes. Esto haría que la dialéctica y oposición entre las partes no fuera lo suficientemente intensa, lo cual afectaría la calidad de la decisión a ser adoptada por el juez.

En el caso de Néstor Humberto Martínez puede verse cómo todos estos valores pueden estar en riesgo. La lealtad que Néstor Humberto Martínez debe a su excliente (el grupo AVAL) se ve amenazada cuando su exabogado se convierte, unos pocos años después, en el encargado de investigarlos y acusarlos. Así mismo, la lealtad que Néstor Humberto Martínez debe a su cargo de servidor público puede verse seriamente afectada por la posible lealtad que aún guarda a su antiguo cliente.

La independencia que debe guiar el actuar de la Fiscalía General de la Nación en las investigaciones contra Odebrecht puede también verse afectada por la relación que Néstor Humberto Martínez tuvo con su excliente. No es descabellado especular que siempre despertarán sospechas la forma en que se desarrollen investigaciones contra el grupo AVAL por parte de su exabogado de cabecera, debido a esa relación pasada.

Así mismo, aunque suene paradójico o ingenuo para algunos, debería resultar preocupante para el grupo AVAL que su exabogado sea ahora el encargado de investigarlos, pues, como demuestran los hechos, Néstor Humberto Martínez tuvo acceso a información confidencial que puede resultar crucial al momento de determinar la participación de su excliente en el caso de Odebrecht en Colombia. Es necesario señalar que en Colombia, como en la mayoría de sistemas jurídicos contemporáneos, los abogados están obligados a guardar secreto profesional cuando se enteren de delitos ya cometidos por sus clientes (generalmente se establecen distintos tipos de excepciones a la obligación de guardar secreto cuando el abogado conoce de la intención que tiene su cliente de cometer un delito en el futuro)³. Si bien Néstor Humberto Martínez debe abstenerse por

³ En este caso particular es importante señalar dos cosas sobre el secreto profesional: si Néstor Humberto Martínez colaboró de alguna forma en la realización de alguno de los delitos que en opinión del abogado penalista Juan Carlos Forero se habrían configurado, no solo sería responsable penalmente, sino que además su conducta debería ser sancionada en términos de ética y responsabilidad profesional por asesorar a su cliente en la realización de una actividad ilícita. Si los actos delictivos fueron realizados sin que Néstor Humberto Martínez supiera y/o participara en ellos, efectivamente está obligado a guardar secreto profesional independientemente del cargo que ocupe y no puede ser obligado a testificar sobre esto. Esto último no implica, en todo caso, que deje de existir un posible conflicto de interés. Otro punto interesante para analizar es cuál sería la responsabilidad de Néstor Humberto Martínez si se hubiera enterado de la intención de su cliente de cometer dichos delitos: como se narran los hechos parece ser que se enteró, a través de Pizano, de que estos delitos ya habrían ocurrido. Si se hubiera enterado antes de que ocurrieran, ¿qué debía haber hecho? En términos de ética y responsabilidad

mandato constitucional de revelar información sobre delitos ya cometidos por su cliente (el secreto profesional tiene rango constitucional en Colombia), existe el riesgo de que utilice esta información o de que ésta sesgue de alguna forma la imparcialidad que debe exhibir en su cargo.

Por último, es importante señalar que la regulación de los conflictos de interés apunta a salvaguardar no solo la integridad real del proceso, sino su apariencia externa de imparcialidad. Pudiera ser cierto que Néstor Humberto Martínez no sintiera ya un deber de lealtad para con su excliente, que realmente tuviera la capacidad de adelantar una investigación independiente y que, en caso de ser necesario, acusara a quien anteriormente fue uno de sus más importantes clientes. Aun a pesar de que tuviera esta capacidad, lo cierto es que, a los ojos de la ciudadanía, ya existe la sospecha de un conflicto de interés y, sea cual sea el resultado, será difícil borrar la percepción de que no hubo independencia real en la investigación.

¿POR QUÉ OCURREN LOS CONFLICTOS DE INTERÉS?

¿CUÁLES SON SUS FUENTES?

Shapiro⁴ sugiere cinco fuentes distintas de las cuales emanan los conflictos de interés.

Una primera fuente son los múltiples roles que habita una misma persona a lo largo de su carrera profesional los cuales pueden llegar a chocar. Es común conocer abogados que además de trabajar en un despacho han dado clases en universidades, forman parte de alguna junta directiva y además hacen parte de alguna asociación social como puede

profesional, según la legislación colombiana, habría tenido la facultad de romper el secreto profesional e informar a las autoridades sobre la intención de su cliente de cometer un delito. No obstante, la regulación actual, indica que es una facultad y no un deber; véase Corte Constitucional colombiana, sentencia C-301 del 2012. Otro punto, mucho más complejo, es el de la responsabilidad contractual que se podría derivar de su contrato de mandato. El cliente de Néstor Humberto Martínez es una persona jurídica: ¿qué responsabilidad tenía él, como abogado, de informar a los órganos de dirección dicha persona jurídica de que uno o varios de sus ejecutivos estaban pagando sobornos y comprometiendo la reputación y responsabilidad legal de la empresa?

⁴ Susan Shapiro, *Tangled Loyalties Conflict of Interest in Legal Practice* (Ann Arbor, MI: University of Michigan Press, 2002).

ser un club social, un partido político, un colegio de abogados, una congregación religiosa, una asociación civil u ONG. Además, es común también que los abogados realicen trabajo jurídico externo distinto al que realizan para su trabajo de tiempo completo, como puede ser trabajo *pro bono* o asesorías, así sean de tipo informal, a una empresa de un familiar o de un amigo. En algún punto, es probable que los intereses perseguidos por estos distintos roles choquen y algún interés intruso, propio de otro rol, amenace la labor profesional del abogado.

Shapiro sugiere que existe una correlación entre el número de múltiples roles que se habitan y la posibilidad de ocupar cargos de confianza o cargos públicos: precisamente la extensa trayectoria profesional, las múltiples experiencias con varios clientes y la multiplicidad de roles que una misma persona ha habitado son lo que, comúnmente pero extrañamente, la hace atractiva para ocupar un cargo de confianza y representación. Allí yace la ambigüedad frente a los conflictos de interés: los múltiples contactos y experiencias que valoramos en una persona son lo que la hace más vulnerable a toparse constantemente con situaciones donde va a existir un conflicto de interés, lo cual pondrá en riesgo su independencia y profesionalismo.

Una segunda fuente de conflictos de interés es el crecimiento y diversificación de las organizaciones para las cuales trabajan los abogados. El surgimiento de las empresas multinacionales como un actor crucial en el escenario y global y el consecuente tránsito de las pequeñas oficinas de abogados generalistas e independientes hacia los despachos transnacionales⁵ hace que cada vez se concentre más el conocimiento jurídico en unos pocos despachos de abogados de un tamaño descomunal. Esto hace naturalmente que sea más factible que surjan conflictos de interés. El cuidado que pudo haber tenido un despacho y sus abogados de no caer en ningún conflicto de interés se puede ver anulado cuando se fusiona con otro despacho nacional más grande o incluso con un despacho extranjero que pueda representar intereses de la que antes de esa fusión era contraparte del despacho, o que pudo haberlos representado en el pasado. Además, en la representación de empresas multinacionales

⁵ Marc Galanter y Thomas M. Palay, *Tournament of Lawyers: The Transformation of the Big Law Firm* (Chicago: University of Chicago Press, 1993); John P. Heinz *et al.*, *Urban Lawyers: The New Social Structure of the Bar* (Chicago: University of Chicago Press, 2005).

o grupos empresariales que aglutinan distintas empresas y tienen complejos entramados y estructuras corporativas se hace mucho más difícil identificar cuando se está en un conflicto de interés, en comparación con lo sencillo que podría ser identificar un conflicto de interés cuando se representa a personas naturales.

Esta segunda fuente de conflictos de interés se ve exacerbada también por los modelos de “up or out” establecidos en los grandes despachos de abogados, donde los abogados asociados buscan todo el tiempo mejorar su posición en la organización, pero para hacerlo se les exige, por lo general, traer nuevos clientes al despacho⁶. La búsqueda incesante de clientes como requisito para permanecer (y ascender) hace que sea más factible caer en conflictos de interés, pues es posible que un mismo despacho de abogados represente a dos partes en conflicto⁷.

Una tercera fuente de conflictos de interés se da porque, por lo general, para que un abogado obtenga suficientes ingresos económicos para vivir cómodamente, necesita representar varios clientes al mismo tiempo y varios clientes sucesivos a lo largo de su vida profesional. Esta situación por sí sola no es problemática. No obstante, surgen casos en los que la defensa de los intereses de un cliente puede implicar la afectación de los intereses de otro. Por ejemplo, un abogado penalista que defendió exitosamente a una persona en un caso de corrupción puede ver afectada su capacidad de defender en el futuro, y de manera adecuada, a una persona acusada de los mismos hechos o hechos relacionados con la defensa anterior pues esto podría implicar en algún punto sugerir la responsabilidad de su excliente que fue absuelto.

Una cuarta fuente de conflictos de interés son las redes de relaciones en las que están inmersos los abogados. Como cualquier ser humano, los abogados interactúan con más personas que sus clientes y colegas; tienen familia y amigos. Como es obvio, es posible que una parte importante de sus redes de amigos sean también abogados u abogadas,

⁶ Galanter y Palay, *Tournament of Lawyers: The Transformation of the Big Law Firm*.

⁷ Como se explicará más adelante, representar a dos partes en conflicto no implica necesariamente que se configure el conflicto de interés pues si el abogado o la firma obtiene el consentimiento informado de las dos partes pueden proceder con su representación. En algunas jurisdicciones la regulación es más estricta y el conflicto de interés es irrenunciable.

dados sus procesos educativos y de socialización. Esta red de relaciones sociales puede llegar a generar conflictos de interés, ya que sería razonable pensar que en algunas situaciones los intereses del cliente que está llamado a defender estén enfrentados a los intereses de otro cliente representado a la par por su compañero sentimental o por un familiar o amigo cercano.

Por último, una quinta fuente de conflictos de interés es la forma en que se pactan los honorarios de los abogados. Aunque la base de las profesiones es la idea de anteponer los intereses y valores de la profesión a los intereses personales del abogado, es innegable e ingenuo pensar que el dinero no es una fuente de riesgo para esa aspiración. Por ejemplo, puede haber casos donde el pacto de una remuneración a través de *cuota litis* haga que un abogado prefiera resolver rápidamente un pleito a través de una conciliación en lugar de litigar el caso y demorarse tal vez seis u ocho años. El abogado que anteponga sus intereses económicos a los de la profesión tratará entonces de persuadir al cliente de aceptar una conciliación a efectos de cobrar sus honorarios más rápido y con menos esfuerzo aún a pesar de que la conciliación no sea necesariamente la mejor opción para su cliente. Dada la asimetría de información entre abogado y cliente (cuando el cliente no es abogado o no conoce mucho sobre el derecho), es fácil para el abogado asustar al cliente y utilizar tecnicismos jurídicos que lo hagan dudar de irse a un pleito. Si a esto se suma la lentitud del sistema judicial, es fácil encontrar escenarios donde los abogados “convencen” a los clientes de conciliar sin que esto sea necesariamente el mejor curso de acción.

Una fuente de conflictos que no menciona Shapiro, o que al menos no identifica de manera precisa, es la que surge entre las convicciones personales del abogado y las exigencias que impone su rol de abogado. El típico caso es el del abogado de oficio que tiene que defender a una persona acusada de abusar sexualmente de un menor de edad. En este caso estereotípico, el abogado encuentra dicha defensa repugnante desde su ética personal. No obstante, el rol de abogado le exige defender los derechos de su representado de manera celosa y diligente, lo cual implica, en cierta forma, apagar su ética personal e instalarse en la ética profesional donde sus convicciones personales y juicios éticos no deberían afectar la defensa de su representado. En este caso es posible que las convicciones personales del abogado operen como un interés *intruso* que afecte de manera ilegítima la defensa jurídica de su cliente.

¿QUÉ TIPOS DE CONFLICTOS DE INTERÉS EXISTEN?

Generalmente, la regulación referente a los conflictos de interés reconoce tres tipos de conflictos: el simultáneo, el sucesivo y el ideológico o personal.

Conflicto de interés simultáneo. Se da cuando un mismo abogado o despacho de abogados representa a dos partes con intereses contrapuestos sobre un mismo asunto. El caso extremo e improbable es cuando un abogado representa en una misma causa al demandante y al demandado. Los casos más comunes serían los que ocurren cuando, por ejemplo, un mismo despacho brinda asesoría jurídica a dos empresas que pueden estar compitiendo en una licitación pública para ganar un contrato⁸. Otro ejemplo típico es cuando un mismo abogado defensor defiende a dos personas acusadas de hurto. En este caso es posible que la defensa de uno de los asaltantes implique sugerir que el otro asaltante habría tenido mayor responsabilidad por ser el autor intelectual o por haber constreñido al otro a cometer el delito.

Las abogadas y los abogados que trabajan para personas jurídicas como empresas, por ejemplo, tienen que estar atentos a situaciones que si bien no se configuran formalmente como conflictos de interés, sí pueden asemejarse a ellos. Esto ocurre porque la determinación de los intereses de una persona jurídica es una tarea más compleja que la de los intereses de una persona natural. Cuando se trata con una persona natural, es evidente que el cliente decide qué es lo que él quiere que el abogado le ayude a conseguir⁹. Con una persona jurídica esto es más complejo. En el caso de una empresa es claro que el abogado es contratado por la

⁸ Es importante señalar que si la legislación del país permite que ambos clientes renuncien al conflicto de interés y otorguen el consentimiento informado para que un mismo despacho tramite sus casos, es posible hacerlo. Para esto los despachos de abogados crean lo que popularmente se conoce como “muralla china”, la cual es una práctica organizacional y logística que consiste en segregar a los dos equipos encargados de representar a cada parte, de manera que no existan riesgos de que la información de una parte llegue a las manos de la otra.

⁹ No obstante, también es cierto que muchas veces los abogados tienen un papel determinante en la construcción y rediseño de los intereses que los clientes quieren perseguir, véase Austin. Sarat y William L. F. Felstiner, *Divorce Lawyers and Their Clients : Power and Meaning in the Legal Process* (New York; Oxford: Oxford University Press, 1997).

empresa y por ende debe defender los intereses de esta; pero ¿quién habla por la empresa? ¿A quién debe escuchar el abogado al momento de establecer los objetivos e intereses que debe perseguir? ¿A la junta directiva? ¿Al representante legal? ¿A la junta de accionistas? ¿Qué ocurre si el abogado cree que, por ejemplo, el representante legal, que es la persona con la que comúnmente interactúa, le pide hacer algo que ese abogado considera que no le conviene a la empresa y que va en contra de sus intereses? En estos casos no existe formalmente un conflicto de interés simultáneo, pues el abogado no está representando o asesorando al representante legal al mismo tiempo que representa a la empresa. El abogado tiene una sola y única relación con la empresa. No obstante, puede haber intereses en conflicto en el interior de la empresa. En estos casos el abogado debe revisar los estatutos de la empresa, así como las normas de derecho societario y ética y responsabilidad profesional, con el fin de determinar qué debe hacer y a quién debe escuchar.

Imaginemos a un abogado que asesora a una empresa y que, por ejemplo, tiene una conversación con su representante legal, quien angustiado le confiesa que pagó un soborno a un servidor público para que la empresa ganara un contrato. Este abogado debe ser consciente de que su cliente es la empresa y, por ende, debería informar inmediatamente al representante legal de que es el abogado de la empresa y que está obligado a protegerla a ella y no a él. Esta advertencia implicaría entonces sugerirle al representante legal que, si lo considera necesario, consiga un abogado propio que lo represente, en caso de que se inicien acciones legales en su contra.

Una pregunta más complicada sería la referente a si el abogado de la empresa estaría obligado o facultado para denunciar el soborno a las autoridades públicas o al menos a los accionistas de la empresa. Si bien este sería el curso normal de las cosas, sería importante atender al contexto en el que se dio la plática, ya que esta información pudo haberle llegado por una confusión del representante legal, quien asumió (pensemos que de buena fe) que el abogado de la empresa también representaba sus intereses. Si las cosas ocurrieron así, es posible inferir que el representante legal comunicó esa información al abogado pensando que estaba amparado por la obligación de guardar secreto profesional. Si el escenario fuera este, sería menos obvio el deber de denunciar los hechos o informarlos a la empresa y habría que deliberar con mayor cuidado sobre el curso de acción correcto.

Los conflictos de interés simultáneos no se dan solo en el mundo corporativo y no obedecen solo al afán de generar riqueza. Otro ejemplo de conflictos simultáneos es el que puede ocurrir en las ONG que reciben financiación a cambio de promover litigios de alto impacto o litigios estratégicos. En estos casos pueden presentarse situaciones en las que el cliente representado (por ejemplo, una víctima de violaciones de derechos humanos) quiera en determinado momento recibir una indemnización para atender premuras económicas. Ese interés puede ir en contra del interés del financiador, quien, por ejemplo, preferiría buscar un mayor impacto con el litigio con el fin de lograr, por ejemplo, una sentencia con órdenes estructurales por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En este caso, la ONG tendría dos intereses encontrados: por un lado, atender los intereses de la víctima que preferiría recibir la indemnización de manera inmediata; por otro lado, los intereses del financiador de la ONG, quien preferiría llevar el caso a instancias superiores para conseguir una solución estructural, aun cuando eso dilate o incluso ponga en riesgo la indemnización inmediata de la víctima.

Conflicto de interés sucesivo. Este conflicto ocurre cuando la representación de un cliente actual puede afectar los intereses de un excliente en un asunto relacionado; o viceversa, es decir, la representación del cliente actual se puede ver afectada por la lealtad del abogado respecto a su excliente. En estas situaciones el aspecto clave, y más complicado, es determinar si se trata de un asunto relacionado o no.

Por ejemplo, en un pleito civil, el abogado que representa al demandante y que gana el pleito en primera instancia no podría representar a la parte demandada en la segunda instancia pues claramente sería el mismo asunto. Este es un ejemplo en el cual es evidente que se trata del mismo asunto y, por lo tanto, habría un conflicto de interés. No obstante, la mayor parte de conflictos de interés sucesivo no serán tan burdos y evidentes como este.

Un caso más difícil sería, por ejemplo, el de un abogado constitucionalista que, en primera instancia, es contratado por el Ministerio de Justicia para defender la constitucionalidad de una ley que ha sido demandada (caso en el cual logra hacer una defensa exitosa y la norma no es declarada inconstitucional). Posteriormente, supongamos un año después, es contratado por un ciudadano para atacar la constitucionalidad de la misma ley que defendió, pero esta vez con base en otros argumentos. ¿Incurriría este abogado en un conflicto de interés sucesivo?

¿La defensa de la constitucionalidad de la norma y la posterior demanda de inconstitucionalidad de esa misma norma, con base en otros argumentos, son asuntos relacionados o no?

Atendiendo al poco desarrollo que ha tenido este asunto en los países latinoamericanos, resulta útil acudir a la doctrina estadounidense (una de las más desarrolladas en la materia) para ver cómo lo han resuelto. Siguiendo a Wendel¹⁰, quien a su vez acude a las reglas modelo de Responsabilidad Profesional aprobadas por la American Bar Association, para determinar si son asuntos relacionados es útil formularse la pregunta de qué valores jurídicos podrían verse afectados en caso de llevar a cabo la representación del nuevo cliente.

En todo conflicto de interés hay dos valores que se ponen en riesgo: la confidencialidad y la lealtad que debe el abogado a sus clientes. La similitud de dos asuntos se puede examinar a través de esos dos prismas.

Cuando el conflicto de interés sucesivo se analiza bajo el prisma de la confidencialidad, se puede afirmar que el conflicto existe cuando hay “un riesgo sustancial de que la información confidencial que el abogado pudo obtener de su antiguo cliente a través de cursos normales de comunicación entre ellos dos pueda beneficiar a su actual cliente”¹¹. En estos casos, cuando el cliente antiguo acusa a su exabogado de incurrir en un conflicto de interés, como es obvio el cliente no está obligado a revelar públicamente la información confidencial. Lo que se le pide al juzgador es que analice qué información se requiere normalmente para realizar el tipo de asesoría o representación que el cliente antiguo solicitó y, posteriormente, una vez ya haya considerado la información que normalmente se requiere y se transmite entre cliente y abogado, analice si alguna de esa información confidencial puede beneficiar al cliente actual. En caso de considerar que sí existe un riesgo de que la información confidencial se use por el abogado, el juzgador declarará la existencia del conflicto de interés e inhabilitará al abogado para representar a su nuevo cliente.

Por otro lado, cuando el conflicto de interés sucesivo se examina bajo el prisma de la lealtad, se considera que existe cuando se presenta cualquiera de las siguientes dos situaciones: (1) cuando la lealtad que debe el abogado a su cliente es traicionada de manera abrupta, y en una

¹⁰ Wendel, *Professional Responsibility : Examples and Explanations*, 394.

¹¹ Regla modelo 1.9, American Bar Association.

misma materia, como ocurre, por ejemplo, cuando un abogado que ha sido contratado en un comienzo por la parte demandada renuncia y pasa a trabajar sin solución de continuidad para la parte demandante; (2) cuando en la representación de su actual cliente el abogado ataque un trabajo que haya realizado previamente para unos de sus clientes anteriores. El típico ejemplo sería el de un abogado que elabora un contrato de compraventa para su antiguo cliente, y posteriormente, al trabajar para un nuevo cliente, demanda ese mismo contrato que él elaboró acusándolo de contener una causa ilícita.

Este test tiene como fin establecer un mecanismo racional para determinar si existe realmente un conflicto de interés. Trata de proteger los intereses de los clientes, pero también los del abogado, ya que puede haber casos en donde un excliente se oponga firmemente a otorgar su consentimiento para que el que fue su abogado represente a quien hoy es su contraparte o competencia en la industria. El test tiene como finalidad determinar qué reclamaciones de los clientes son válidas y cuáles pueden llegar a estar infundadas, con el fin de proteger la libertad profesional del abogado para que pueda tener nuevos clientes y evitar la concentración de los abogados en unos pocos clientes.

Conflicto de interés personal. Este conflicto se da no porque choquen intereses de distintos clientes representados por un mismo abogado, sino porque los intereses del abogado chocan con los de su cliente.

Los conflictos de interés personal pueden ubicarse, a grandes rasgos, en tres categorías: los conflictos personales ideológicos, los conflictos personales relacionales y los conflictos personales que surgen por intereses económicos.

Los conflictos personales ideológicos son aquellos en los cuales las convicciones personales de la abogada o el abogado se constituyen en un interés intruso que puede afectar la representación celosa y diligente de los intereses de su cliente. Como se señaló anteriormente, el caso estereotípico es el del defensor de oficio que debe defender a una persona acusada de un crimen que genera un rechazo enérgico y generalizado en la sociedad como puede ser un acto sexual cometido contra un menor. En estos casos puede ocurrir que el rechazo y repugnancia que el defensor siente por estos hechos influya de manera indebida en la defensa de los derechos del investigado. Esto es algo que muchas veces se advierte cuando se le pregunta a algún abogado o estudiante de Derecho cómo defendería a una persona acusada de este delito. Por lo general, afirman

que se encargarían de vigilar que se le respetara el debido proceso y sus garantías y que la condena que se le imponga sea justa y no vaya más allá de lo establecido en la ley. En contraposición a esto, cuando se le pregunta a la misma persona cómo defendería o qué estrategias utilizaría para defender, por ejemplo, a un asaltante o a una persona acusada por corrupción, las respuestas tienden a sugerir que harían todo lo posible por que no se probara la culpabilidad de su cliente. Es decir, frente al violador de menores se hace un juicio moral que impacta directamente sobre su defensa (“tiene derecho a una condena justa”), mientras que sobre otro tipo de delitos no se hace un juicio moral, lo cual también tiene un impacto sobre su defensa (“tiene derecho a que yo haga todo lo legalmente posible para que no vaya a la cárcel, y es mi deber como abogado hacerlo”).

La aspiración a que los abogados ejerzan el derecho guiados por una ética profesional con exigencias distintas a la ética común que guía su día a día pretende precisamente que se minimice la intrusión de las convicciones personales del abogado en la representación de sus clientes, y que la única limitación a su autonomía provenga de la ley (la cual se percibe como legítima) y no de los juicios éticos de los abogados¹².

Los conflictos personales relacionales son aquellos en los que los intereses del cliente chocan con intereses de personas cercanas al abogado, y, por ende, posiblemente con intereses del propio abogado. Como se mencionó anteriormente, esto puede ocurrir, por ejemplo, cuando un cliente quiere demandar al esposo o exesposo de su abogada o a un cliente de él.

Los conflictos personales que surgen por intereses económicos se dan, por lo general, por la forma en que se pactan los honorarios del

¹² Para conocer las diferentes posiciones sobre la conveniencia de esto, véase Stephen L. Pepper, “The Lawyer’s Amoral Ethical Role: A Defense, a Problem, and Some Possibilities”. *American Bar Foundation Research Journal* 1 (1986): 613-35; Gerald J. Postema, “Moral responsibility in professional ethics”. *New York University Law Review*, n.º 55 (1980): 37-63; David Luban, *Lawyers And Justice : an Ethical Study*. (Princeton, N. J. : Princeton University Press, 1988); William H. Simon, *The Practice of Justice a Theory of Lawyers’ Ethics* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1998). Para ver la forma en que estas tensiones han permanecido invisibles en la cultura jurídica colombiana, a pesar de sus costos personales y sociales, véase Sergio Iván Anzola Rodríguez, *El malestar en la profesión jurídica: tensiones entre la ética personal y profesional de los abogados* (Bogotá: Universidad de los Andes, 2019).

abogado y los incentivos nocivos que pueden implicar que no represente de manera adecuada los intereses de su cliente. Un ejemplo mencionado anteriormente fue el de la *cuota litis*, que puede incentivar al abogado para cerrar rápido un caso mediante una conciliación, por ejemplo, aun cuando esto no sea necesariamente lo mejor para el cliente. El escenario opuesto también puede ser igual de nocivo: por ejemplo, si el abogado considera que su cliente puede obtener una indemnización más grande por la vía judicial (y por ende sus honorarios también serán más altos), el abogado podrá estar tentado a persuadir a su cliente de ir hasta la última instancia, aun cuando esto implique una larga espera y tal vez un costo emocional más alto por el desgaste y la naturaleza adversa del proceso.

¿CÓMO SE SANCIONAN LOS CONFLICTOS DE INTERÉS?

Un conflicto de interés puede ser sancionado a través de distintas ramas del derecho: puede configurarse responsabilidad penal, responsabilidad civil contractual o responsabilidad ética disciplinaria.

La responsabilidad penal y la responsabilidad civil contractual serían responsabilidades posteriores al conflicto de interés. Es decir, estarían destinadas a ofrecer una reparación a la parte afectada y a generar un efecto disuasorio en los abogados con el fin de proteger un bien jurídico.

La responsabilidad ética disciplinaria también podría entrañar una responsabilidad posterior (por ejemplo, mediante una sanción al abogado que incurra en un conflicto de interés con una multa o una suspensión provisional del ejercicio profesional), pero la función primordial de una regulación realmente efectiva del conflicto de interés apuntaría no a sancionarlo posteriormente, sino a evitar el conflicto de interés mismo, de modo que no se afecten los principios jurídicos que se supone protege la figura.

Esto ha sido reconocido e implementado en Estados Unidos, donde, por ejemplo, en los conflictos de interés sucesivos, el cliente antiguo puede solicitarle a un juez que declare el conflicto de interés e impida que el abogado que representó a ese cliente en el pasado represente hoy a su contraparte. Es decir, los jueces tienen el poder de limitar la libertad contractual y laboral de los abogados a efectos de salvaguardar la lealtad, confidencialidad e integridad del proceso. Así mismo, los abogados

pueden confrontar a ese excliente y argumentar por qué no se pone en riesgo la lealtad, ni la confidencialidad, ni la integridad del proceso.

CONCLUSIÓN: ¿SON RENUNCIABLES LOS CONFLICTOS DE INTERÉS?

Puede haber dos formas de regular los tres tipos de conflictos de interés descritos anteriormente. Una forma es de manera estricta. Esto implica que una vez se presenta cualquier situación que encaje en una de las tres categorías descritas, existirá un conflicto de interés y el abogado deberá apartarse del caso.

Otra forma es regularlos de manera laxa. Esto implica que el conflicto de interés es renunciable: si el cliente o los clientes afectados por el posible conflicto de interés otorgan su consentimiento al abogado o al despacho para que continúe adelante con la representación, a pesar del riesgo de un conflicto de interés del que el cliente ha sido informado, el abogado está autorizado a hacerlo. El problema de esta forma de regulación se da cuando el excliente se opone de manera infundada a otorgar su consentimiento. En Colombia, por ejemplo, la legislación no establece un límite temporal para que el abogado se abstenga de representar intereses adversos. Esto implica que un excliente podría retener a su abogado indefinidamente y privar a su competencia del conocimiento jurídico de ese abogado. Para evitar este uso abusivo de los conflictos de interés se han creado test como el descrito en el apartado de conflictos de interés sucesivos.

PREGUNTAS PARA REFLEXIONAR

1. Evitar y sancionar los conflictos de interés es una aspiración legítima y necesaria por parte de la profesión jurídica. No obstante, puede haber casos en los que la aplicación estricta de los conflictos de interés puede tener repercusiones no contempladas en otras esferas. ¿Cómo cree que una aplicación estricta de los conflictos de interés afectaría (a) los costos de los honorarios de los abogados; (b) la monopolización de los abogados y su conocimiento jurídico por parte de sus clientes; y (c) la movilidad laboral de los abogados?

2. La diferencia entre los salarios que perciben los abogados de grandes y prestigiosos despachos y los salarios que perciben los abogados que trabajan en el sector público puede ser significativa. Esta diferencia salarial puede hacer que los abogados y las abogadas con más y mejor educación prefieran trabajar en el sector privado. Con el fin de que el Estado también pueda acceder a la experticia jurídica de estas personas, muchas veces los nombran directores o subdirectores de importantes entidades estatales para que, al menos por unos años, puedan aportar al sector público. (a) ¿Está de acuerdo con esto?; (b) ¿Cree que es realmente posible lograr que no se presenten conflictos de interés en estos casos?
3. Un abogado recién graduado entra a trabajar en la entidad estatal encargada de manejar los impuestos. Después de muchos años de trabajo y esfuerzo, un despacho de abogados le ofrece un contrato laboral sustancialmente mejor que su contrato actual. ¿Debería limitarse la autonomía y movilidad laboral de esta persona a efectos de prevenir un posible conflicto de interés?
4. La formación y consolidación de un cuerpo profesional de servidores públicos dedicados enteramente a la función pública solucionarían el fenómeno conocido como “puerta giratoria”, en la que los profesionales del derecho que trabajan en el sector público pasan al privado y viceversa. En su entorno social actual, ¿cree posible lograr esto? ¿Qué incentivos puede ofrecer el Estado para retener a sus funcionarios públicos?
5. La regulación que se adopte sobre los conflictos de interés estará basada en una idea sobre qué significa ser un abogado y qué tan profunda es la relación abogado-cliente. Una corriente parece sugerir que la asesoría jurídica va más allá de prestar un servicio técnico y jurídico. Esta corriente parece entender al abogado como un amigo y consejero del cliente. Otra corriente sugiere que la asesoría jurídica se debe considerar un servicio técnico sin más y, por tanto, el abogado no es un amigo y consejero permanente. Aunque la relación abogado-cliente debe estar permeada por la lealtad, esa lealtad es matizada y está limitada temporalmente.
 - a. ¿Cuál de las dos visiones cree que describe mejor la realidad? ¿Depende de cada asesoría y cliente? ¿Pueden convivir pacíficamente ambas regulaciones o llevarían a resultados contradictorios?

- b. Independientemente de cuál de estas dos visiones del abogado se adopte, ¿cuáles serían sus repercusiones sobre otros aspectos del ejercicio profesional? ¿Cuáles son los pros y contras de concebirse como un abogado-amigo del cliente? ¿Cuáles son los pros y contras de concebirse como un técnico del derecho que simplemente presta un servicio técnico a un cliente?

BIBLIOGRAFÍA

- Anzola Rodríguez, Sergio Iván. *El malestar en la profesión jurídica: tensiones entre la ética personal y profesional de los abogados*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2019.
- Böhmer, Martin. "Equalizers and Translators: Lawyers' Ethics in a Constitutional Democracy". *Fordham Law Review*, n.º 77 (2008).
- Epstein, Richard A. "The Legal Regulation of Lawyers' Conflicts of Interest", *Fordham Law Review* 60, n.º 4 (1992).
- Fox, Lawrence J. y Susan R. Martyn. *The Ethics of Representing Organizations: Legal Fictions for Clients*. New York: LexisNexis Electronic Publications, 2013.
- Galanter, Marc y Thomas M. Palay. *Tournament of Lawyers: The Transformation of the Big Law Firm*. Chicago: University of Chicago Press, 1993.
- Griffiths-Baker, Janine. *Serving Two Masters: Conflicts of Interest in the Modern Law Firm*. Oxford y Portland: Hart Publishing, 2002.
- Heinz, John P., Robert Nelson, Rebecca Sandefur y Edward Laumann. *Urban Lawyers: The New Social Structure of the Bar*. Chicago: University of Chicago Press, 2005.
- Luban, David. *Lawyers and Justice: an Ethical Study*. Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1988.
- Pepper, Stephen L. "The Lawyer's Amoral Ethical Role: A Defense, a Problem, and Some Possibilities". *American Bar Foundation Research Journal* 1 (1986): 613-35.
- Postema, Gerald J. "Moral Responsibility in Professional Ethics". *New York University Law Review*, n.º 55 (1980): 37-63.
- Sarat, Austin y William L. F. Felstiner. *Divorce Lawyers and Their Clients: Power and Meaning in the Legal Process*. New York; Oxford: Oxford University Press, 1997.

- Shapiro, Susan. *Tangled Loyalties Conflict of Interest in Legal Practice*. Ann Arbor, MI: University of Michigan Press, 2002.
- Simon, William H. *The Practice of Justice a Theory of Lawyers' Ethics*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1998.
- Wendel, W. Bradley. *Professional Responsibility: Examples and Explanations*. New York: Wolters Kluwer, 2016.

QUINTA PARTE
DEBATES ÉTICOS EN LAS DISCIPLINAS

CAPÍTULO XII

LOS DEBERES PROFESIONALES DEL ABOGADO QUE ASISTE EN EL DISEÑO DE UN PLANEAMIENTO TRIBUTARIO*

ALEXIS LUJÁN

INTRODUCCIÓN: EL AUTOGOL JURÍDICO DE MESSI

Lionel Andrés Messi Cuccittini, Leo Messi o, como es popularmente conocido, “la Pulga”, que llegó a ser considerado el mejor jugador de fútbol del mundo, perdió un partido contra la Hacienda Pública española en un terreno que demostró no dominar: el de la Justicia. El astro argentino fue sentenciado en España por defraudar más de cuatro millones de euros en impuestos.

Aunque el caso es mucho más complejo, el esquema usado por Messi para pagar menos tributos consistió en ceder sus derechos de imagen a una sociedad extraterritorial con ventajas fiscales (sociedad *offshore*) que cobró por la participación del jugador en campañas publicitarias de empresas multinacionales. De esa forma, aunque Messi jugaba al fútbol en España, las rentas derivadas de sus contratos publicitarios tributaban con una menor tasa impositiva en otro país.

La condena por delito tributario se sustentó en que la cesión de derechos de imagen que el jugador hizo a la sociedad extranjera fue simulada, lo cual se evidenciaría en que el precio pactado en contraprestación era ridículo o inexistente, así como en otras irregularidades identificadas por la fiscalía¹.

* Para citar: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.425>

¹ Se señala en la sentencia que “*algunas de las fechas de los contratos contradicen el contenido de otros o hacían imposible su eficacia, o el jugador firma algunos contratos como titular de unos derechos que no ostentaba desde el 3 de marzo del 2005*”. Sentencia del Tercer Juzgado de Instrucción de Gava (España), de fecha 5 de julio del 2016, recaída en el procedimiento abreviado 110/15, p. 19. Para una mayor referencia sobre este caso, véase Carmen Morón Pérez, “La defraudación tributaria de los futbolistas de élite (análisis de algunos casos recientes)”, *Revista Anales de Derecho* 33, n.º 1 (2015), <http://revistas.um.es/analesderecho>.

Este caso despierta preguntas, como ¿fue Leo Messi artífice del esquema de negocios y empresas *offshore* a través de los cuales se defraudó al fisco español? La versión del futbolista es esta: “Yo me dedicaba a jugar al fútbol. Confiaba en mi papá y en los abogados que habíamos decidido que nos llevaran las cosas. En ningún momento se me pasó por la cabeza que me iban a engañar”².

Pese a lo alegado por Messi, el estudio de abogados que le ayudó a implementar el esquema de negocios a través del cual se defraudó al fisco español fue excluido de la acusación por fraude fiscal³. El Tribunal Supremo Español cuestionó tal proceder y desató, así, una serie de denuncias contra los asesores fiscales por delitos contra la Hacienda Pública española⁴.

El pleito tributario de Messi no es uno aislado, pues compite en las portadas de los diarios con el de otros futbolistas como Cristiano Ronaldo o Neymar, famosos como Bono, Dolce & Gabbana o Shakira, e incluso grandes transnacionales como Apple, Starbucks o Google, cuyos casos salieron a la luz a raíz de filtraciones conocidas como Paradise Papers (en el 2017), Panama Papers (en el 2016) y Swissleaks (en el 2014).

Casos como los antes mencionados vienen planteando serios cuestionamientos a los sistemas tributarios modernos, que han alcanzado dimensiones globales. No se trata de empresas o ciudadanos que actuaron sin recibir asesoría, sino considerando la opinión de un abogado que fue relevante para decidir la implementación de una estrategia de planeamiento tributario⁵.

² “El Supremo ratifica la condena de 21 meses de cárcel a Messi por fraude fiscal”, *El País*, 2017, https://elpais.com/deportes/2017/05/24/actualidad/1495623767_529582.html.

³ “Los Messi se aferran a la tesis del engaño para ser absueltos”, *El País*, 2016, https://elpais.com/deportes/2016/06/06/actualidad/1465212561_687737.htm.

Según se observa de la información recogida por la prensa, un primer asesor ya había implementado un esquema que posibilitaba el traslado de las rentas de Messi a una sociedad *offshore* cuando era menor de edad. Sin embargo, a raíz de una controversia con el primer asesor, se contrató a un segundo asesor (de un despacho de abogados), que habría implementado la estructura a través de la cual se materializó la defraudación tributaria en los ejercicios fiscales por los que Messi fue denunciado penalmente.

⁴ “Los asesores fiscales, atemorizados por las denuncias provocadas por la ‘sentencia Messi’”, *ABC*, 2019, https://www.abc.es/economia/abci-asesores-fiscales-atemorizados-denuncias-provocadas-sentencia-messi-201904041413_noticia.html.

⁵ No hay una definición de planeamiento tributario universalmente aceptada; sin embargo, el concepto está asociado a la búsqueda de ahorros tributarios ya sea por una

Es en ese contexto en el que, desde la perspectiva de la ética y responsabilidad profesional del abogado, cabe preguntarnos lo siguiente: ¿Qué misión cumple el abogado tributarista?⁶ ¿Tiene un deber frente al sistema de recaudación? ¿Puede asistir a su cliente a pagar menos tributos? ¿Qué función cumple al asistir en un planeamiento tributario? ¿Cómo debe cumplir esa función? ¿Cuáles son los límites que debe evitar cruzar al asistir en un planeamiento tributario?⁷

¿QUÉ MISIÓN CUMPLE EL ABOGADO TRIBUTARISTA?

Un buen punto de partida para analizar los deberes que tiene el abogado al realizar una actividad determinada es asumir una posición respecto a si el abogado tiene únicamente por misión velar por el interés de su cliente –lo cual podría pensarse debido a que es frente a este con quien se obliga contractualmente– o si, además, tiene algún otro interés que custodiar al cumplir su labor. Nosotros asumimos la segunda posición por las razones que exponemos a continuación⁸.

eliminación, disminución o diferimiento del tributo. Ahora bien: la Comisión Europea señala que la planificación fiscal agresiva –que es el tipo de planificación fiscal que los Estados vienen combatiendo– “consiste en aprovechar los aspectos técnicos de un sistema fiscal o las discordancias entre dos o más sistemas fiscales con el fin de reducir la deuda tributaria, y puede adoptar diversas formas. Entre sus consecuencias, cabe señalar las deducciones dobles (por ejemplo, se deduce la misma pérdida tanto en el Estado de origen como en el de residencia) y la doble no imposición (por ejemplo, la renta que no se grava en el Estado de origen está exenta en el Estado de residencia)”. Comisión Europea (2012), *Diario Oficial de la Unión Europea*, Recomendación de la Comisión de 6 de diciembre del 2012 sobre la planificación fiscal agresiva (2012/772/UE).

⁶ La existencia de un sistema tributario estructurado sobre la base de normas complejas genera una demanda de abogados especializados en el entendimiento de las normas tributarias a los que suele llamárseles abogados “tributaristas” que, en tanto abogados, deben cumplir con la misión y deberes propios de los profesionales del derecho.

⁷ Nótese que este capítulo no propone un análisis de cómo debería resolverse el caso particular de Messi por dos razones: (1) porque para ello se requeriría evaluar diversa información que no es pública; y (2) porque no es la intención del autor realizar dicho análisis sino únicamente usar los hechos del caso como una guía para el desarrollo de las preguntas aquí formuladas.

⁸ En un ensayo anterior hemos sustentado con mayor detalle esta posición; Alexis Lujan, “La misión del abogado en el Estado constitucional de derecho”, *Legis.pe* (Lima, 2018), <https://legis.pe/mision-abogado-estado-constitucional-derecho/>.

Es importante recordar, primero, en qué consiste, en esencia, la labor del abogado. Desde nuestro punto de vista, el abogado es el profesional a quien la sociedad le confía la tarea de comprender y hacer comprender a otros, a través de la palabra, cómo los hechos se relacionan con el derecho –como precisa Alzamora Valdez– “para elevarlos hasta allí y no para acomodar un supuesto derecho a los hechos”, como en la práctica muchas veces ocurre⁹.

Luego, antes que buscar una respuesta explícita en la legislación, sirve entender la función que asumen los abogados. Así, si bien en el Perú la ley no establece que los abogados son servidores públicos u oficiales de la corte¹⁰, el mayor entendimiento que tienen del ordenamiento jurídico los coloca en una posición que les permite evitar conductas indebidas desde el interior de las organizaciones¹¹ y, por ello, los convierte en verdaderos garantes del ordenamiento jurídico¹².

⁹ El profesor Mario Alzamora Valdez lo explicaba de la forma siguiente: “[C]ualquiera que sea el ámbito en que actúe, el abogado no pierde sus características esenciales a no ser que no realice las funciones de tal. La economía, el comercio, la política, la universidad le abren sus puertas, pero en todos estos sectores de la vida tiene el imperativo no de acomodar un supuesto derecho a los hechos sino de elevar los hechos hasta ese reino intemporal y eterno de la justicia y del derecho. [...] Tal es la misión y la ambición del abogado: elevar los hechos para lograr el ideal del derecho”; Mario Alzamora Valdez, “La profesión del abogado”, en *Aprendamos a ser abogados*, editado por Raúl Chanamé Orbe (Lima: Editorial Praxis, 2000), 550-53.

¹⁰ La definición del abogado como “oficial del sistema de justicia” es utilizada en el sistema anglosajón. Así, las reglas modelo de conducta profesional de la ABA (2004) señalan que el abogado como miembro de la profesión legal es un representante de sus clientes, oficial del sistema de justicia y un ciudadano público que cuenta con responsabilidades especiales para la calidad de la justicia.

¹¹ Particularmente, los abogados pueden prevenir conductas indebidas desde el interior de las organizaciones privadas al brindar su opinión sobre asuntos legales o negarse a cooperar con conductas indebidas de sus clientes. Entre las herramientas que tienen los abogados para ello se encuentran: (1) la consejería que brindan a los clientes con motivo de la cual pueden identificar posibles actuaciones indebidas y aconsejar adecuadamente a sus clientes; (2) la revisión de escritos y recursos para cuya aprobación deben verificar que no sean frívolos o se utilicen en forma indebida; (3) la negación a tener una participación personal en comportamientos impropios; y (4) la revelación de confidencias cuando ello está permitido para conseguir un beneficio a favor del cliente; cfr. Fred C. Zacharias, “Lawyers as Gatekeepers”, *Social Science Research*, 2004.

¹² El Tribunal Constitucional peruano ha explicado que si bien el abogado no está investido de potestad pública, el libre ejercicio de la abogacía es de vital importancia

En efecto, a través de su actuación diaria los abogados consiguen que el ordenamiento jurídico funcione. Como explica Del Mastro, ya sea al elaborar un contrato, presentar una demanda, asesorar a un inversionista o realizando otra actividad, el abogado “no está tan solo defendiendo los intereses del cliente; está siendo el vehículo que viabiliza las reglas del Estado constitucional de derecho y esa situación lo coloca ante una responsabilidad mayor”¹³.

En cuanto se refiere al ámbito tributario, la relevancia de la actuación de los abogados radica en que muchas veces lo trascendente no es realizar las operaciones matemáticas necesarias para calcular un tributo, entender la contabilidad de una empresa o verificar si una transacción o utilidad es consistente con los valores de mercado, sino descifrar una normativa tributaria que no solo es altamente especializada y compleja, sino que, además, muchas veces está abierta a distintas interpretaciones.

En ese contexto, para un contribuyente es importante conocer la opinión de un abogado para evitar, o al menos disminuir, el riesgo de tener deudas o incurrir en infracciones¹⁴. En el curso normal de los negocios, las personas y empresas no actúan en contra de la opinión de su asesor

al contribuir a garantizar el derecho fundamental de defensa de los justiciables y que el Estado Constitucional requiere de la colaboración de toda la sociedad, pero, particularmente, de los abogados, pues tienen un mayor entendimiento de la Constitución y las leyes. Sobre el particular, ha señalado además que “[s]i quienes están formados en el conocimiento del derecho utilizan estas capacidades para engañar, confundir, manipular, tergiversar hechos o, en resumen, para obstaculizar la prestación del servicio de justicia por parte del Estado, entonces su actuación constituye un claro desafío para la realización misma de los valores que persigue el Estado constitucional y debe merecer una oportuna actuación de parte de los poderes públicos y, en especial, de parte de los tribunales quien son los mejores observadores de su desenvolvimiento”. Cfr.: Fundamento 8 de la sentencia recaída en el expediente n.º 8094-2005-PA/TC.

¹³ Fernando del Mastro Puccio, “Valores en el perfil del abogado”. *Ius et Veritas: Revista de la Asociación Ius et Veritas* 19, n.º 39 (2009): 333.

¹⁴ Algunos sistemas legales exigen culpabilidad (responsabilidad subjetiva) para que proceda la aplicación de sanciones tributarias. En estos sistemas, un contribuyente puede aducir haber actuado de buena fe al seguir la consejería de sus abogados para evitar eventuales multas en caso de que se confirme la posición de la Administración Tributaria en el marco de una controversia (por ejemplo, ello ocurre en Estados Unidos). Como correlato, actuar en contra de lo señalado por un asesor legal podría ameritar una reacción más severa por parte del ordenamiento jurídico (por ejemplo, cuando un juez debe determinar la responsabilidad de un funcionario u órgano de administración de una sociedad).

legal¹⁵, la cual constituye un filtro esencial en la toma de decisiones de los contribuyentes. Sin embargo, como veremos, la actuación del abogado no resulta relevante solo para el interés de su cliente.

En efecto, la actuación del abogado permite la realización de fines tan elevados como la consolidación del Estado constitucional de derecho, la justicia y el orden social. Para entender la relación entre la labor del abogado y dichos fines es preciso tener en cuenta que la recaudación de un Estado se sostiene principalmente en el régimen de autodeterminación, según el cual cada contribuyente determina y declara el tributo a su cargo, y el Estado fiscaliza luego algunas de las declaraciones de los contribuyentes¹⁶.

En el régimen de autodeterminación, por consiguiente, la recaudación del Estado depende en gran medida de que los contribuyentes determinen de forma correcta la obligación tributaria que tienen a su cargo¹⁷. Por ello, a pesar de no ser funcionarios del Estado, la actuación de los abogados tributaristas, en el agregado, termina custodiando la recaudación

En cambio, en un sistema de responsabilidad objetiva, tener respaldo en una opinión jurídica también resulta trascendente para los contribuyentes. Los contribuyentes, en el curso normal de los negocios, recurren a los abogados –que son los especialistas en el entendimiento de las leyes– para conocer el nivel de riesgo asociado a ciertas posiciones tributarias y de esa forma disminuir el riesgo de eventuales sanciones.

En Perú, el Código Tributario señala que la aplicación de sanciones es objetiva. No obstante, este asunto se viene discutiendo en el Poder Judicial y existen ya pronunciamientos en los que se ha señalado que debe verificarse la existencia de culpabilidad por parte del contribuyente.

¹⁵ En el caso de las personas jurídicas, actuar en forma contraria a lo recomendado por el asesor legal podría generar responsabilidades en los órganos y funcionarios que toman las decisiones respectivas.

¹⁶ Aunque el avance de la tecnología ha reforzado los medios con los que cuenta para conocer, el Estado no cuenta con los recursos para fiscalizar todas las declaraciones de impuestos y, así pudiera hacerlo, tampoco sería eficiente hacerlo.

¹⁷ Siendo esto así, tiene razón Caplin al señalar que la competencia y diligencia profesional, la integridad y los estándares de conducta de los abogados guardarían relación directa con el cumplimiento tributario y el propio concepto de autodeterminación. Por ello, el adecuado funcionamiento del sistema tributario dependería en cierta medida de los abogados; cfr. Mortimer M. Caplin, “The Tax Lawyer’s Role In The Way The American Tax System Works”. *University of Virginia School of Law. Tax Notes* 106, n.º 6 (2005): 697-701, <http://www.lawprofessorblogs.com/taxprof/linkdocs/2005-1916-1.pdf>.

del Estado y, de esa forma, asegurando la vigencia del Estado constitucional de derecho¹⁸.

Teniendo en cuenta lo explicado, la actuación del abogado debería contribuir a generar la confianza necesaria para la vigencia del régimen de autodeterminación sobre el cual se sostiene el sistema de recaudación del Estado, cuya importancia es esencial al permitir la obtención de los recursos necesarios para satisfacer las necesidades públicas y garantizar el bien común.

Además, es preciso señalar que la actuación del abogado tiene un impacto en la forma en que se plasma la justicia en la sociedad. Aunque podría alegarse que el reparto justo de la carga fiscal depende de la decisión del legislador, lo cierto es que la forma en que se distribuye realmente la carga fiscal depende también, en cierta medida, de la actuación de los abogados que asesoran a sus clientes en estrategias para hacer sus negocios pagando menos tributos que pueden ser, en muchos casos, polémicas.

La International Bar Association (IBA) señala que el uso de estrategias para trasladar rentas de un Estado a otro con menor carga fiscal afecta indirectamente la capacidad de aquél para combatir la pobreza, lo cual repercute en la vigencia de los derechos humanos¹⁹. Por eso la IBA sostiene que los abogados tendrían un rol especial en “combatir los abusos

¹⁸ Por eso, se sostiene que los abogados tributaristas indirectamente contribuyen al sostenimiento de los gastos públicos. Según la OCDE (2008), el rol que cumplen en la sociedad los asesores tributarios en general (abogados, contadores, economistas y otros) es ayudar a los ciudadanos a comprender las abundantes, complejas y cambiantes normas tributarias (situación que, por cierto, es creada por el propio Estado). De esa forma, al ayudar a que no se pague menos de lo que se debe e impedir, a través de su consejo, que se cometan infracciones y delitos, los asesores tributarios contribuyen al sostenimiento de los gastos públicos.

¹⁹ Un reporte de la IBA cuestiona el uso de planeamientos tributarios considerados abusivos (basados, por ejemplo, en el uso de transacciones intragrupo, paraísos fiscales o la opacidad que estos brindan) ya que privarían a los Estados de recursos requeridos para combatir la pobreza cuya existencia, según los Principios Guía sobre Pobreza Extrema y Derechos Humanos, está relacionada como causa o consecuencia de la violación de catorce diferentes derechos humanos (que incluyen el derecho a la alimentación, salud, educación y seguridad social) que ellos están obligados a garantizar en virtud de convenios internacionales; International Bar Association, “Tax abuses, poverty and human rights: A report of the International Bar Association’s human rights institute task force

tributarios” y deberían usar su influencia para motivar a sus clientes a no incurrir en conductas que lleven a la violación de derechos humanos²⁰.

Adicionalmente, es importante considerar que el resquebrajamiento de la confianza depositada por la ciudadanía en el sistema tributario puede llevar incluso a la alteración del orden social²¹. Las protestas masivas contra empresas como Starbucks, Apple y Google, a raíz de la difusión de información sobre las bajas tasas efectivas de impuestos que venían pagando, nos muestran cómo una inadecuada repartición de la carga fiscal puede llevar al descontento social²².

En un contexto marcado por la inequidad y en el que, además, los Estados requieren mayores recursos para afrontar una crisis económica, el asunto se torna serio. Así, por ejemplo, a raíz de la difusión de los Panama Papers se publicaron algunos ensayos recordando que el mantenimiento de privilegios en favor de unos pocos fue uno de los

on illicit financial flows, poverty and human rights” (International Bar Association, 2013), <https://www.ibanet.org/Article/NewDetail.aspx?ArticleUid=4A0CF930-A0D1-4784-8D09-F588DCDDFEA4>.

²⁰ En el mencionado reporte de la IBA (2013) se indica en una forma directa y contundente lo siguiente: “Los abogados tienen un rol especial en combatir los abusos tributarios. Como empresas, las firmas de abogados tienen también una responsabilidad de respetar los derechos humanos de acuerdo con los Principios Guía sobre Negocios y Derechos Humanos de la ONU: deberían tomar medidas de diligencia debida para identificar, prevenir, mitigar y controlar su impacto sobre los derechos humanos. El mero cumplimiento de las normas tributarias no es suficiente cuando ello lleva a la violación de derechos humanos. La responsabilidad por los derechos humanos incluye situaciones en las que los abogados están asociados con acciones de terceras partes que violan derechos humanos –incluyendo sus clientes–. En dichas situaciones, los abogados deberían usar su influencia para motivar a sus clientes a no incurrir en dichas conductas”: International Bar Association, 4.

²¹ Boza y Chocano, al describir la relación del abogado con el orden social, señalan que “[e]s fundamental ser consciente que el abogado juega un rol importante para garantizar ese orden social, en tanto es pieza esencial de un sistema que proscribe apelar a la violencia para resolver nuestras diferencias”. Boza, Beatriz y Chocano, Christian. *Exposición de motivos del Proyecto de Código de Ética y Responsabilidad del Profesional del Derecho* (Lima, Thémis/Círculo de Derecho Administrativo/Ius et Veritas, 2008), 42.

²² En el contexto actual, el uso de las redes sociales permite la difusión de información a través del mundo en minutos y, de esa forma, hace posible que el descontento social se multiplique rápidamente y suscite reacciones colectivas como protestas, boicots e incluso ataques cibernéticos.

desencadenantes de la Revolución francesa²³ e incluso comparando dicha situación con el contexto actual²⁴.

El abogado debe ser consciente de que la forma en la que se concibe y funciona en el día a día la tributación puede tener impacto negativo en la vigencia del Estado constitucional de derecho, incrementar la inequidad social e incluso generar descontento en ciertos sectores de la población, pudiendo llegar a provocar incluso alteraciones en el orden social²⁵.

Por todo lo hasta aquí expuesto, pensamos que es acertado que el Código de Ética del Abogado (CEA)²⁶ peruano señale que la misión del abogado no consiste solo en defender el interés de su cliente, sino que tiene como fin último “la consolidación del Estado de Derecho; la justicia y

²³ A raíz de la difusión de los Panama Papers, un profesor de historia y contabilidad de la Universidad de California recordaba que, poco antes de la revolución, en Francia la aristocracia y el clero poseían casi un tercio de las tierras (sin incluir las de la realeza) y 50% de la riqueza, sin embargo, contaban con privilegios fiscales que les exigían pagar tributos en raras ocasiones como en las guerras. Por ello, la carga tributaria recaía en el resto de la población, principalmente agricultores y trabajadores los cuales, además, debían soportar un control meticuloso por parte de los agentes recaudadores; Jacob Soll, “Why We Should Be Really Worried About the Panama Papers”, *Politico Magazine* (Washington D. C., abril del 2016), <https://www.politico.com/magazine/story/2016/04/panama-papers-tax-evasion-history-213832>.

²⁴ Brigitte Alepin, experta en política fiscal y autora del libro *La crisis fiscal que viene*, en el reportaje “El precio que pagamos”, presentado en un evento oficial de la OCDE, sostiene lo siguiente: “Sorprendentemente, 225 años después de la Revolución francesa, hemos completado el círculo con un gran segmento de la sociedad que goza de beneficios fiscales. La nobleza de entonces no pagó impuestos y hoy vemos una nueva nobleza reemergiendo que legalmente ya no paga la parte justa de impuestos que le corresponde”. Véase Harold Crooks y Nathalie Barton, *The Price We Pay* (Filmoption International, 2016), <http://www.thepricewepay.ca>.

²⁵ Saskia Sassen (socióloga y autora del libro *La sociedad global: Nueva York, Londres y Tokio*) sostiene que las décadas doradas del Estado liberal han terminado y que este está ahora en decadencia. Señala que “las clases medias [...] cuatro o cinco generaciones luego de la segunda guerra mundial de pronto descubren que el contrato social está roto”. Véase Crooks y Barton, *The Price We Pay*.

²⁶ Nos referimos al Código de Ética del Abogado promulgado por la Junta de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú el año 2012 y que fue aprobado por Asambleas Generales Extraordinarias de Delegados del Colegio de Abogados de Lima de fechas 5 de junio del 2013 y 6 de julio del 2013. No está de más señalar que la redacción de este instrumento normativo fue elaborada sobre la base del Código Voluntario de Buenas Prácticas del Abogado de la Red Peruana de Universidades y del Proyecto de Código de Ética y Responsabilidad del Profesional en Derecho. Estos dos últimos documentos

el orden social”²⁷. En ese entendido, bien puede decirse que el abogado “representa al cliente ante el sistema jurídico, pero también representa al sistema jurídico ante el cliente”²⁸.

Queda claro entonces que el abogado se debe a su cliente, pero también al Estado constitucional de derecho, y, por ello, tiene deberes frente a ambos. Esa misión dual que el abogado debe cumplir hace que muchas veces se encuentre en el ejercicio profesional frente a dilemas cuya resolución, en cada caso concreto, le exige ponderar a la luz de las normas de ética y responsabilidad profesional no solo aquello que su cliente esperaría que haga, sino también lo que la sociedad espera de él²⁹.

Por lo tanto, en un caso como el de Messi, en el que un abogado asesora a su cliente en un asunto tributario, el abogado debe considerar que tendrá deberes no solo hacia el cliente al que presta sus servicios, sino también con otros, en cumplimiento de los cuales debería abstenerse de realizar ciertos actos aun cuando podrían servir para satisfacer el interés de su cliente.

¿TIENE EL ABOGADO TRIBUTARISTA UN DEBER FRENTE AL SISTEMA DE RECAUDACIÓN?

La literatura estadounidense sobre ética del abogado tributarista aborda, como punto de partida para la justificación de la regulación profesional,

fueron producto de un esfuerzo académico, liderado por Beatriz Boza, que implicó la revisión de diversas referencias internacionales, entre las cuales se incluyen las Reglas Modelo de Conducta Profesional de la American Bar Association.

²⁷ El artículo 3 del Código de Ética señala lo siguiente: “Misión de la profesión. La abogacía tiene por fin la defensa de los derechos de las personas y la consolidación del Estado de derecho, la justicia y el orden social. La probidad e integridad de la conducta del abogado, cualquiera fuere el ámbito en el que se desempeñe, es esencial para el adecuado funcionamiento del sistema de justicia, la vigencia del Estado de derecho y la vida en sociedad. La transgresión de los principios éticos agravia a la Orden”.

²⁸ Robert W. Gordon, “La práctica del derecho empresarial como servicio público”, en *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*, editado por Martin Böhmer (Barcelona: Gedisa, 1999), 173.

²⁹ En consecuencia, si bien la defensa celosa del interés del cliente es un deber fundamental para el abogado, no es esta su única obligación, sino que debe cumplir también otros deberes que derivan de la finalidad última de su profesión. Suponer lo contrario, solo para poner un ejemplo, llevaría a admitir que el abogado debe guardar en secreto una información cuya revelación resulta imprescindible para salvar la vida de una persona.

la discusión respecto de si el abogado que asesora a un cliente en asuntos tributarios tiene un deber frente al sistema entendido como uno frente al resto de ciudadanos que, si bien no están siendo asesorados, le atribuyen un valor al correcto funcionamiento del sistema de justicia³⁰.

Explican Lang y Galler que quienes sostienen la existencia de este deber sostienen que “los abogados que asesoran a sus clientes en asuntos tributarios deben ponderar los pedidos inmediatos de sus clientes frente al interés público en un buen sistema tributario que opera de acuerdo con juicios de políticas públicas que se alcanzan a través de un proceso democrático”³¹.

Para comprender específicamente a qué se refiere este deber es útil entender, a su vez, a qué alude la doctrina estadounidense cuando habla del “juego de la lotería de la fiscalización” (*to play the audit lottery*), ya que, en buena cuenta, el deber frente al sistema se trataría de una salvaguarda de la integridad del sistema tributario respecto de tal proceder³².

En palabras sencillas, podríamos decir que jugar a la lotería de la fiscalización consiste en (1) intentar obtener un ahorro en el pago de impuestos (2) debido a la falta de identificación por parte de la autoridad tributaria de un aspecto relevante en una declaración de impuestos (3) que no necesariamente conlleva un incumplimiento de la normativa tributaria (aunque resulte cuestionable), (4) pero que se produce porque el Estado no puede fiscalizar todas las declaraciones de impuestos³³.

³⁰ Linda Galler y Michael B. Lang, *Regulation of Tax Practice* (North Carolina: Carolina Academic Press, 2016), 4-6. En general, con el deber frente al sistema suele aludirse: (1) al cumplimiento, en general, de las limitaciones establecidas en la normativa profesional; (2) al deber de actuar honesta y éticamente; (3) el deber frente a la Administración Tributaria en tanto contraparte; (4) o a un deber frente al conjunto de normas y procedimiento de administración que permite el proceso de recaudación del Estado y cuyo incumplimiento afectaría, por tanto, al resto de ciudadanos. Cabe mencionar que es la última forma de entender el deber frente al sistema antes aludida a la que nos referimos en este apartado.

³¹ Galler y Lang, *Regulation of Tax Practice*, 4-5.

³² El juego de la lotería de la fiscalización es un asunto que ha sido objeto de amplio estudio en Estados Unidos y que ha tenido relevancia en la formulación de políticas públicas en dicho país; sin embargo, se trata de un asunto del cual poco o nada se ha escrito en la literatura iberoamericana.

³³ Se parte del hecho de que, a diferencia de lo que ocurre en otros ámbitos del derecho en los que cada parte cuenta con la posibilidad de verificar que la otra esté cumpliendo

En Estados Unidos el juego de la lotería de la fiscalización tiene lugar en un contexto en el que se interrelacionan cuatro características de su sistema tributario:

1. se sostiene principalmente en el régimen de autodeterminación de la obligación tributaria³⁴;
2. delega a los tribunales la resolución de las discrepancias sobre asuntos discutibles derivados de la interpretación de la normativa tributaria³⁵;
3. otorga a la autoridad un plazo para fiscalizar a los contribuyentes, determinar y exigir el cobro de la obligación tributaria³⁶; y
4. establece un régimen de responsabilidad subjetiva³⁷.

Debido al uso del régimen de autodeterminación (cada contribuyente determina la obligación a su cargo y esta se encuentra sujeta a una eventual fiscalización posterior por parte de la autoridad tributaria), el sistema de recaudación reposa en la confianza de que los contribuyentes determinan en forma correcta la obligación que tienen a su cargo.

Ahora bien: para determinar la obligación a su cargo, los contribuyentes deben aplicar las normas tributarias a los hechos y negocios que

sus obligaciones, el derecho tributario se sostiene en el régimen de autodeterminación, pues el Estado no cuenta con los medios para evaluar todas las declaraciones de impuestos.

³⁴ Este régimen fundamenta también el sistema de recaudación estadounidense. La determinación de los impuestos está a cargo, en principio, del contribuyente, aunque se encuentra sujeta a fiscalización por parte de la autoridad respectiva; o sea, tratándose de impuestos federales, principalmente, del Servicio de Impuestos Interno (IRS, por sus siglas en inglés: Internal Revenue Service).

³⁵ Por ello, muchas veces, al elaborar su declaración jurada, los contribuyentes deben asumir posiciones sobre aspectos que resultan cuestionables. Si más adelante el IRS cuestiona la interpretación asumida por el contribuyente, podría generarse una controversia que, en definitiva, deberá ser resuelta por los tribunales.

³⁶ Transcurrido el plazo de prescripción de dichas facultades, los contribuyentes pueden oponerse a proporcionar información a la autoridad tributaria o incluso regularizar el pago de omisiones.

³⁷ Los contribuyentes pueden eximirse de responsabilidad por declarar impuestos por importes menores a los que corresponden (subestimación [*understatement*]) cuando actúan confiando de buena fe en la opinión de un asesor legal.

llevan a cabo. Sin embargo, la aplicación correcta de las normas es un asunto que puede admitir más de una interpretación y, por tanto, derivar en un litigio que, en definitiva, tendría que ser resuelto ante los tribunales³⁸.

Por otro lado, la administración tributaria tiene un plazo para fiscalizar las declaraciones juradas. En ese proceso, puede identificar discrepancias en cuanto a la forma en que deben interpretarse las normas que regulan el impuesto y, por tanto, cuál es el importe “exacto” de la obligación tributaria. No obstante, no es posible –ni sería deseable, por los costos administrativos que involucraría– que la administración tributaria fiscalice todas las declaraciones juradas.

En efecto, en las relaciones de derecho privado es usual que cada parte cuente con la posibilidad de verificar que la otra esté cumpliendo sus obligaciones (piénsese, por ejemplo, en un simple contrato de arrendamiento). Sin embargo, en el ámbito tributario esto no se presenta de la misma forma, dado que el Estado está a cargo de verificar las declaraciones de todos los contribuyentes, y cuenta con medios y recursos de fiscalización limitados.

En ese contexto, la identificación por parte de la administración tributaria de la declaración de un impuesto menor al que le corresponde a un contribuyente –bajo la interpretación de dicha autoridad tributaria y, de ser el caso, bajo la interpretación de los tribunales– es una cuestión de probabilidades, ya que, vencido el plazo con el que cuenta para fiscalizar la declaración, no podrá ser cuestionada nunca³⁹.

Además, debido a que la responsabilidad tributaria es subjetiva, si el contribuyente hubiera contado con la opinión favorable de sus asesores legales soportando la posición tributaria, podría alegar haber actuado de buena fe y, por tanto, evitar la aplicación de multas por subestimación

³⁸ Obsérvese cómo, siguiendo una forma de concebir el derecho, podría sostenerse que solo cabe una única interpretación correcta de las normas y que el abogado debería defender solo dicha interpretación. Sin embargo, pensamos que no debería desconocerse el hecho de que muchas veces la interpretación correcta de las normas tributarias puede ser un asunto discutible y cuya resolución requiere ser definida por un juez.

³⁹ No solo los medios y recursos que tiene la administración tributaria para fiscalizar a los contribuyentes son materialmente limitados, sino que su facultad de fiscalizarlos está sujeta a un límite temporal (plazo prescriptorio). Transcurrido dicho plazo prescriptorio, el contribuyente puede oponer la prescripción y repeler cualquier acción de fiscalización o cobro de la administración tributaria.

de la base imponible (*understatement*)⁴⁰. De esa forma, aun cuando el contribuyente tuviera que pagar el impuesto en algún momento, jugar a la lotería de la fiscalización le sería provechoso⁴¹.

Así, mientras menores sean las probabilidades de que la administración tributaria identifique algún aspecto relevante de una declaración jurada⁴², los contribuyentes tendrían mayores incentivos para asumir posiciones agresivas en relación con aspectos discutibles de la normativa tributaria al elaborar sus declaraciones de impuestos. Es decir, los contribuyentes pueden asumir cierto riesgo y “apostar” por posiciones discutibles, a lo cual la doctrina ha denominado jugar a la “lotería de la fiscalización”.

Poniendo el asunto en palabras sencillas, es como si los contribuyentes jugaran dos típicos juegos de azar. El primero es el de la ruleta: si la administración tributaria no identifica la posición discutible (porque no fiscaliza la declaración o, aun fiscalizándola, no la encuentra), el juego termina a su favor; si ello no ocurre, aún pueden intentar el juego de la lotería: para ganar, los números incluidos en su declaración jurada deben coincidir con los que determinen las autoridades que resuelvan la controversia.

Entonces, ocurre que, en algunos casos, si la administración tributaria identificara y cuestionara la posición asumida por el contribuyente, podría ocurrir que, en definitiva, la autoridad le diera la razón al contribuyente y diera por buena la posición que asumió. Por ello, el hecho de

⁴⁰ La normativa tributaria estadounidense habría venido regulando la emisión de las opiniones emitidas por los asesores tributarios principalmente por la posibilidad que tienen los contribuyentes de escudarse en estas para evitar sanciones.

⁴¹ Como explica Hatfield, dados los significativos ahorros tributarios que podrían generarse por la posición tributaria y el valor del dinero en el tiempo, si no se imponen multas, aun cuando el contribuyente tenga que pagar los impuestos en algún momento, su apuesta sería buena; Michael Hatfield, “Legal Ethics and Federal Taxes, 1945-1965: Patriotism, duties, and Advice”. *Florida Tax Review* 18, n.º 8 (2016): 482, https://ttu-ir.tdl.org/bitstream/handle/10601/1923/Legal_Ethics_and_Federal_Taxes.pdf?sequence=1.

⁴² La posibilidad que tiene la administración tributaria para identificar discrepancias con un contribuyente es limitada y deriva principalmente de sus medios de fiscalización. Así, en jurisdicciones en las cuales no se exige a los contribuyentes informar si al determinar sus impuestos están partiendo de posiciones inciertas o si han implementado un planeamiento tributario, la administración tributaria requiere una fiscalización individualizada para detectarlo.

que las deudas tributarias no sean identificadas por una mera cuestión de probabilidades tiene la potencialidad de privar al Estado de recursos que le corresponden.

La privación de recursos al Estado por el juego de la lotería de la fiscalización perjudica al propio sistema de recaudación de tributos, ya que la consecuencia es que la carga fiscal se ve alterada al trasladarla a los contribuyentes que no sacan provecho del juego de la lotería de la fiscalización, lo cual socava la confianza en el sistema de recaudación.

En ese contexto, el deber frente al sistema, en el sentido al cual aludimos en este ensayo, consistiría en que el abogado verifique que las declaraciones de sus clientes son lo más exactas y ciertas posibles sin considerar el hecho de que vayan a ser o no posteriormente examinadas⁴³. De esa forma, este deber justificaría el establecimiento de medidas para desincentivar el juego de la lotería de fiscalización e incidiría en el alcance de los deberes profesionales del abogado⁴⁴.

Observamos que, aunque con ciertas diferencias⁴⁵, los elementos que hacen posible el juego de la lotería de la fiscalización en Estados Unidos⁴⁶ se encuentran también en el régimen impositivo peruano (y, probablemente, en otros regímenes tributarios de Latinoamérica). Cabe preguntarnos

⁴³ Galler y Lang, *Regulation of Tax Practice*.

⁴⁴ En Estados Unidos, por ejemplo, se exige la revelación por parte de los contribuyentes de ciertas posiciones con relación a la interpretación de normas o el uso de planeamientos tributarios. De esa forma, la Administración Tributaria puede identificar una posible discrepancia con los contribuyentes y, de ser el caso, llevar a cabo las acciones legales que considere. De esto se da cuenta ampliamente en la acción 12 del Plan BEPS. Para poner un ejemplo, en Estados Unidos el Formulario 1120 (Uncertain Tax Position Statement) busca que ciertas empresas informen sobre sus posiciones fiscales inciertas.

⁴⁵ En Perú el régimen de sanciones es objetivo, lo cual podría desincentivar en cierta medida el juego de la lotería de la fiscalización, ya que el contribuyente difícilmente puede exonerarse de las sanciones por la determinación incorrecta del tributo si su posición no prevalece en una eventual controversia. Sin embargo, en Perú no se exige la revelación de posiciones fiscales inciertas o de planeamientos tributarios agresivos lo cual disminuye en gran medida la posibilidad de detección que tiene la administración tributaria y, por tanto, de hacer frente a las consecuencias adversas del juego de la lotería de la fiscalización.

⁴⁶ Normas que admiten más de una interpretación, autodeterminación de la obligación tributaria y fiscalización posterior, plazo de prescripción para la determinación de la Administración Tributaria y resolución de conflictos ante autoridades jurisdiccionales.

por ello lo siguiente: ¿Tiene el abogado tributarista en el Perú un deber frente al sistema de recaudación?

Desde nuestro punto de vista, cabría una respuesta positiva a partir de los principios, valores y deberes establecidos por el CEA, que, por cierto, son similares a los consagrados en la normativa profesional estadounidense. Así, la existencia de este deber debería considerarse al analizarse el alcance de los deberes profesionales de un abogado que asesora en el ámbito tributario⁴⁷.

Pensamos que no podría ser otra la conclusión si tenemos en cuenta lo expuesto previamente respecto de que en el Perú el abogado tiene como misión la consolidación del Estado constitucional de derecho, la cual depende del funcionamiento del sistema de recaudación de tributos, entendido como un “régimen jurídico integrado por la totalidad de los tributos vigentes en un determinado Estado” y que pretende “asegurar, por vía de la recaudación, el financiamiento de la economía pública”⁴⁸.

Aunque el CEA no se refiera expresamente a un deber frente al sistema de recaudación en el sentido antes expuesto, señala que el abogado debe “ejercer el Derecho, cualquiera fuere el ámbito en que se desempeñe, con sujeción a los principios de lealtad, probidad, veracidad, honradez y buena fe”⁴⁹ y “promover la confianza del público en que la justicia puede alcanzarse con el cumplimiento de las reglas del Estado de derecho”⁵⁰.

⁴⁷ Así, por ejemplo, desde nuestro punto de vista cuando al abogado asiste a su cliente a asumir una interpretación de la ley tributaria o determinar el tributo no debe considerar si la declaración será o no fiscalizada por la Administración Tributaria.

⁴⁸ Barrere, citado por Manuel de Juano, *Curso de Finanzas y Derecho Tributario. El sistema tributario y los tributos en particular* (Rosario: Ediciones Molachino, 1971), 34.

⁴⁹ El artículo 4 del CEA, titulado “Respeto del Estado de derecho”, señala lo siguiente: “El abogado es parte esencial de la defensa del orden democrático a través de su participación en el sistema jurídico del país. Por ello, debe respetar la función de la autoridad y ejercer el Derecho, cualquiera fuere el ámbito en que se desempeñe, con sujeción a los principios de lealtad, probidad, veracidad, honradez y buena fe. El análisis crítico de las decisiones de la autoridad es un medio válido para defender los intereses del cliente y el Estado de derecho”.

⁵⁰ El artículo 7 del CEA, titulado “Obediencia de la ley”, señala lo siguiente: “El abogado debe obedecer la ley, no debe inducir a otros a que la infrinjan, ni aconsejar actos ilegales. Debe promover la confianza del público en que la justicia puede alcanzarse con el cumplimiento de las reglas del Estado de derecho”.

Por otro lado, difícilmente cabría alegar que los deberes que tiene el abogado de obediencia a la ley, veracidad, honradez y buena fe admiten que este asista a su cliente utilizando el juego de la lotería de la fiscalización como una herramienta para intentar pagar menos tributos en desmedro del sistema de recaudación, que, en el Perú, por cierto, es un bien jurídico protegido por el ordenamiento jurídico⁵¹.

En un caso como el de Messi, por lo tanto, al prestar sus servicios, el abogado tendría que evitar algunos actos que podrían afectar el sistema de recaudación de tributos. Lo que acabamos de mencionar no significa, sin embargo, que el abogado que asesora a un contribuyente deba asumir el rol que le corresponde al abogado que trabaja para el Estado, sino que el alcance de sus deberes específicos como los de obediencia a la ley y veracidad deberá ser definido a la luz del citado deber.

¿EL ABOGADO PUEDE ASISTIR A SU CLIENTE A PAGAR MENOS TRIBUTOS?

Dos tipos de acciones que pueden seguirse en el ámbito de un planeamiento tributario⁵² para conseguir que un contribuyente pague menos

⁵¹ Explica Gabriela García que los delitos de defraudación contemplados en el Código Penal buscan proteger el “proceso de recaudación de ingresos y distribución de egresos del Estado” antes que el patrimonio estatal: cfr. Gabriela Amelia García Torres, “El delito de defraudación tributaria” (Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001), <http://ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/login?url=http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=cat02225a&AN=pucp.270115&lang=es&site=eds-live&scope=site.>, 181-182.

⁵² Obsérvese que nos referimos al planeamiento tributario y no a la planificación fiscal agresiva –como es entendida actualmente– es de reciente data. En efecto, cabe observar que la Comisión Europea viene utilizando una definición en reportes oficiales, bajo la cual un planeamiento tributario agresivo consiste en “aprovechar los aspectos técnicos de un sistema fiscal o las discordancias entre dos o más sistemas fiscales con el fin de reducir la deuda tributaria, y puede adoptar diversas formas. Entre sus consecuencias, cabe señalar las deducciones dobles (por ejemplo, se deduce la misma pérdida tanto en el Estado de origen como en el de residencia) y la doble no imposición (por ejemplo, la renta que no se grava en el Estado de origen está exenta en el Estado de residencia)”; Comisión Europea. Recomendación de la Comisión de 06 de diciembre del 2012 sobre la planificación fiscal agresiva. C (2012) 8806 final. Bruselas, 2012, p. 2.

Como se observa, a diferencia de la “elusión tributaria”, cuya verificación puede producirse en un ámbito interno, la planificación fiscal agresiva –al menos entendida conforme a la definición propuesta por la Comisión Europea– tendría lugar también en

tributos serían evitar una interpretación equivocada de las normas o realizar un negocio o conjunto de negocios a través de una forma jurídica a la que las normas tributarias le atribuyan una menor carga fiscal respecto de otras formas posibles, como se explica a continuación.

Evitar una interpretación equivocada de las normas que lo lleve a pagar más de aquello que en estricto le corresponde. En este caso, el menor pago de tributos derivaría de una correcta determinación de estos y no propiamente de una aminoración de la carga fiscal (ahorro fiscal).

Nos encontramos frente a una cuestión de interpretación jurídica la cual, como se sabe, no tiene por virtud llevar siempre a la obtención de una respuesta única⁵³. Una misma norma puede ser interpretada de diferentes maneras. Por ello, coincidimos con Marcial Rubio cuando señala que “la interpretación jurídica es más un arte que una ciencia”⁵⁴.

un contexto transfronterizo, siendo ese su principal elemento diferenciador. Como consecuencia de ello se desprende que para hacer frente a muchos casos de planeamiento tributario agresivo, se requeriría una respuesta coordinada por parte de los Estados que perciben sus efectos perjudiciales, pudiendo quedar las normas antielusivas internas insuficientes para tales efectos.

⁵³ Las normas tributarias no son la excepción y el hecho de que admitan distintas interpretaciones genera espacios de incertidumbre, ya que eventualmente la posición que el contribuyente asume al determinar sus tributos puede ser cuestionada por la administración tributaria y generar una controversia a ser resuelta por las autoridades administrativas o judiciales. Una clara evidencia de la incertidumbre que genera el asumir ciertas posiciones fiscales es que la normativa contable suele exigir que estas sean reveladas en la información financiera de las empresas cuando se cumplen ciertas condiciones. El objetivo de la mencionada revelación es que se pueda conocer si la información financiera podría verse afectada por la existencia de distintas interpretaciones tributarias. En el modelo NIIF, este es el caso, por ejemplo, de la CINIIF 23 *La incertidumbre frente a los tratamientos del impuesto a las ganancias* (CINIIF 23), cuyo objetivo es “aclarar cómo aplicar los requerimientos de reconocimiento y medición de la NIC 12 cuando existe incertidumbre frente a los tratamientos del impuesto a las ganancias [...]”. Por otro lado, en el modelo de los Principios Generalmente Aceptados en Estados Unidos (USGAP), es el caso de la FASB Interpretation n.º 48, “Accounting for Uncertainty in Income Taxes” (FIN 48), que detalla cómo se debe revelar una posición fiscal incierta cuando hay aspectos interpretables de la norma tributaria que tienen un impacto en el reporte de los estados financieros.

⁵⁴ Marcial Rubio Correa, *El sistema jurídico (introducción al derecho)* (Lima: Fondo Editorial PUCP, 1999), 175, <http://ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/login?url=http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=cat02225a&AN=pucp.227047&lang=es&site=eds-live&scope=site>.

Teniendo en cuenta lo anterior, ¿podría reprochar el ordenamiento que los abogados ayuden a sus clientes a identificar la correcta interpretación de ley tributaria cuando tal interpretación resulta favorable a estos? La respuesta es no. Los contribuyentes pueden adoptar una interpretación distinta a aquella que es adoptada incluso oficialmente por la administración tributaria cuando existe otra que es la que corresponde conforme a derecho.

Realizar un negocio o conjunto de negocios a través de una forma jurídica a la que las normas tributarias le atribuyan una menor carga fiscal respecto de otras formas posibles. En este caso, sí cabría referirnos a un menor pago de tributos relacionado con un ahorro tributario.

Al respecto, cabe recordar que se reconoce en diversas partes del mundo⁵⁵ —y también en el Perú⁵⁶— que las normas tributarias disponen que ciertos hechos o negocios obligan a pagar tributos⁵⁷, pero no exigen asumir la mayor carga tributaria posible. Los contribuyentes pueden

⁵⁵ Lo mencionado ha sido reconocido en forma reiterada por la jurisprudencia de los tribunales en diversos Estados siendo célebre la siguiente cita del juez Learned Hand: “The legal right of a taxpayer to decrease the amount of what would otherwise be his taxes, or altogether avoid them, by means which the law permits, cannot be doubted” [“No se puede negar la existencia del derecho legal de un contribuyente a reducir la cantidad que debería pagar por sus impuestos, o a evitar pagarlos en absoluto, por los medios que la ley autorice”]; *Gregory v. Helvering* 293 U.S. 465 (1935). Una cita similar la encontramos en un conocido caso inglés: “Todo hombre tiene derecho, si puede, a ordenar sus asuntos de manera tal que el impuesto correspondiente según las leyes aplicables sea menor que el que le correspondería. Si tiene éxito en ordenarlos para garantizar ese resultado entonces, por mucho que los Delegados de la Comisión Tributaria Interna o los otros contribuyentes no aprecien su creatividad, no se le puede obligar a pagar un impuesto mayor”; *Inland Revenue Commissioners v. Duke of Westminster* [1936] A.C. 1; 19 TC 490.

⁵⁶ El Tribunal Fiscal peruano señaló, por ejemplo, en la Resolución 07114-1-2004, que “no puede ser aceptado desde un punto de vista estrictamente jurídico, que los contribuyentes están obligados, en el momento de realizar sus operaciones económicas, a adoptar la opción que tenga una mayor carga tributaria y a descartar la opción que tenga una menor carga tributaria”.

⁵⁷ En consecuencia, la cantidad de tributos que debe pagar un contribuyente depende, entre otras cosas, de los negocios que celebra, la forma en la que los estructura, la normativa tributaria aplicable y el ejercicio de las eventuales opciones que esta ofrezca.

planificar su actuación y eludir (en el sentido de evitar)⁵⁸ hechos o negocios que les obliguen a pagar tributos o a pagarlos por una cantidad mayor a aquella que correspondería si optaran por otros hechos o negocios⁵⁹.

Considerando lo antes expuesto, ¿podría reprochar el ordenamiento que los asesores ayuden a los contribuyentes a pagar menos tributos en el marco de la economía de opción? La respuesta es no. Como bien señala Nuria Puebla, “[s]i el contribuyente puede optar entre las posibilidades que la ley le brinda y contrata a un asesor fiscal para que le diga qué opciones tiene y cuál de ellas es la mejor, lo ético, precisamente, por parte del asesor, es analizar y estudiar la situación expuesta por el cliente a la luz de la legislación, doctrina y jurisprudencia aplicables, para poder dar a su cliente la mejor elección, para aconsejarle cuál es la opción más ventajosa”⁶⁰.

Concluiremos, entonces, que, en principio, un planeamiento tributario que se sostiene en una interpretación favorable al contribuyente respecto de otras interpretaciones posibles o en la economía de las opciones disponibles es una actividad legítima y, por tanto, no es jurídicamente reproachable que el abogado asista a su cliente para conseguir ahorros en dicho contexto.

Remarcamos que ello es así en principio, puesto que, como veremos, existen ciertos límites que el abogado debe considerar. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, el asesoramiento en planeamiento tributario, llevado a cabo de acuerdo con los estándares de responsabilidad

⁵⁸ La primera acepción que contempla la RAE del término eludir es la siguiente: “Evitar con astucia una dificultad o una obligación. Eludir el problema. Eludir impuestos”.

⁵⁹ La obligación de pagar un tributo se genera cuando se verifica el supuesto de hecho previsto expresamente por la Ley; sin embargo, el contribuyente no está obligado a realizar el hecho sujeto a imposición. Así, por ejemplo, si la venta de un bien está gravada con un tributo, el contribuyente puede optar por no hacerla, ya que no está obligado a vender el bien sino a pagar dicho tributo en caso venda el bien mencionado.

Además, si el propio ordenamiento jurídico permite al contribuyente elegir entre distintas formas de llevar a cabo un negocio o entre diferentes regímenes o alternativas para determinar sus obligaciones tributarias, no es cuestionable que opten por aquellas que les sean menos onerosas (situación conocida como “economía de opción”).

⁶⁰ Nuria Puebla Agramunt, “Algunas consideraciones en torno a la deontología del asesor fiscal”. *Documentos-Instituto de Estudios Fiscales*, n.º 10 (2004): 83-89, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=935424>.

contemplados en cada jurisdicción (sobre los cuales nos ocupamos más adelante), no debe considerarse reprochable.

En un caso como el de Messi, en consecuencia, no cabría reprochar que el abogado haya prestado servicios que consistieron en asistir a su cliente a generar ahorros tributarios por el solo hecho de aceptar o ejecutar tal encargo, sino que sería necesario analizar cómo prestó dichos servicios y si, al hacerlo, infringió los deberes profesionales contemplados en el CEA.

¿CUÁL ES LA FUNCIÓN DEL ABOGADO TRIBUTARISTA AL ASISTIR EN UN PLANEAMIENTO TRIBUTARIO?

Desde nuestro punto de vista, la función que cumplen los abogados en el marco de la prestación de un servicio determinado resulta relevante para definir el alcance de sus deberes en un caso específico, ya que no cabría analizar bajo el mismo estándar a un abogado que actúa como asesor respecto de otro que lo hace como defensor, negociador o evaluador⁶¹.

Como bien señala Wolfman, “[e]l deber de defender celosamente el interés del cliente podría dominar cuando el abogado actúa como defensor ante la corte. En el rol de asesor, el deber del abogado frente al

⁶¹ El Preámbulo de las Reglas Modelo de Conducta Profesional de la American Bar Association [ABA] (2004) resume en forma didáctica en qué consisten dichas funciones en la práctica privada: “Como representante de sus clientes, un abogado desempeña distintas funciones. Como asesor, un abogado proporciona a su cliente una comprensión informada de sus derechos y obligaciones y le explica sus implicaciones prácticas. Como defensor, un abogado defiende con celo la posición del cliente bajo las reglas del sistema adversarial. Como negociador, un abogado busca un resultado ventajoso para su cliente, pero consistente con las exigencias de dar un trato honesto a los demás. Como evaluador, un abogado actúa examinando los asuntos legales de un cliente e informando sobre ellos al cliente o a otros”.

Cabe indicar que en este capítulo tomamos como referencia lo señalado en el Preámbulo de las Reglas Modelo de Conducta Profesional de la ABA de Estados Unidos (así como la opinión de autores norteamericanos) como un elemento útil para guiar una interpretación de las normas del Código de Ética del Abogado del 2012, debido al sustento lógico de su contenido y no como si se tratara de una norma de aplicación supletoria. Cabe mencionar que entre los referentes del Código de Ética del Abogado se encuentran justamente las Reglas Modelo de Conducta Profesional de la ABA.

sistema podría requerir que reprima el celo frente a la causa del cliente, al menos hasta cierto punto”⁶².

Los servicios que en la práctica privada prestan los tributaristas son similares a aquellos que brindan los abogados especializados en otras materias⁶³, pero con la particularidad de que (1) lo que está en juego es la aplicación de normas tributarias (sean sustantivas o procedimentales) y (2) usualmente la contraparte del cliente es el Estado en tanto acreedor de un tributo.

En el siguiente cuadro brindamos ejemplos de servicios que realizan los tributaristas y cómo estos se distinguen respecto de la oportunidad en la que suelen ser requeridos de cara a un hecho relevante para el cliente, el interés que tiene el cliente al contratar al abogado y la función o funciones que este asumiría en atención a las características de tales servicios.

⁶² Bernard Wolfman, Deborah H Schenk, y Diane M Ring, *Ethical Problems in Federal Tax Practice* (Wolters Kluwer Law & Business, 2015), 2. Obsérvese que si bien el autor citado indica que se requiere examinar el desempeño del abogado en el contexto en el que actúa y evaluar sus deberes en ese marco, reconoce que la dicotomía asesor-defensor resulta útil como herramienta de análisis.

⁶³ Nos referimos, principalmente, a tareas como las siguientes: (a) defender el interés de su cliente ante las autoridades de cara a una decisión pública; (b) brindar asesoramiento con relación a las consecuencias legales de hechos o negocios; (c) participar en la negociación y, de ser el caso, elaboración de contratos; (d) verificar el cumplimiento de las normas; o (e) patrocinar procesos o procedimientos contenciosos y no contenciosos.

Nótese que nos estamos enfocando en el patrocinio de clientes en el ámbito privado; sin embargo, la labor de un abogado tributarista es más amplia, ya que puede abarcar muchos otros campos. Así, por ejemplo, el abogado tributarista puede hacer las veces de gerente legal, gestor de intereses, asesor de congresistas, funcionario público o juez. El rol que el abogado asume en cada uno de estos campos de actuación podría presentar algunas particularidades cuyo estudio no es objeto de nuestra investigación, ya que estamos limitando nuestro análisis principalmente a lo que se ha venido en denominar comúnmente como la práctica privada.

Tabla 1. Ejemplos de servicios que brinda el abogado tributarista y diferencias entre ellos

	Ejemplos	Oportunidad	Interés del cliente	Función del abogado⁶⁴
Gestión de intereses	Exponer la posición del cliente ante autoridades o ante la opinión pública, elaborar un proyecto de ley o norma reglamentaria, evaluar las consecuencias de una propuesta legislativa, entre otros. ⁶⁵	Antes de la emisión de una norma o decisión administrativa.	Influir en una decisión pública con miras a resguardar sus intereses.	Defensor del interés del cliente frente a una decisión pública, pero eventualmente también negociador.
Asesoramiento	Brindar una opinión sobre la interpretación de una norma, asistir en la negociación de una transacción, entre otros.	Antes, durante o después de la realización de una o más transacciones.	Conocer las consecuencias tributarias de las transacciones para facilitar la toma de decisiones.	Asesor (describe consecuencias de las transacciones o analiza escenarios para optimizar la carga fiscal) y eventualmente negociador.

Continúa

⁶⁴ Wolfman explica que, al representar a un cliente, el abogado tributarista usualmente actúa como asesor, defensor e incluso como ambos algunas veces. El autor, además, pone algunos ejemplos de cómo se plasman dichos roles en algunos servicios como los que hemos descrito; Wolfman, Schenk y Ring, *Ethical Problems in Federal Tax Practice*, 3.

⁶⁵ Obsérvese que estamos haciendo referencia a actividades permitidas por el ordenamiento jurídico realizadas por un abogado que se desenvuelve en la práctica privada. Así, por ejemplo, en el marco de la discusión pública sobre la aprobación de las leyes, suele haber espacios en los que los particulares exponen su opinión con relación a cómo debería redactarse un proyecto de ley, o presentan sus observaciones respecto de uno que está pendiente de aprobación.

Negociación	Acompañar en la negociación de una fusión o adquisición, un financiamiento, una transacción extrajudicial, entre otros.	Durante la realización de una transacción.	Obtener un acuerdo que permita resguardar sus intereses.	Negociador y, en cierta medida, también asesor.
Revisión de cumplimiento	Revisar una declaración de impuestos antes o luego de su presentación, verificar el cumplimiento de obligaciones formales, asistir en un <i>due diligence</i> , etc.	Después de la realización de una o más transacciones.	Verificar que las normas se estén cumpliendo apropiadamente para reducir el riesgo de deudas y sanciones tributarias.	Evaluador, pero también asesor e incluso defensor (por ejemplo, si el abogado se anticipa a una controversia).
Patrocinio en controversias	Brindar asistencia en la obtención de una devolución de impuestos, en una fiscalización, en una controversia, entre otros.	Antes o durante un proceso o procedimiento tributario.	Defender la posición del cliente en relación con la aplicación de las normas tributarias.	Defensor de la posición del cliente frente a la autoridad tributaria y ante los jueces.

Fuente: elaboración propia.

En el Perú, y probablemente en los demás países de Latinoamérica, el código de ética aplicable a los abogados no incorpora normas que explícitamente señalen qué función desempeña el abogado que asesora en planeamiento tributario. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, se desprendería de un análisis del deber de patrocinio celoso del interés del cliente y de una interpretación consistente con la misión del abogado que este asume una función de asesor y no de defensor.

Dado que existen espacios en la normativa tributaria que admiten más de una interpretación y tienen la potencialidad de originar controversias cuyo resultado es incierto, la oportunidad en la que el abogado asume el encargo resulta un aspecto relevante de cara a determinar la función que cumple el abogado que asesora en un planeamiento tributario.

El abogado asesor actúa antes de la toma de decisiones por parte de los contribuyentes e incluso, en el caso del planeamiento tributario, por definición, en forma previa a la realización de las operaciones respectivas. En cambio, el abogado contratado para patrocinar en un procedimiento defiende frente a la administración tributaria una interpretación previamente asumida por su cliente.

Entonces, si el cliente aún no ha tomado una decisión o no ha llevado a cabo ciertos negocios, una defensa celosa de su interés implicaría que el abogado le brinde una consejería que le permita evaluar todas las consecuencias legales de su actuar (incluyendo la posibilidad de disminuir los potenciales riesgos que podría generarle que la administración tributaria asuma una determinada interpretación de las normas)⁶⁶.

Desde nuestro punto de vista, además, el hecho de que el abogado no se deba únicamente a su cliente, sino también al Estado constitucional de derecho, exigiría que le informe a su cliente sobre las distintas interpretaciones razonables que admite la ley y el riesgo asociado a cada una, y no que asuma como suya o recomiende desde un inicio, entre todas las interpretaciones posibles, aquella que beneficia a su cliente.

Por lo anterior, tendemos a pensar que un adecuado balance entre lo que el cliente y la sociedad esperan del abogado que asiste a sus clientes en planeamiento tributario lleva a concluir que este no asumiría, en estricto sentido, la función de defensor, sino la de un asesor y, por tanto, que en algunas circunstancias deba reprimir la defensa celosa del interés del cliente con miras a resguardar un interés superior.

Entonces, en un caso como el de Messi, al analizar cómo debió prestar sus servicios el abogado, habría que considerar que, en tanto este participó antes de que se llevaran a cabo los negocios del contribuyente, tendría que haber actuado como un asesor antes que como un defensor y, por tanto, que tendría que haber advertido todos los riesgos de eventuales interpretaciones de las normas y no limitarse a adoptar y defender aquellas que resultaban favorables a su cliente.

⁶⁶ Algunos clientes podrían incluso preferir pagar un importe mayor a aquel que las normas tributarias exigen con tal de obtener una seguridad y previsibilidad para sus inversiones. Según esa premisa, por ejemplo, en los sectores de hidrocarburos y minería se admite la celebración de contratos de estabilidad que consideran una tasa de impuesto a la renta mayor a la de aplicación general.

¿CÓMO DEBE CUMPLIR SU FUNCIÓN EL ABOGADO QUE ASISTE EN PLANEAMIENTO TRIBUTARIO?

Al asistir en planeamiento tributario, al igual que en cualquier otro tipo de encargo, el abogado debe cumplir con lo establecido en el CEA y en las demás normas del ordenamiento jurídico que resulten aplicables. Particularmente, en aquellos países en los que la profesión de asesor fiscal está regulada, el abogado debe cumplir también con la regulación específica⁶⁷.

El deber fundamental que el CEA impone al abogado es la defensa celosa del interés de su cliente; es decir, hacer todo aquello que razonablemente esté a su alcance para satisfacer el interés de su cliente. Así, por ejemplo, en el ámbito procesal la defensa celosa del interés del cliente no consiste necesariamente en “ganar el caso”, sino en hacer los mejores esfuerzos para que ello ocurra.

En el ámbito del planeamiento tributario, el interés del cliente consiste principalmente en ordenar sus negocios de una forma tal que, entre las distintas posibilidades que le brinda el ordenamiento jurídico, escoja aquellas que le generan una menor carga fiscal. Como hemos explicado previamente, dicho interés sería uno legítimo, en tanto nadie está obligado a pagar más impuestos de aquellos que la ley señala.

En ese contexto, la defensa celosa del interés del cliente no podría evidenciarse en la magnitud del ahorro obtenido por el cliente, que incluso, en algunos casos, podría no darse debido a situaciones ajenas al profesional. Pensamos que la defensa celosa del interés del cliente implica hacer lo que Darrell indica para un asesor responsable: “[C]on esmero y cautela, pero asimismo con imaginación e ingenio, debe explotar totalmente las posibilidades que se le ofrecen”⁶⁸.

⁶⁷ En el Perú, por ejemplo, no se exige ningún requisito específico para prestar servicios de asesoramiento tributario, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en Estados Unidos. En Perú, cualquier persona puede desempeñarse como “asesor tributario”, aunque son los abogados y contadores quienes principalmente lo hacen. Así, los abogados y contadores colegiados que hacen asesoramiento tributario están sujetos a las normas disciplinarias de sus colegios profesionales. En cambio, las personas ajenas a estas profesiones (por ejemplo, economistas, administradores o extranjeros no titulados) que realizan tal actividad no están sujetas a alguna normativa profesional específica.

⁶⁸ Explica Darrell lo siguiente: “El asesor tributario responsable debe comprender entonces que cualquier plan tributario ha de estar en condiciones de sobrevivir en medio

Ahora bien: en el ámbito del planeamiento tributario defender celosamente el interés del cliente implicaría, entre otras cosas atender a las instrucciones del cliente y respetar su voluntad, ser competente, delimitar adecuadamente el alcance de su encargo, actuar con diligencia, delimitar adecuadamente el alcance de su encargo, e informar ampliamente sobre los riesgos y alternativas de acción que tiene el cliente. Se explican a continuación estos aspectos.

*Atender a las instrucciones del cliente y respetar su voluntad*⁶⁹. Para ello, el abogado requiere prestar mucha atención, entre otras cosas, a las necesidades específicas de su cliente, los objetivos del planeamiento, las premisas que requiere sean consideradas, sus expectativas del resultado

de la interacción de las fuerzas sociales. Un plan tributario que ha sido concebido simplemente para encajar en el estado actual de una articulada legislación tributaria es inseguro en principio porque presupone que la tributación carece de nervios y es estática. ¿Significa lo anterior que el asesor tributario responsable debe ser tan analítico que, como Hamlet, nunca llegue a tomar una decisión o resulte adoptando una línea tan conservadora que haga que su cliente lo abandone en busca de asesores más atrevidos? Seguro que no. Significa más bien que con esmero y cautela, pero asimismo con imaginación e ingenio, debe de otro lado explotar totalmente las posibilidades que se le ofrecen. Por supuesto, ello implica que muy a menudo desilusionará a los clientes y desechará el esquema tributario de moda en ese momento. Pero parte de su responsabilidad consiste en no evadir la toma de decisiones, porque resulta inexcusable frustrar una acción apropiada y deseable por un escondido temor nacido de la confusión; sólo el incompetente hará eso”; Darrell, “Algunas responsabilidades del asesor tributario en relacion con los esquemas para reducir impuestos”. *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, n.º 7 (1984): 3-8, https://www.ipdt.org/uploads/docs/01_Rev07_D.pdf.

⁶⁹ El artículo 14 del CEA señala: “El abogado debe actuar atendiendo estrictamente a las instrucciones del cliente; no actuará en un asunto sino por voluntad expresa del cliente y de acuerdo con el encargo encomendado.

”El abogado no debe contrariar la voluntad del cliente, aun cuando crea que ello sería lo más adecuado para la defensa del interés del cliente.

”En el supuesto que la voluntad del cliente pudiese perjudicar su propio interés, el abogado deberá explicarle oportunamente las implicancias de lo que desea lograr; no obstante, deberá respetar la decisión de su cliente respecto a los objetivos de la representación y los medios a utilizar para lograrlos.

”Cuando la capacidad del cliente para tomar decisiones razonadas sobre su propio interés esté afectada por minoría de edad, condición mental o cualquier otra razón, el abogado deberá consultar con individuos o entidades que tienen la capacidad de tomar decisiones para proteger el interés del cliente.

”El abogado debe adoptar las medidas que estime pertinentes si considera que la persona responsable está tomando decisiones que afectan el interés del cliente”.

del planeamiento, así como el nivel de riesgo que está dispuesto a aceptar. Sobre esto último, sin embargo, podría ser necesario que el abogado haga saber al cliente que no podrá recomendar ciertos tipos de esquemas o interpretaciones de las normas. Se trata en este caso de evitar que el cliente se genere falsas expectativas.

*Delimitar adecuadamente el alcance de su encargo y asegurarse de que el cliente entienda cuál es y cuáles son las limitaciones existentes, de ser el caso*⁷⁰. Así, por ejemplo, si el encargo no comprende la evaluación de la aplicación de las normas de valor de mercado o de precios de transferencia, el cliente tiene que ser consciente de dicha limitación y del eventual impacto que podría tener ello en el resultado del planeamiento.

*Ser competente, lo que exige un “profundo conocimiento del Derecho y la práctica constante” en el área en la cual se dedica*⁷¹. El abogado que asiste en planeamiento tributario requiere tener un amplio conocimiento de la normativa, jurisprudencia y demás fuentes del Derecho, pero también –según el grado de complejidad que involucren sus encargos– de otras áreas del Derecho e incluso de la regulación de la industria en la cual se desenvuelve su cliente. Evidentemente, no significa esto que el abogado deba saberlo todo, pero sí, en todo caso, que debe instruirse oportunamente antes de asumir un encargo o derivar aquello que sea necesario con profesionales competentes.

Actuar con diligencia, lo cual puede entenderse en el sentido de que el abogado debe “realizar todo lo que esté a su alcance para satisfacer los intereses de su cliente”⁷². Lo expuesto implica que el abogado debe

⁷⁰ El artículo 15 del CEA, titulado “Alcance del encargo”, señala lo siguiente: “Al inicio de la relación profesional, el abogado debe explicarle al cliente con claridad, suficiencia e idoneidad los alcances e implicancias de la relación profesional. Es recomendable que el abogado establezca por escrito al inicio de la relación el alcance del encargo. En el supuesto que el abogado negocie cláusulas que le permitan ceder unilateralmente su posición contractual debe explicar previamente el alcance de dichas cláusulas al cliente y obtener su consentimiento informado”.

⁷¹ Exposición de motivos del Proyecto de Código de Ética y Responsabilidad del Profesional del Derecho. Lima, Thémis/Círculo de Derecho Administrativo/Ius et Veritas. 2008, p. 144.

⁷² Juan Alberto Paredes Marroquín, “Alcances del deber de diligencia en la relación abogado-cliente”, en *Exposición de motivos del Proyecto de Código de Ética y Responsabilidad del Profesional del Derecho* (Lima, Thémis/Círculo de Derecho Administrativo/Ius et Veritas, 2008), 143.

ser muy cuidadoso al verificar los hechos y el derecho aplicable a su cliente, asistirlo a cumplir en forma puntual y precisa sus obligaciones tributarias y, en general, tomar todas las medidas posibles para garantizar la satisfacción de su interés.

Ser minucioso y cauto en el entendimiento de los hechos sobre los cuales el abogado evaluará la situación de su cliente, pero al mismo tiempo cumplir oportunamente sus encargos exige una ponderación que el abogado va aprendiendo a realizar a partir de la experiencia. Así, por ejemplo, mientras que en algunos casos bastaría considerar la información proporcionada verbalmente por el cliente, en otros, podría ser necesario confirmar ello con documentación de sustento⁷³.

Además, el abogado debe aplicar la ley al caso concreto considerando la jurisprudencia, los pronunciamientos de la autoridad tributaria e incluso de las distintas interpretaciones y tendencias de interpretación que pudieran existir o anticiparse. Para eso el abogado requiere hacer un trabajo bastante prolijo en identificar las fuentes del derecho que resultan aplicables, definir su alcance y analizar la forma en que deben aplicarse al caso particular de su cliente.

Sobre la base de dicho entendimiento amplio de los hechos y el derecho, el abogado debe evaluar todas las posibles alternativas que tendría su cliente para ordenar sus negocios, evaluar su impacto tributario, identificar los riesgos que podrían presentarse, considerar las ventajas y desventajas de escoger una u otra tanto por temas fiscales como por otros aspectos que pudieran ser relevantes (por ejemplo, la dificultad de la implementación o los costos que esta pudiera significar).

Por la naturaleza del encargo, la anticipación resulta esencial para el abogado que asiste en planeamiento tributario. En lo relativo a los

⁷³ El estándar de diligencia exigido por la regulación profesional no necesariamente es expreso por lo que requiere ser interpretado en cada caso específico. Explican Lang y Galler, por ejemplo, que la Circular 230 del IRS (principal regulación que desarrolla los deberes profesionales del asesor tributario en Estados Unidos) no define qué se debe entender por debida diligencia. Sin embargo, considerando algunas de sus reglas, el concepto probablemente significa que el abogado no debe fiscalizar a su cliente, pero sí hacer inquisiciones razonables. Así, según esta regulación, el asesor podría confiar, en principio, en la información proporcionada por su cliente; sin embargo, debería realizar indagaciones adicionales si la información provista no parece correcta, completa o consistente con otra información con la que cuenta; Galler y Lang, *Regulation of Tax Practice*, 40.

hechos, podrían presentarse dificultades para que se lleven a cabo algunos de cuyos efectos dependan las consecuencias tributarias esperadas haciendo infructuosa su labor, lo cual tendría que ser informado oportunamente al cliente.

En lo relativo al derecho, cabría recordar lo señalado por Darrell en el sentido de que “[a]un el más hábil especialista puede aconsejar una operación que puede resultar vana a consecuencia de una acción legislativa o judicial posterior. Sin embargo, puede prepararse de modo tal que su previsión pueda ser tan segura y su opinión tan juiciosa y fundamentada como resulta ser posible a cualquiera que no sea clarividente”.

*Informar ampliamente sobre los riesgos y alternativas de acción que tiene el cliente en el contexto del planeamiento tributario*⁷⁴. Cabe enfatizar que informar no debería entenderse como remitir información, ya que es necesario que el abogado haga todo lo razonable para conseguir que su cliente entienda todo aquello que resulta relevante para tomar una decisión informada.

Ahora bien: no basta que el abogado informe adecuadamente a su cliente, sino que es preciso que este lo oriente adecuadamente para la consecución de sus intereses. Señala Darrell que, en lo que respecta a esquemas para reducir impuestos, la responsabilidad primordial del abogado frente a sus clientes radica en que “no debe alentarlos con el aliciente del ahorro impositivo a tomar imprudentes acciones contra sus mejores intereses”⁷⁵.

Es preciso que el abogado que asesora en planeamiento tributario tenga en cuenta que en algunos casos el aspecto tributario podría ser secundario de cara a la satisfacción de los intereses de su cliente. La

⁷⁴ El artículo 29 del CEA, titulado “Obligación de informar al cliente”, señala: “El abogado tiene la obligación de mantener informado al cliente de todo asunto importante que surja en el desarrollo del patrocinio. Incurre en responsabilidad el abogado que oculta o retrasa indebidamente información al cliente o le hace falsas o incompletas representaciones del estado de las gestiones encomendadas. En particular, el abogado debe informar ampliamente sobre los riesgos y alternativas de acción a evaluar para la defensa del interés del cliente. El abogado debe actuar atendiendo estrictamente a las instrucciones recibidas por el cliente y debe responder prontamente a las solicitudes razonables de información del cliente. Antes de aceptar un encargo, el abogado debe informar al cliente todas las circunstancias de sus relaciones con terceros que puedan estar inmersas en el asunto encomendado, así como sus intereses personales respecto de la controversia”.

⁷⁵ Darrell, “Algunas responsabilidades del asesor”.

obtención de un eventual ahorro podría ser un logro pírrico si para conseguirlo se termina afectando las relaciones del cliente frente al Estado, sus acreedores o incluso la propia sociedad⁷⁶.

En efecto, podría pensarse que el principal riesgo de implementar un planeamiento tributario es que el esquema adoptado no permita alcanzar el ahorro buscado, sino que lleve a la generación de una mayor deuda con multas e intereses. Sin embargo, un eventual cuestionamiento podría resultar incluso en la aplicación de otro tipo de consecuencias perjudiciales para el cliente y terceros.

En algunos Estados se contemplan sanciones adicionales a las multas tributarias que van desde la difusión de la sanción con el impacto reputacional que esto puede generar hasta prohibiciones para contratar con el Estado. En el Perú, el hecho de que un negocio o conjunto de negocios sea considerado elusión puede llevar, además del cobro del tributo eludido y de las multas e intereses, a que los representantes legales de una sociedad respondan con su propio patrimonio por las deudas tributarias de esta.

A manera de ejemplo respecto de qué debería informar el abogado cabría considerar un referente normativo relativamente reciente⁷⁷ que señala que el asesor sólo debe recomendar la planificación a consideración del cliente sobre la base de un análisis equilibrado, teniendo en cuenta cualquier riesgo potencial. Así, el asesor debe advertir todos los riesgos que podría generar para el cliente la implementación de un planeamiento tributario, entre los cuales menciona:

- la solidez de la interpretación jurídica invocada;
- la potencial aplicación de una norma antielusiva general;

⁷⁶ Darrell indica que “el asesor tributario responsable nunca debe perder de vista que el factor tributario es sólo uno de los varios que deben ser tomados en cuenta al determinar la viabilidad de una acción propuesta. Debe poseer amplitud de criterio, preparación y experiencia en asuntos personales y de negocios, de modo de estar en aptitud de poner todos los aspectos del asunto ante su cliente en la correcta perspectiva, guiándolo así hacia la toma de una juiciosa decisión. Ahorrar dinero no es el único fin o la única satisfacción en la vida”, *ibíd.*

⁷⁷ Nos referimos a la guía sobre Conducta Profesional Relacionada con la Tributación del Instituto de Contadores de Gales e Inglaterra. ICAEW. Professional Conduct in Relation to Taxation. Guidance published on 1 May 2015 by ICAEW jointly with AAT, ACCA, ATT, CIOT, ICAS and STEP. 2015.

- el riesgo de un cuestionamiento de la administración tributaria y un litigio posterior;
- las implicancias en la declaración de impuestos del cliente;
- el riesgo reputacional tanto para el cliente como para el propio asesor;
- el impacto potencial en las posibilidades de licitar y mantener contratos con el sector público;
- consistencia con otros códigos de conductas aplicables o normas éticas⁷⁸.

Además, es importante que el abogado informe también todas las alternativas de acción que tiene su cliente para satisfacer su interés, lo cual incluye, por ejemplo, evaluar la posibilidad de obtener una respuesta oficial de la administración tributaria respecto del tratamiento tributario a considerar por una transacción o conjunto de transacciones del cliente o llegar a un acuerdo con esta sobre cómo deben aplicarse las normas de precios de transferencia al caso particular.

De vuelta al caso que tomamos como guía, llama la atención el hecho de que Messi haya señalado que su padre y sus asesores lo engañaron. De hecho, los propios asesores sostuvieron haber mantenido una comunicación mínima con el jugador, con lo que coadyuvaban a la defensa penal, uno de cuyos argumentos era alegar el desconocimiento por parte de Messi de los asuntos fiscales y, por tanto, deslindar su responsabilidad penal⁷⁹.

En un caso como el mencionado, un aspecto que resultaría relevante analizar es si los asesores cumplieron adecuadamente con el deber de información frente a su cliente. En concreto, habría que evaluar si los

⁷⁸ Cabe hacer notar que, al ser de reciente data, esta guía ha sido redactada considerando en gran medida el contexto descrito en la parte inicial de este capítulo, incluyendo así la exigencia de informar al cliente con relación a los riesgos de carácter reputacional.

⁷⁹ En la sentencia de la Corte Suprema se señala lo siguiente respecto de los asesores de Messi: “[...] afirman que el asesoramiento no lo solicita D. Lionel Messi, sino su padre [...], y que nunca se informó a los asesorados; incluso manifiestan que D. Lionel Messi no era ni tan siquiera interlocutor con los asesores, lo era su padre, y que las declaraciones las confeccionaban los asesores, y no le explicaron nada a D. Lionel Messi”: *cfr.* sentencia 374/2017, de fecha 24 de mayo del 2017, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de Justicia español, que resuelve el recurso de casación número 1729/2016, p. 33.

asesores tomaron todas las medidas razonables necesarias para conseguir que su cliente entienda los riesgos que podían generarle el participar en un esquema dirigido a generar un ahorro tributario.

¿CUÁLES SON LOS LÍMITES QUE EL ABOGADO DEBE EVITAR CRUZAR AL ASISTIR EN UN PLANEAMIENTO TRIBUTARIO?

Como hemos explicado, cumplir adecuadamente la normativa tributaria implica pagar lo que es debido; sin embargo, una adecuada planificación puede permitir ahorros tributarios legítimos⁸⁰. El conocimiento de las normas le permite al abogado ayudar a su cliente a cumplirlas sin tener que asumir una mayor carga fiscal que la que en estricto podría corresponderle.

No obstante, el abogado no solo se debe a su cliente, sino también al Estado constitucional de derecho. Al asistir en planeamiento tributario, principalmente, son dos los deberes que limitan su actuación con miras a resguardar el Estado constitucional de derecho: (1) el de obediencia a la ley, que significa que el abogado no debe infringir la ley ni inducir a su cliente a infringirla; (2) el de veracidad, que significa que el abogado no debe inducir a error a la autoridad utilizando artificios que oculten la verdad de los hechos o expongan a una falsa aplicación del derecho.

El deber de obediencia a la ley

Los códigos de ética suelen señalar que el abogado no debe inducir a su cliente a infringir la ley o aconsejarle actos ilegales⁸¹. Evidentemente, el abogado que participa en un encargo que implica asistir al cliente en

⁸⁰ Piénsese, por ejemplo, en aquellos ahorros que derivan de un uso adecuado de las propias alternativas que las normas brindan a los contribuyentes para determinar sus impuestos.

⁸¹ El artículo 7 del Código de Ética del Abogado, titulado “Obediencia de la ley”, señala lo siguiente: “El abogado debe obedecer la ley, no debe inducir a otros a que la infrinjan, ni aconsejar actos ilegales. Debe promover la confianza del público en que la justicia puede alcanzarse con el cumplimiento de las reglas del Estado de derecho”.

defraudar al fisco o cometer cualquier otro delito⁸² incumple este deber y, por tanto, independientemente de la sanción penal que pudiera serle de aplicación por su participación en el delito, incurriría en grave infracción al CEA.

No obstante, distinguir cuándo un abogado deja de recomendar una interpretación de la ley tributaria y pasa a aconsejar actos ilegales puede ser en muchos casos una tarea compleja debido a la problemática propia que existe en el derecho tributario de cada Estado respecto de qué se considera ilegal.

Por un lado, a veces las normas tributarias admiten más de una interpretación posible, con lo cual existen espacios de incertidumbre que son resueltos en última instancia por las autoridades judiciales⁸³; por otro lado, distinguir entre conductas que generan ahorros tributarios legítimos respecto de otras que vienen siendo rechazadas por los Estados al considerarse “elusión tributaria” suele ser, en muchos casos, un asunto complejo y, a su vez, estar sujeto también a interpretaciones⁸⁴.

⁸² El artículo 62 del CEA resalta, por ejemplo, que “[e]l abogado no puede destruir pruebas pertinentes al caso, ni solicitar o inducir directa o indirectamente que otra persona lo haga. No debe participar en la falsificación o adulteración de pruebas, ni obtenerlas vulnerando los derechos de terceros”.

⁸³ Una clara evidencia de la incertidumbre que genera el asumir ciertas posiciones fiscales es que la normativa contable suele exigir que estas sean reveladas en la información financiera de las empresas cuando se cumplen ciertas condiciones. El objetivo de la mencionada revelación es que se pueda conocer si la información financiera podría verse afectada por la existencia de distintas interpretaciones tributarias. En el modelo NIIF, este es el caso, por ejemplo, de la CINIIF 23 *La Incertidumbre frente a los Tratamientos del Impuesto a las Ganancias* (CINIIF 23), cuyo objetivo es “aclarar[r] cómo aplicar los requerimientos de reconocimiento y medición de la NIC 12 cuando existe incertidumbre frente a los tratamientos del impuesto a las ganancias [...]”. Por otro lado, en el modelo de los Principios Generalmente Aceptados en Estados Unidos (USGAP), es el caso de la FASB Interpretation n.º 48, “Accounting for Uncertainty in Income Taxes” (FIN 48), que detalla cómo se debe revelar una posición fiscal incierta cuando hay aspectos interpretables de la norma tributaria que tienen un impacto en el reporte de los estados financieros.

⁸⁴ Si bien los Estados modernos reconocen que los contribuyentes pueden escoger entre las distintas opciones que les proporciona el ordenamiento jurídico aquellas que les generan una menor carga tributaria, rechazan al mismo tiempo algunas conductas mediante las cuales los contribuyentes pueden conseguirlos.

La razonabilidad como límite a la interpretación del abogado

Aunque la necesidad de fijar una interpretación de la ley se da en múltiples contextos, en particular en el marco del diseño de un planeamiento tributario, el contribuyente podría estar tentado a asumir posiciones agresivas respecto de cómo deben interpretarse las normas tributarias, dejando al asesor con el reto de distinguir aquellas posiciones que pueden ser recomendadas.

Una cuestión de suma relevancia es si los abogados que asesoran en planeamiento tributario pueden respaldar su opinión en cualquier interpretación de las normas o deben hacerlo únicamente en aquellas que tengan cierto nivel de solidez técnica; en otras palabras, si deberían abstenerse de aconsejar la adopción de posiciones tributarias amparadas en argumentos que cuyo asidero legal sería mínimo (en adelante, “posiciones irrazonables”)⁸⁵.

En tanto la normativa profesional de un Estado no hubiera fijado una posición explícita respecto de este asunto (como ocurre, por ejemplo, en el Perú) cabrían al menos las dos siguientes interpretaciones:

a. El abogado puede defender interpretaciones de la ley que sean irrazonables, siempre que advierta sobre sus riesgos a su cliente, y adoptar las medidas pertinentes para que este tome una decisión informada (por ejemplo, explicar dichos riesgos ante los órganos superiores competentes al interior de la organización, de tratarse de una persona jurídica).

Esta posición parte de considerar que el abogado se debe solo a su cliente y, por tanto, si este asume el riesgo del uso de una interpretación

⁸⁵ La dificultad de definir un estándar sobre cómo debe medirse la solidez técnica de una posición es evidente y es un asunto que no podemos abordar en este ensayo. Obsérvese que para tales propósitos pueden ensayarse criterios cuantitativos (que clasifican las posiciones en función de un porcentaje de sus posibilidades de éxito) o cualitativos (que las clasifican, por ejemplo, según puedan catalogarse como frívolas, no frívolas, con base razonable, con fundamento sustancial, más posible de ser aceptadas que no, que deberían ser aceptadas o que serán aceptadas). En cualquier caso, para propósitos de este ensayo debería entenderse que con posiciones irrazonables nos estamos refiriendo a aquellas que, a pesar de tener cierto asidero legal, de ninguna manera alcanzarían a estar cerca al menos de un 50% de posibilidades de éxito (piénsese, por ejemplo, en 25% o menos) o a ser una posición que es más posible de ser aceptada que denegada (piénsese, por ejemplo, en una posición que pueda catalogarse como frívola o temeraria).

aquél no tendría alguna limitación para defenderla y, de ese modo, hacer todos los esfuerzos posibles para hacer prevalecer el interés de su cliente.

b. El abogado solo debería recomendar a su cliente interpretaciones de la ley que sean razonables, dado que las interpretaciones irrazonables podrían pasar desapercibidas y ser convalidadas por el solo transcurso del tiempo, con lo cual se generaría un “ahorro” para su cliente que no necesariamente es el que corresponde por ley (nos referimos al problema de la lotería de la fiscalización antes explicado).

Esta posición surge de considerar que el abogado debería poner la defensa del Estado constitucional de derecho por encima del interés de su cliente si existe una razón que justifique dicho actuar, siendo que en el caso concreto el uso de posiciones irrazonables tiene la potencialidad de afectar el sistema de recaudación.

Reconocemos que se trata de un asunto bastante polémico; sin embargo, nos inclinamos por la segunda interpretación. Desde nuestro punto de vista, el abogado puede discutir con su cliente sobre las distintas interpretaciones que admiten las normas tributarias, pero únicamente debería recomendar o defender en el marco de un planeamiento tributario aquellas que tengan cierta solidez técnica.

Lo que distingue a los abogados de otros profesionales cuya actuación es relevante en el ámbito tributario (por ejemplo, contadores y economistas) es que la sociedad les confía el ejercicio de una actividad que consiste en usar conocimientos sobre el ordenamiento jurídico en un contexto en el que el resto de los ciudadanos, como regla general, lo desconoce⁸⁶.

La confianza depositada en los abogados justifica los límites contemplados explícita o implícitamente en las normas de ética y responsabilidad profesional⁸⁷. En especial, a los abogados se les confía el uso

⁸⁶ Por ello, el papel del abogado no es equiparable al de los contadores, economistas u otros profesionales. La participación de un contador resultaría ineludible, por ejemplo, para identificar en forma precisa la información contable que debe utilizarse para determinar los tributos y de esa forma evitar omisiones en el pago de impuestos o realizar pagos en exceso. Por otro lado, la participación de un economista resultaría necesaria para cumplir normas de valoración para la determinación de los impuestos. Por ejemplo, verificar si la contraprestación de una transacción o la utilidad de una empresa se encuentra dentro de valores de mercado.

⁸⁷ En Perú, principalmente, el Código de Ética del Abogado del 2012.

de conocimientos jurídicos para cumplir su misión. Así las cosas, un uso apropiado de esos conocimientos no debería ser contrario a los fines de la abogacía.

Por lo tanto, desde nuestro punto de vista, el abogado que asesora en planeamiento tributario no debería sustentar su opinión en posiciones irrazonables, ya que, de lo contrario, su cliente podría apoyarse en tal opinión para hacer uso de dichas posiciones y, en la práctica, estas podrían prevalecer no por su solidez técnica sino por la ausencia de una fiscalización y, por tanto, generar un potencial daño a la recaudación del Estado.

Desde esta perspectiva, al momento de recomendar una interpretación, el abogado debería evaluar las posibilidades con las que esta cuenta de ser aceptada por las autoridades tributarias. Así, el abogado tendría que ponderar los argumentos que sustentan las distintas interpretaciones admisibles casi como si fuera un juez y no únicamente como un defensor de la posición que más le conviene a su cliente.

Evidentemente, podrían existir dificultades para distinguir una posición irrazonable respecto de otra que cuenta con un sustento técnico sólido. Desde nuestro punto de vista, se trata de un asunto que debería analizarse en cada caso concreto atendiendo a las reglas propias de la argumentación jurídica. En ese escenario, por ejemplo, una posición que se apoyara en la escasa posibilidad de detección de la administración tributaria antes que en argumentos técnicos debería considerarse irrazonable.

La “elusión tributaria” como límite de la economía de opción

Algunas conductas que permiten “eludir” (evitar) el nacimiento de un tributo no son deseadas por los Estados y, en algunos casos, tampoco toleradas por los ordenamientos jurídicos. Nos referimos a la “elusión tributaria”. No existe consenso universal respecto de qué se debe entender por “elusión tributaria”, ni de los supuestos que abarca. Además, mientras algunos Estados incorporan leyes para combatirla, en otros únicamente se combate a través de ciertas doctrinas jurisprudenciales⁸⁸.

⁸⁸ Definir la línea que distingue a formas de evitar tributos que deberían ser permitidas por un ordenamiento jurídico respecto de aquellas que no es un asunto muy

Los Estados que combaten la denominada “elusión tributaria” mediante leyes establecen normas que disponen que ciertos actos, negocios o situaciones a través de los cuales se podría eludir el nacimiento

discutible. Incluso un destacado profesor norteamericano decía que dicha línea no es fija sino mutable en el tiempo. Darrell señala en un clásico artículo sobre responsabilidades de los asesores: “El asesor tributario confronta continuamente la dificultad de encontrar la línea divisoria entre las transacciones en perspectiva que no pasarán y las que tendrían éxito. Debe medir cada transacción paso a paso según la legislación y debe remensurarla comparando el comienzo con lo que los tribunales podrían considerar como el fin perseguido. No debe contentarse con cortar tan cerca de la línea ya trazada. Debe reconocer que la línea no es estática sino movable”; Darrell, “Algunas responsabilidades del asesor tributario”, 7.

En la doctrina española que aborda la teoría general del derecho se distingue la economía de opción del fraude. Al respecto, señala Atienza que “[a]quello que en el ámbito del Derecho tributario se conoce como ‘economía de opción’ o ‘ahorro fiscal’ se diferencia también del fraude, porque en la ‘economía de opción’ no hay ningún comportamiento que quepa calificar de ilícito; simplemente, se opta por usar una determinada regla que confiere poder (de forma regulativamente permitida) cuyo resultado supone una situación más beneficiosa que el uso de otra u otras reglas alternativas’. La economía de opción ‘forma parte –como ha escrito Tulio Resembuj– de la opción de eficiencia desplegada por el individuo para regular sus actividades económicas”; Manuel Atienza, *Ilícitos atípicos : sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder* (Madrid: Trotta, 2000), <http://ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/login?url=http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=cat02225a&AN=pucp.260625&lang=es&site=eds-live&scope=site>, 83.

En nuestra región, en unas jornadas del ILADT se señaló que la elusión tributaria comprendería aquellas figuras que usarían un “medio jurídicamente anómalo” (por ejemplo: el abuso de la norma, de la forma o la vulneración de la causa típica del negocio jurídico), sin violar directamente el mandato de la regla jurídica, pero sí los “valores o principios del sistema tributario”. En las XXIV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, organizadas por el Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario con fecha octubre del 2008 en la isla Margarita de Venezuela, al referirse al tema “La elusión fiscal y los medios para evitarla”, se concluyó lo siguiente: “*Primera.* La elusión es un comportamiento del obligado tributario consistente en evitar el presupuesto de cualquier obligación tributaria, o en disminuir la carga tributaria a través de un medio jurídicamente anómalo, por ejemplo: el abuso de la norma, de la forma o la vulneración de la causa típica del negocio jurídico, sin violar directamente el mandato de la regla jurídica pero sí los valores o principios del sistema tributario.

Segunda. La elusión constituye un comportamiento lícito y por tanto no es sancionable. Sólo corresponde a la ley establecer los medios para evitarla y regular los supuestos en que procede recalificar el hecho para garantizar la justicia en la distribución de las cargas públicas”.

de las obligaciones tributarias generan igualmente dichas obligaciones para, de esa forma, neutralizar su efecto (llamadas *normas antielusivas*).

En el Perú, por ejemplo, desde el año 2012, la ley considera elusión al acto (o conjunto de actos) que la administración tributaria sustenta que es artificioso o impropio para conseguir el resultado obtenido por el contribuyente respecto de otro acto (que sería el usual o propio) cuya utilización tendría efectos jurídicos o económicos iguales o similares a los que hubiera generado el acto realizado por el contribuyente, excepto por el ahorro o ventaja tributario obtenido⁸⁹.

Según la normativa vigente, en Perú la “elusión” es sancionada expresamente por la ley. En ausencia de dicha regulación existía controversia entre la administración tributaria y los contribuyentes respecto a la aplicación de la doctrina del fraude a la ley. Entendemos que similares discusiones se producen en otras jurisdicciones que carecen de una norma antielusiva general respecto de doctrinas como la del abuso de derecho.

Entonces, ¿podría reprochar el ordenamiento que los asesores ayuden a los contribuyentes a pagar menos tributos mediante planeamientos amparados en la denominada *elusión tributaria*? Si nos referimos a un supuesto de “elusión” que es prohibido expresamente como tal por el ordenamiento legal el asunto es evidente, pero no ocurre lo mismo cuando el ordenamiento no prohíbe expresamente la elusión o cuando se cuestiona una actuación a través de la cual se burla la aplicación de esta.

Si tal ordenamiento jurídico contempla otros principios, normas o doctrinas jurisprudenciales (como la del fraude a la ley o del abuso del derecho) bajo los cuales un negocio o conjunto de negocios resulta claramente cuestionable, cabría sostener que no es apropiado que el abogado lo recomiende, ya que (1) pondría en riesgo a su cliente, con lo

⁸⁹ Nótese que nos referimos a “un acto”, no obstante, teniendo en cuenta la redacción de la norma, el acto inusual o impropio o el usual o propio podría ser un “conjunto de actos”. Además, obsérvese que el supuesto de la norma es genérico, lo cual responde a su naturaleza de norma antielusiva “general”. Queda un espacio para interpretar, por ejemplo, cuándo se considera que un acto es usual o impropio respecto de otro o cuándo los efectos jurídicos o económicos de un acto son similares a los de otro. Aspectos como estos –en tanto llegue a aplicarse la Norma Antielusiva General en algún momento– probablemente darán lugar a controversias que deberán ser resueltas por la jurisprudencia administrativa y judicial.

cual faltaría a su deber de patrocinio celoso; y (2) incumpliría su deber de obediencia a la ley, entendida como el ordenamiento jurídico en su conjunto⁹⁰.

Lo cierto es que, en algunos casos, el que un negocio o conjunto de negocios sea cuestionable por el ordenamiento jurídico es un asunto muy polémico y requiere analizarse atendiendo a las circunstancias específicas del caso concreto. La resolución de este tipo de supuestos por los tribunales exige ponderar entre principios y valores del sistema jurídico, como la legalidad y seguridad jurídica, por un lado, y el deber de contribuir y la restricción del abuso, por otro.

Si bien la denominada “elusión tributaria” suele entenderse como el límite de la economía de opción, puede ocurrir que en el tiempo la línea que separa ambos conceptos se mueva por la evolución de la jurisprudencia. Darrell explica, por ello, que el abogado “[n]o debe contentarse con cortar tan cerca de la línea ya trazada. Debe reconocer que la línea no es estática sino movable. Debe esforzarse por mantener a sus clientes lejos del punto de peligro por razones de seguridad, si no por alguna otra”⁹¹.

Entonces, desde nuestro punto de vista, el análisis de la actuación del abogado a luz de las normas de ética y responsabilidad profesional en casos como los que analizamos –al igual que cuando el abogado debe definir una interpretación entre varias posibles– no debería hacerse considerando si la interpretación de la ley recomendada por el abogado es la que los tribunales adoptan finalmente, sino teniendo en cuenta la razonabilidad de la argumentación que respalda dicha interpretación.

⁹⁰ Obsérvese que los códigos de ética usualmente contemplan el deber de obedecer la ley y no recomiendan a otros que la infrinjan. Respecto a cómo debe concebirse la “ley” a la cual el abogado debe obediencia cabrían al menos dos interpretaciones: (1) si la “ley” se entiende en un sentido estricto, el abogado no estaría induciendo a su cliente a infringirla ni aconsejándole realizar un acto, en estricto, “ilegal” y, en consecuencia, no incumpliría el deber de obediencia a la ley; y (2) si la ley se entiende en un sentido amplio (como el ordenamiento jurídico en conjunto), en cambio, sí cabría sostener que el abogado estaría incumpliendo el deber de obediencia a la ley.

⁹¹ Darrell, “Algunas responsabilidades del asesor tributario”, 8.

El deber de veracidad

Los códigos de ética suelen señalar que el abogado debe actuar conforme al principio de veracidad⁹². Dicho principio suele establecerse como un compromiso personal del abogado frente a la verdad respecto de hechos que ya ocurrieron. En el Perú, por ejemplo, se establece que el abogado no debe formular declaraciones falsas, inducir a error a la autoridad, ni adulterar o destruir pruebas⁹³.

No obstante, puede ocurrir —como, de hecho, ocurre en el Perú⁹⁴— que la regulación profesional no indique, al menos no expresamente, que el abogado no debe asistir a su cliente a ocultar la verdad o inducir a error a la autoridad. A pesar de ello, desde nuestro punto de vista, en un contexto que posibilita el juego de la lotería de la fiscalización, dicha conducta no sería acorde con los principios del CEA.

⁹² En el CEA este principio se menciona en los artículos 4 y 6. Además, en los siguientes artículos:

“Artículo 9. Deber de veracidad. En sus manifestaciones, el abogado debe exponer con claridad los hechos, el derecho aplicable al caso, y las pretensiones de su cliente. No debe declarar con falsedad. El abogado no debe realizar citas doctrinarias o jurisprudenciales inexistentes.”

“Artículo 64. Inducción a error. En sus manifestaciones, el abogado debe exponer con claridad los hechos, el derecho aplicable al caso, y las pretensiones de su cliente. No debe declarar con falsedad. Incurrir en grave responsabilidad, el abogado que induzca a error a la autoridad utilizando artificios que oculten la verdad de los hechos o expongan una falsa aplicación del derecho. El abogado no debe realizar citas doctrinarias o jurisprudenciales inexistentes o tendenciosas, es decir, exponerlas en forma tal que se aparten de la opinión o sentido brindado por el autor.”

⁹³ “Artículo 62. Adulteración y destrucción de pruebas. El abogado no puede destruir pruebas pertinentes al caso, ni solicitar o inducir directa o indirectamente que otra persona lo haga. No debe participar en la falsificación o adulteración de pruebas, ni obtenerlas vulnerando los derechos de terceros.”

⁹⁴ “Artículo 75. Velar por la conducta del cliente El abogado debe velar porque su cliente guarde respeto a la contraparte, a sus abogados y a terceros que intervengan en el patrocinio. Si el cliente incurre en actitudes reprobables, el abogado debe invocarle un cambio de actitud y, de persistir, puede renunciar al patrocinio.”

*El abogado no debe prestar su asistencia
para ocultar obligaciones tributarias*

Es importante aclarar que la elusión tributaria –a la que nos referimos previamente– consiste en un acto (o conjunto de estos) llevado a cabo realmente. En otras palabras, no se trata de un acto o negocio en el que existe simulación (sea absoluta o relativa), sino de uno en el que la voluntad de las partes y la manifestación de dicha voluntad coinciden. Así, el acto (o conjunto de estos) que configura elusión se ejecuta en forma transparente frente a la administración tributaria, sin ocultarse.

Esta característica diferencia a la elusión de la “evasión tributaria” (también llamada defraudación tributaria o fraude fiscal) que consiste en dejar de pagar tributos (que no consiguen evitarse, sino a lo sumo ocultarse), con lo que se transgrede la ley en forma directa y esto puede dar lugar a la comisión de infracciones (conductas sancionadas administrativamente) y delitos (conductas sancionadas penalmente)⁹⁵.

En Perú, las leyes penales tipifican como defraudación, entre otros supuestos, que los contribuyentes, con dolo y en forma fraudulenta, dejen de pagar las obligaciones tributarias que genera su actuación⁹⁶. Cabría resaltar que la defraudación no consiste en el mero hecho de dejar de pagar tributos (hacerlo genera intereses moratorios, pero no sanciones tributarias y menos sanciones penales, ya que no cabe la prisión por deudas), sino hacerlo con engaño⁹⁷.

⁹⁵ Existe ciertamente una discusión respecto a qué conductas deben sancionarse penalmente y cuáles administrativamente. Sobre este punto, coincidimos con el sector de la doctrina que considera que la diferencia entre infracciones y delitos es una de tipo formal-cuantitativo y responde a razones de política criminal.

⁹⁶ El artículo 1.º de la Ley Penal Tributaria actualmente la siguiente redacción: “*El que, en provecho propio o de un tercero, valiéndose de cualquier artificio, engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, deja de pagar en todo o en parte los tributos que establecen las leyes, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 5 (cinco) ni mayor de 8 (ocho) años y con 365 (trescientos sesenta y cinco) a 730 (setecientos treinta) días-multa*”.

⁹⁷ Para una aproximación a la problemática que surge para determinar el contenido del elemento engaño como elemento del tipo penal de defraudación, véase Bramont Arias-Torres, Luis, “El engaño exigido por el delito de defraudación tributaria”. *Revista Peruana de Derecho de la Empresa* xxiv, n.º 68 (2013): 129-55.

Por consiguiente, la presencia de engaño podría convertir un esquema aparentemente elusivo en un supuesto de defraudación tributaria. En estos casos el abogado incumpliría tanto el deber de obediencia a la ley como el de veracidad, por lo que, independientemente de la sanción penal que pudiera serle de aplicación por su participación en el delito, incurriría en grave infracción al CEA.

Nótese que en Perú, como ocurre también en otros países, no cabe el ejercicio de la acción penal por delito de defraudación cuando la situación tributaria se regulariza antes de que el Ministerio Público o la administración tributaria inicien la investigación correspondiente. Cabría aclarar, por ello, que dicha regularización no eximiría de responsabilidad al abogado en el ámbito deontológico, ya que este se rige por sus propios principios y no determina un límite para la acción disciplinaria para estos casos.

Además, no debe perderse de vista que aun cuando la defraudación no llegara a configurarse, el abogado faltaría a la ética profesional si al participar en el encargo conocía que este tendría como finalidad defraudar al fisco, ya que el CEA señala que “[e]l abogado debe abstenerse de aceptar patrocinar en aquellas causas en donde haya estado en capacidad de conocer que: [...] b) El fin o los medios propuestos para el patrocinio son ilegales”⁹⁸.

El abogado no debe ayudar a disminuir la posibilidad de detección que tiene la administración tributaria sobre un aspecto de la declaración de impuestos

Si un contribuyente oculta los hechos que generan la obligación tributaria a las autoridades, claramente estaría cometiendo un delito de defraudación o una infracción administrativa. En cambio, si el contribuyente, sin llegar a ocultar un hecho imponible, realiza actos dirigidos a disminuir la posibilidad de que un aspecto controvertido en su determinación de

⁹⁸ El artículo 19 del CEA, titulado “Limitaciones del patrocinio”, señala lo siguiente: “El abogado debe abstenerse de aceptar patrocinar en aquellas causas en donde haya estado en capacidad de conocer que: a) No podrá patrocinar al cliente adecuadamente. b) El fin o los medios propuestos para el patrocinio son ilegales. c) Exista conflicto de intereses, salvo que cuente con el consentimiento informado expreso de los involucrados”.

impuestos sea detectado por la administración tributaria, no necesariamente estaría incurriendo en supuestos tipificados como sancionables.

Ahora bien: el régimen de autodeterminación reposa en la confianza de que los contribuyentes declaran los hechos imponible de forma precisa y transparente, pues son estos quienes tienen la información que se necesita para determinar la obligación tributaria. En ese contexto, llevar a cabo acciones dirigidas a disminuir la posibilidad de detección de la administración tributaria implica faltar a la verdad.

En efecto, mentir no es la única forma de faltar a la verdad. Explica Schmidt que la obligación moral de comunicar la verdad consiste en “comunicar la verdad en forma oportuna a las personas que tienen derecho a saberla” y eso implica comunicar la verdad y no la “verdad parcial”⁹⁹. No brindar a la autoridad la información que necesita conocer para saber la verdad o inducirla a error también implica faltar a la verdad¹⁰⁰.

Asumir una interpretación de la ley tributaria que resulta discutible y, al mismo tiempo, disminuir las posibilidades de detección de la administración tributaria, en el contexto del juego de la lotería de la fiscalización, tiene la potencialidad de privar de recursos al Estado, ya que puede evitar que dicha interpretación sea cuestionada y rebatida en instancias superiores por las autoridades competentes.

Por lo anterior, desde nuestro punto de vista, falta al deber de veracidad el abogado que ayuda a su cliente a disminuir el riesgo de detección

⁹⁹ Al respecto, Schmidt desagrega en cuatro los componentes de esta obligación moral: (1) Comunicar la verdad. No se comunica la verdad parcial sino la verdad. (2) La verdad debe ser comunicada a quien tiene derecho a saberla. Esto significa que no se dice todo a cualquier persona, sino a quien tiene derecho a saber. (3) La verdad debe ser comunicada en forma oportuna. La información es valiosa en un momento determinado, por eso comunicar la verdad fuera del plazo en que pueda ser útil para la persona que tiene derecho a saberla puede perjudicar a esta persona. (4) La verdad debe ser comunicada cuando las personas que tienen derecho a conocerla están en condiciones de asimilarla. Eduardo Schmidt, *Ética y negocios para América Latina* (Lima: Universidad del Pacífico, 2014), 205, <http://ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/login?url=http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=cab02225a&AN=pucp.563690&lang=es&site=eds-live&scope=site>.

¹⁰⁰ No obstante, la veracidad no sólo prohíbe las declaraciones falsas, sino aquellas que, aun siendo literalmente verdaderas, puedan resultar engañosas por ser incompletas o estar fuera de contexto. Boza y Chocano, *Exposición de motivos del Proyecto de Código de Ética*, 153.

por parte de la administración tributaria de una obligación tributaria falta al deber de veracidad.

De regreso al caso de Messi, cabría referir que las autoridades españolas consideraron la configuración del delito de defraudación, ya que –bajo su apreciación– la cesión de derechos de imagen que hizo a una sociedad extranjera era simulada, lo cual se advertía en que el precio pactado era ridículo o inexistente, y en algunas irregularidades que fueron identificadas.

Entonces, en un caso como el de Messi sería necesario determinar si la asistencia del abogado habría consistido en obtener un ahorro tributario a partir de una interpretación razonable de la ley, al amparo de la economía de opción, y en estricto cumplimiento de los deberes de obediencia a la ley y veracidad, o si, por el contrario, habría consistido en incurrir en elusión tributaria, ocultar un tributo o, de alguna otra forma, disminuir la posibilidad de que un aspecto controvertido sea identificado por la autoridad.

PREGUNTAS PARA REFLEXIONAR

- a. ¿Cuándo debería considerarse que la interpretación de una norma es razonable?
- b. ¿Es correcto que un abogado tributarista que conoce de incongruencias en la legislación que podrían ser aprovechadas por los contribuyentes y afectar la recaudación del Estado las comente al participar en un encuentro académico?
- c. ¿Cambia la respuesta a la pregunta anterior si el abogado tiene conocimiento de que uno de sus clientes ha venido aprovechando tal incongruencia para pagar menos tributos? ¿Cambia la respuesta si lo hace con la intención de que las autoridades tomen conocimiento de la incongruencia para corregirla?
- d. Si una norma reglamentaria otorga un beneficio tributario que excede el alcance de la ley (y, por tanto, se trata de un beneficio ilegal), pero la administración tributaria no cuestiona su ilegalidad, ¿es correcto que un abogado ayude a su cliente para aprovechar dicho beneficio?
- e. ¿Cómo debería actuar el abogado que toma conocimiento de que la administración tributaria reconoció por error un derecho o crédito

a su cliente? ¿Debería hacer algo en caso el cliente opte por aprovechar el error de la administración tributaria?

BIBLIOGRAFÍA

- Alzamora Valdez, Mario. “La profesión del abogado”. En *Aprendamos a ser abogados*, editado por Raúl Chanamé Orbe. Lima: Editorial Praxis, 2000.
- Atienza, Manuel. *Ilícitos atípicos : sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*. Madrid: Trotta, 2000, <http://ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/login?url=http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=cat02225a&AN=pucp.260625&lang=es&site=eds-live&scope=site..>
- Boza, Beatriz y Chocano, Christian. *Exposición de motivos del Proyecto de Código de Ética y Responsabilidad del Profesional del Derecho*. Lima, Thémis/Círculo de Derecho Administrativo/Ius et Veritas, 2008.
- Bramont Arias-Torres, Luis. “El engaño exigido por el delito de defraudación tributaria”. *Revista Peruana de Derecho de la Empresa* xxiv, n.º 68 (2013): 129-55.
- Caplin, Mortimer M. “The Tax Lawyer’s Role in the Way the American Tax System Works”. *University of Virginia School of Law. Tax Notes* 106, n.º 6 (2005): 697-701. <http://www.lawprofessorblogs.com/taxprof/linkdocs/2005-1916-1.pdf>.
- Crooks, Harold, y Nathalie Barton. *The Price We Pay*. Filmoption International, 2016. <http://www.thepricewepay.ca>.
- Darrell. “Algunas responsabilidades del asesor tributario en relacion con los esquemas para reducir impuestos”. *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, n.º 7 (1984): 3-8, https://www.ipdt.org/uploads/docs/01_Rev07_D.pdf.
- “El Supremo ratifica la condena de 21 meses de cárcel a Messi por fraude fiscal”. *El País*, 2017, https://elpais.com/deportes/2017/05/24/actualidad/1495623767_529582.html.
- Galler, Linda y Michael B. Lang. *Regulation of Tax Practice*. North Carolina: Carolina Academic Press, 2016.
- García Torres, Gabriela Amelia. “El delito de defraudación tributaria.” Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001, <http://ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/login?url=http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=cat02225a&AN=pucp.270115&lang=es&site=eds-live&scope=site..>

- Gordon, Robert W. “La práctica del derecho empresarial como servicio público”. En *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*, editado por Martin Böhmer. Barcelona: Gedisa, 1999.
- Hatfield, Michael. “Legal Ethics and Federal Taxes, 1945-1965: Patriotism, duties, and Advice”. *Florida Tax Review* 18, n.º 8 (2016), <https://ttu-ir.tdl.org/bitstream/handle/10601/1923/LegalEthicsandFederalTaxes.pdf?sequence=1>.
- International Bar Association. “Tax Abuses, Poverty and Human Rights: A Report of the International Bar Association’s Human Rights Institute Task Force on Illicit Financial Flows, Poverty and Human Rights”. International Bar Association, 2013, <https://www.ibanet.org/Article/NewDetail.aspx?ArticleUid=4A0CF930-A0D1-4784-8D09-F588DCDDFEA4>.
- Juano, Manuel De. *Curso de Finanzas y Derecho Tributario. El sistema tributario y los tributos en particular*. Rosario: Ediciones Molachino, 1971.
- “Los asesores fiscales, atemorizados por las denuncias provocadas por la ‘sentencia Messi’”. *ABC*, 2019, https://www.abc.es/economia/abci-asesores-fiscales-atemorizados-denuncias-provocadas-sentencia-messi-201904041413_noticia.html.
- “Los Messi se aferran a la tesis del engaño para ser absueltos”. *El País*, 2016, https://elpais.com/deportes/2016/06/06/actualidad/1465212561_687737.htm.
- Lujan, Alexis. “La misión del abogado en el Estado constitucional de derecho”. *Legis.pe*. Lima, 2018. <https://legis.pe/mision-abogado-estado-constitucional-derecho/>.
- Mastro Puccio, Fernando del. “Valores en el perfil del abogado”. *Ius et Veritas: Revista de la Asociación Ius et Veritas* 19, n.º 39 (2009): 330-46.
- Morón Pérez, Carmen. “La defraudación tributaria de los futbolistas de élite (análisis de algunos casos recientes)”. *Revista Anales de Derecho* 33, n.º 1 (2015), <http://revistas.um.es/analesderecho>.
- Puebla Agramunt, Nuria. “Algunas consideraciones en torno a la deontología del asesor fiscal”. *Documentos-Instituto de Estudios Fiscales*, n.º 10 (2004): 83-89, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=935424>.
- Rubio Correa, Marcial. *El sistema jurídico (introducción al derecho)*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 1999, <http://ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/login?url=http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=cat02225a&AN=pucp.227047&lang=es&site=eds-live&scope=site>.
- Schmidt, Eduardo. *Ética y negocios para América Latina*. Lima: Universidad del Pacífico, 2014, <http://ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/login?url=http://>

search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=cat02225a&AN=pucp.563690&lang=es&site=eds-live&scope=site.

Soll, Jacob. “Why We Should Be Really Worried About the Panama Papers”. *Politico Magazine*, Washington D. C., abril del 2016. <https://www.politico.com/magazine/story/2016/04/panama-papers-tax-evasion-history-213832>.

Wolfman, Bernard, Deborah H. Schenk y Diane M. Ring. *Ethical Problems in Federal Tax Practice*. Wolters Kluwer Law & Business, 2015.

Zacharias, Fred C. “Lawyers as Gatekeepers”. *Social Science Research*, 2004.

CAPÍTULO XIII

EL DEBATE SOBRE EL PROCESO CIVIL COMO ESPACIO DE MORALIZACIÓN*

MÓNICA PATRICIA VÁSQUEZ ALFARO

INTRODUCCIÓN

El proceso judicial se ha definido de muchas formas: como una situación jurídica en curso, como un conjunto de etapas que se suceden, como una relación jurídica, como un combate dialógico, como un conjunto de garantías para la protección de los derechos, etcétera¹. Las diversas teorizaciones dan cuenta de la complejidad de esta construcción jurídica que se desarrolla en el tiempo y que involucra los más variados intereses de sus intervinientes. Estos intereses son totalmente contrapuestos en la gran mayoría de los casos, de tal suerte que el triunfo de una parte significa la derrota de la otra.

El constitucionalismo democrático invita a revisar esa lógica tradicional del proceso judicial y la conducta de los sujetos procesales que intervienen en ellos. En esta conciencia jurídica constitucionalista no se trata solo de ganar el debate en el marco de legalidad, sino de que los participen en el proceso orienten sus actuaciones hacia fines de justicia, igualdad y solidaridad². El derecho procesal resume este planteamiento en la teorización del principio de buena fe procesal, con el que se trata de trasplantar la armonía de la buena fe civil o contractual a la dinámica litigiosa³.

* Para citar: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.426>

¹ Diana Ramírez, *La prueba de oficio: una perspectiva para el proceso dialógico civil* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009).

² Roberto Berizonce, “Nuevos principios procesales y su recepción en los ordenamientos jurídicos nacionales (Influencia del derecho internacional de los derechos humanos)”. *Anales* 42 (2012): 257-89.

³ Luís María, “Abuso del proceso”, en *Modernización de la justicia civil*, editado por Santiago Pereira (Montevideo: Universidad de Montevideo, 2011), 405-46.

El principio de la buena fe procesal resulta atractivo e irrefutable a primera vista. ¿Quién podría oponerse a las bondades que la buena fe aporta en cualquier relación jurídica, incluso la litigiosa? Sin embargo, muchos expertos tienen dudas sobre las posibilidades reales de su aplicación en la dinámica procesal cotidiana. Este trabajo pretende mostrar las tensiones alrededor del principio de buena fe procesal identificando tres tendencias teóricas fundamentales en la disciplina. Una primera aboga por la aplicación plena de la buena fe procesal y la consecuente exigencia de colaboración de las partes con la administración de justicia. La segunda tendencia matiza el compromiso de los sujetos procesales con la buena fe procesal, condicionando el cumplimiento de este deber a dinámicas derivadas con el carácter adversarial del debate judicial, y una tercera perspectiva se muestra escéptica frente a la utilidad real del concepto, pues resultaría incompatible con el rol del abogado que litiga.

Un autobús en medio del proceso: la complejidad de la buena fe procesal

Las diferentes corrientes serán analizadas a través de un caso real que pretende mostrar la complejidad habitual de los litigios civiles. El caso es el siguiente.

Pedro, socio mayoritario de una empresa de buses y propietario de la mayor parte del parque automotor, demanda a María y a José por intermedio de su apoderado judicial. La pretensión del demandante es que un juez declare la resolución de un contrato de compraventa sobre un vehículo automotor destinado al servicio público de transporte urbano con su respectiva indemnización de perjuicios.

Hace un tiempo, Pedro vendió a María y a José uno de los buses de la empresa que acababa de ser repotenciado, es decir, el automotor había sido sometido a un procedimiento técnico autorizado por las leyes de tránsito con el fin de alargar diez años más el tiempo de funcionamiento de los buses, después de haber concluido los veinte años iniciales de vida útil. Al momento de la venta María y José eran arrendatarios de algunos vehículos de la empresa y con el producido de estos cancelaban el canon pactado con Pedro. Viendo la oportunidad de convertirse en propietarios, en lugar de simple arrendatarios, María y José decidieron

comprar uno de los vehículos y Pedro accedió cobrando un precio cómodo que sería pagadero a plazos.

La cuota inicial fue pagada, y lo mismo sucedió con las tres siguientes. A partir de la cuarta cuota María y José incurrieron en mora. El incumplimiento se hizo irreversible cuando la autoridad de tránsito y transporte inmovilizó el vehículo adquirido por María y José, al comprobar que sobre dicho automotor no se había realizado el proceso de repotenciación completo, sino una reparación menor que solo ajustaba detalles marginales y estéticos del automotor.

Pedro y su abogado deciden iniciar los trámites de la demanda para resolver el contrato y obtener la respectiva indemnización de perjuicios, pues los compradores habían usufructuado el bien y causado una mora que perjudicaba al vendedor de los buses. Diseñada la estrategia, el abogado de Pedro decidió referirse únicamente al incumplimiento del contrato en la demanda, sin mencionar nada del tema de la repotenciación, pues era ajeno al tema central del debate y no le correspondía a su representado traerlo a colación. Este mismo abogado pretermitió la conciliación como requisito de procedibilidad, pues se iban a practicar medidas cautelares y no era conveniente alertar a los demandados para que no evaporaran su patrimonio. De todos es bien sabido que la eficacia de una medida cautelar radica en la sorpresa de su práctica.

La demanda es admitida por cumplir con los requisitos del Código Procesal. En el auto admisorio se libra la medida cautelar sobre el autobús y se ordena el traslado de la demanda a María y José para que contesten. El demandante nunca paga la caución para practicar el embargo del bus, por lo que dicha medida cautelar no se lleva a cabo, pero sí impulsa el trámite para avanzar a la etapa de notificación.

A María y José les llega la citación para notificarse de la demanda el mismo día y en el mismo lugar pues están casados desde hace mucho tiempo. Ambos deciden acudir a un abogado en común. El abogado le pide a María que acuda a notificarse y traiga consigo la copia de la demanda; también le aconseja a José retardar la notificación y no acudir al despacho a pesar de que se ha logrado su citación para dicha diligencia. Con esta estrategia este abogado busca conocer bien la demanda presentada y preparar con mucho más tiempo la contestación de José que también servirá a María.

Como se ve, en el caso planteado se identifican al menos tres situaciones problemáticas a la luz del principio de buena fe procesal. En primer

lugar, un demandante que plantea su caso omitiendo hechos que considera irrelevantes para su pretensión, pero que están relacionados con la situación que rodea los hechos litigiosos. En segundo lugar, este mismo demandante evade la conciliación prejudicial obligatoria aprovechando un espacio que no está expresamente legislado y que queda en el poder de interpretación y dirección del juez. En tercer lugar, los demandados dilatan los tiempos procesales postergando la diligencia de notificación de uno de ellos, a sabiendas de la existencia del litigio y de haberse logrado la citación respectiva.

Para realizar el análisis de las tendencias sobre el principio de buena fe, en la segunda sección se explicará la versión plena de la buena fe procesal, su contexto histórico y el alcance del concepto. Luego de la exposición teórica se aplicará un “test de moralidad” bajo los supuestos de esta posición. En la tercera sección se explicará brevemente la versión moderada de la buena fe procesal y la revisión del caso en el marco de esta subtenencia que se desprende de la versión plena del principio. La cuarta sección explicará los argumentos de la versión escéptica o crítica de la buena fe procesal y se analizará el caso que acabamos de describir a la luz de los cuestionamientos al principio de buena fe, que sería contrario a la dinámica tradicional del litigio.

El texto tiene un enfoque prevalentemente teórico y civilista por la naturaleza del caso. De necesitarse alguna aproximación normativa que sirva para ejemplificar algún punto, se tomará como referencia el derecho colombiano. A pesar de lo anterior el análisis puede ser útil en una perspectiva comparada debido a los factores de uniformidad que tienen los códigos procesales de Iberoamérica y porque el debate sobre la buena fe procesal interesa a los estudiosos del derecho procesal, sin importar su lugar de origen.

LA VERSIÓN PLENA DE LA BUENA FE PROCESAL O DE LA OBLIGACIÓN DE COLABORAR CON LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

La buena fe procesal es un principio que busca orientar la actuación de jueces, partes y litigantes hacia el cumplimiento de valores éticos en los procesos judiciales. Sus defensores creen que su adopción facilita la moralización de la práctica del derecho y es útil para superar la perspectiva

individualista de la abogacía y la concepción tradicional del proceso judicial como escenario de contienda de intereses particulares⁴.

El principio de buena fe procesal está asociado a la publicización del proceso, que es una corriente teórica y de política procesal que aboga por el empoderamiento de los jueces en el litigio civil como garantía de igualdad y justicia material. Según esta concepción, el juez es el llamado a equilibrar las desigualdades económicas y sociales que las partes muestran en el proceso y que son producto de un contexto extraprocesal; al juez le corresponde también descubrir la verdad que rodea el debate⁵. La apuesta por el fortalecimiento de los poderes de dirección del juez luce insuficiente por lo que se requiere la necesaria colaboración de las partes para hacer *más justa la justicia*⁶.

La combinación “juez director + colaboración de partes” ha sido defendida en dos momentos históricos. El primero ocurrió a finales del siglo XIX, en el marco de las críticas que el socialismo jurídico dirigió contra el derecho civil y procesal burgués. Según esta teoría, los códigos civiles decimonónicos protegían los privilegios de quienes contaban con recursos económicos y conocimientos necesarios para explotar a su favor la economía de mercado en desmedro de quienes no los tenían. El derecho sellaba y naturalizaba estas condiciones de desequilibrio a través de acuerdos privados que eran ley para las partes y en los que se suponía había primado las garantías de igualdad ante la ley y el ejercicio de la autonomía de la voluntad⁷.

Los desequilibrios no se corregían en el escenario de la administración de justicia pues las obligaciones contractuales se hacían coercibles través de diseños procesales en los que las partes tenían mucha injerencia. Estas formas suponían, una vez más, que las partes estaban en la capacidad de manejar los ritmos e información aportada al proceso en igualdad de condiciones, mientras el juez asistía pasivamente al debate.

⁴ Joan Pico I. Junoy, *La buena fe procesal* (Bogotá: Ibáñez, 2011).

⁵ Juan Montero Aroca, *El derecho procesal en la encrucijada de los siglos XX y XXI. Tres ensayos: Uno general y dos especiales* (Lima: Fondo Editorial de la Academia de la Magistratura, 2016).

⁶ Felipe Gorioitia, “La buena fe en el proceso civil chileno”. *Nomos* 2 (2008): 133-59.

⁷ Mónica Vásquez, *La ciencia útil: una reconstrucción de las conciencias jurídicas procesales en Colombia y América Latina* (Bogotá: Uniandes-Uninorte, 2015).

La combinación entre decisiones dispares y jueces pasivos potenciaron la existencia de decisiones injustas legitimadas por el Estado⁸.

Por esta razón, desde finales del siglo XIX comenzaron a surgir cuestionamientos sobre la pretendida igualdad de las partes en el litigio y sobre la real protección del Estado al litigante débil. Los litigantes débiles, además de no contar con herramientas para intervenir en las dinámicas de libre cambio en igualdad de condiciones con los más privilegiados, eran juzgados por funcionarios que no tenían forma de hacer valer ningún criterio distintivo para paliar el estado de ignorancia o la ausencia de representación legal, en un trámite lento y complejo⁹.

El socialismo jurídico reivindicó el proceso judicial como escenario útil para nivelar los desequilibrios sociales a través de jueces activos y trámites flexibles. Ordenanzas procesales en Alemania y Austria materializaron esta propuesta a finales del siglo XIX, y sobre esta experiencia legislativa el publicismo procesal levantó parte de su teoría dogmática¹⁰. Sin embargo, el modelo liberal de igualdad formal y control de las partes siguió siendo predominante en la tradición del derecho continental.

La fórmula “juez director + colaboración de partes” tuvo un segundo aire con el neoconstitucionalismo. A grandes rasgos el neoconstitucionalismo propone un nuevo contrato social que reordena la institucionalidad, la sociedad y el ordenamiento jurídico bajo el poder prevaleciente y vinculante de la carta fundamental. Todo esto para la realización de los valores fundamentales de justicia e igualdad material¹¹.

Los jueces asumen un papel muy importante en el proceso de constitucionalización de la sociedad pues son los encargados de traducir los debates más encumbrados de filosofía política y de efectividad de derechos a la realidad cotidiana de los asociados. En este nuevo arreglo, la intervención judicial resulta muy útil al propósito constitucionalizador, pues la dirección de jueces y la colaboración de partes garantizan el compromiso de los intervinientes en la búsqueda de la verdad como

⁸ *Ibíd.*

⁹ *Ibíd.*

¹⁰ Niceto Alcalá Zamora, “La influencia de Wach y Klein sobre Chiovenda”, en *Estudios de teoría general e historia del proceso*, editado por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (México: Unam, 1992), 547-67.

¹¹ Luigi Ferrajoli, *Democracia y garantismo* (Madrid: Trotta, 2008).

condición de la verdadera justicia, especialmente cuando de litigantes débiles se trataba¹². La colaboración sustantiva de las partes en los propósitos de justicia y verdad de la administración de justicia se armoniza bajo el principio de buena fe procesal.

En su versión plena, la buena fe procesal es una directriz de colaboración dirigida a las partes. La idea es que los intervinientes orienten su actuación litigiosa hacia la preservación de un orden justo, la convivencia pacífica, la adecuada solución del conflicto, la materialización de los derechos fundamentales, la prevención de litigios innecesarios y la promoción de los mecanismos alternos de solución de conflictos. En resumen, que se valide el Estado social de derecho mediante el litigio en los juzgados¹³.

Alcance del principio de buena fe procesal

La inclusión de la buena fe procesal en los códigos procesales es una tendencia cada vez más fuerte en los códigos procesales de América Latina debido a la extendida necesidad de moralizar la praxis judicial. Sin embargo, no ha sido sencillo definir el sentido y alcance del concepto. En buena parte la dificultad viene de la indeterminación y del carácter valorativo de la buena fe procesal, pues comprende una gran variedad de conductas, tanto sustanciales como procesales, descritas en un lenguaje abierto.

Los sistemas procesales que acogen la buena fe procesal suelen hacerla operativa mediante una construcción normativa de dos niveles:

- *Primer nivel o exigencia de conductas sustantivas positivas (veracidad, completitud, coherencia)*. En el nivel superior de la buena fe procesal se explicitan conductas procesales positivas que tienen incidencia en la reconstrucción de los hechos respetando criterios de *veracidad, completitud y coherencia*. No es necesaria la concurrencia de las tres conductas para que se entienda la adscripción de un sistema

¹² María J. Ochoa, "Neoconstitucionalismo y cambio de paradigma judicial". *Dikaiosyne. Revista Anual de Filosofía Práctica (Universidad de los Andes)* 27 (2012): 91-106.

¹³ Corte Constitucional colombiana, sentencia C-819, nov. 1/2011 M. P. Gabriel Eduardo Mendoza.

procesal al principio de buena fe procesal. Se trata de una cuestión de niveles o grados.

Con el deber de veracidad se busca que las partes solo aporten al proceso los argumentos, hechos y pruebas sobre los cuales tengan la convicción subjetiva de su certeza¹⁴. En esta tendencia hay consenso doctrinal en determinar que se falta a la veracidad si se alegan como existentes hechos inexistentes y se niega la existencia de hechos verdaderos¹⁵.

Íntimamente atado al deber de veracidad está el de *completitud*, que persigue que las partes expongan todos los hechos que estén relacionados con el caso, de ser posible con sus respectivas pruebas. Con la completitud se persigue que el juez pueda tener toda la información de contexto y que las partes colaboren con este recaudo, para que así pueda adelantarse el trámite y proferirse un mejor fallo en términos de justicia. Se incumple con este deber simplemente omitiendo hechos importantes relacionados con el caso. Algunos autores consideran que la delimitación entre el deber de veracidad y completitud solo funciona teóricamente porque desde una perspectiva lógica una verdad incompleta o con reservas equivale a una mentira¹⁶.

La doctrina más comprometida con la construcción de una buena fe procesal ha propuesto además un deber de *coherencia*. Este imperativo invita a las partes a conducirse en el proceso de forma estable y consistente, de tal suerte que las actuaciones anteriores demarquen la línea de acción de las que siguen. El deber de coherencia encuentra su fundamento teórico en la doctrina de los actos propios del derecho contractual que sanciona al contratante que altera o varía su conducta habitual ocasionando la ruptura de los vínculos de confianza con su cocontratante¹⁷. La versión procesal de la doctrina de los actos propios se encuentra en

¹⁴ Francisco Ruay, “Análisis crítico sobre la inclusión del principio de buena fe procesal en el proyecto de Código procesal chileno”. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política* 4, n.º 3 (2013): 53-82.

¹⁵ Claudio Marchetti, “Dolo revocatorio e falsa alegazione”. *Rivista di diritto processuale civile* 15 (1960): 419-45.

¹⁶ Iván Hunter, “No hay buena fe sin interés: la buena fe procesal y los deberes de veracidad completitud y colaboración”. *Revista de Derecho* 21, n.º 2 (2008): 151-82.

¹⁷ Mariana Bernal, “El deber de coherencia en los contratos y la regla *venire en contra factum proprium*”. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*. 13 (2008): 299-321.

el *estoppel* inglés, una especie de doctrina de los actos propios, que impide a un litigante presentar alegaciones contrarias a las que ha formulado anteriormente en el proceso. Entre las conductas que ejemplifican la falta de coherencia en el proceso está la de la parte que dejar pasar vicios procesales en las primeras etapas del proceso para alegarlos con posterioridad; o el litigante que intentar demandar nuevamente cuando ha perdido el mismo caso anteriormente o que pide nuevas pruebas en segunda instancia, entre otras conductas¹⁸.

- *Segundo nivel o de la exigencia positiva de conductas procesales (lealtad, probidad)*. En el nivel medio, la buena fe procesal identifica y sanciona conductas netamente procesales que se consideran abusivas y que suelen estar descritas en los códigos respectivos a través de prohibiciones y advertencias dirigidas a las partes. Los atentados contra la lealtad y probidad agrupan estos comportamientos que van en contravía del uso correcto de los mecanismos procesales. En este nivel de la buena fe procesal se trata de evitar que las partes utilicen engañosa, innecesaria o abusivamente los mecanismos formales de acción, defensa o impugnación. El deber de lealtad excluye las trampas judiciales, actuaciones mentirosas, temerarias o dolosamente infundadas que dilaten el trámite del proceso. Por su parte la probidad se refiere a la observancia de conductas sensatas y rigurosas con respecto al juez y a la contraparte¹⁹.

Los dos niveles antes mencionados se superponen al sistema clásico de cargas procesales que constituye la versión más clásica de moralización del proceso. Para la dogmática procesal las cargas procesales son conductas facultativas establecidas en la ley en interés del propio sujeto, cuya no observancia trae consecuencias gravosas para quien debía asumirlas²⁰. La conexión entre carga procesal y buena fe procesal se ha usado en debates constitucionales para justificar la permanencia de las primeras en sistemas procesales en tránsito a su constitucionalización. Es decir, la buena fe procesal resignifica parte de la definición clásica de carga y la lee como un mecanismo de corresponsabilidad entre jueces

¹⁸ Ibid.

¹⁹ María M. Lacorrau, “La buena fe procesal y el deber de colaboración de las partes en los procedimientos laborales”, *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 1, n.º 1 (2010): 67-81.

²⁰ Eduardo Couture, *Fundamentos de derecho procesal civil* (Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2007).

y partes para con la administración de justicia y no un mero acto de voluntad del demandante o demandado.

Gráfica 1. Alcance de la versión plena de la buena fe procesal



Fuente: elaboración propia

Nuestro caso y el test de moralidad a la luz de la buena fe procesal plena

En el caso bajo estudio se plantean tres situaciones problemáticas: la omisión de información relevante en el caso, la evasión de la conciliación y las maniobras dilatorias en la diligencia de notificación. Los tres hechos son reprochables a la luz del test de moralidad en el marco del principio de buena fe procesal en su versión plena.

La omisión de información sobre las circunstancias que rodearon el contrato incumple el deber de completitud, e incluso de veracidad si se entiende que una verdad solo es tal cuando es completa. Como se observa, el demandante sólo elige del caso los supuestos fácticos y jurídicos que rodean la mora en el pago de precio del vehículo, pues conectan directamente con la pretensión y brindan apariencias de buen derecho. Con esto el actor deja por fuera información relacionada con el objeto del contrato y que puede ser relevante para que el juez entienda todas las circunstancias del caso. En este caso el juez director debe valerse de su potestad instructiva oficiosa para auscultar la verdad no dicha por las partes. Sin embargo, puede ocurrir que esta información no llegue al proceso.

La evasión de la conciliación por parte del demandante contraría la buena fe procesal en sus aspectos de lealtad y probidad. Con esta conducta, el actor manipula el mecanismo de la conciliación como requisito de procedibilidad, traicionando con ello los fines públicos que con ella se persiguen. La conciliación y demás mecanismos alternos de solución de conflictos hacen parte del paquete de innovaciones que el Constituyente de 1991 introdujo para mejorar la garantía fundamental de acceso a la justicia y depurar los niveles de litigiosidad que hacen colapsar el sistema judicial.

Con la Ley 640 del 2001, la conciliación asumió el carácter de requisito de procedibilidad en ciertos temas, de tal manera que debe intentarse obligatoriamente para poder acceder a la administración de justicia²¹. Paralelamente el legislador introdujo una serie de excepciones al requisito conciliatorio en aras de proteger la efectividad de los derechos. Dentro de las excepciones esta la práctica de medidas cautelares, pues la convocatoria a la audiencia pondría sobre aviso al futuro demandado, quien podría quedar en situación de insolvencia y dejar a sus acreedores sin garantías para el cumplimiento de sus obligaciones.

El legislador ha dispuesto de varias alternativas para controlar el cumplimiento de la carga procesal de la conciliación. Ante todo, es una causal de inadmisión de la demanda cuando no se acompañe la constancia de haberse agotado la etapa conciliatoria. A esta decisión seguirá un plazo de cinco días para que el demandante acredite la conciliación o justifique estar incurso en una excepción. Sino lo hace la demanda deberá ser rechazada²².

La ley no consagra una consecuencia concreta para la situación planteada en el caso, a diferencia de lo que sucede con quien elude absolutamente y sin justificación alguna el requisito de procedibilidad. En el caso planteado el demandante se ampara en la futura petición de medidas cautelares como una excepción que lo disculpa del cumplimiento del requisito de procedibilidad. En esta situación el juez debe admitir

²¹ Ramiro Bejarano, *Código General del Proceso y Código de Procedimiento Civil. Cuadro comparativo* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016).

²² *Ibíd.*

la demanda, si se cumplen los restantes requisitos de ley, y el auto admisorio debe librar las medidas cautelares para que sean practicadas a la brevedad.

Un juez comprometido con la buena fe procesal no pasaría por alto la situación planteada en el caso, ni dejaría que el demandante “se saliera con la suya”, pues de hacerlo validaría una estrategia tramposa que deja de lado los fines constitucionales asociados a la conciliación, tales como la garantía del acceso a la justicia, el fomento de la paz social que se genera en la autogestión de conflictos, la disminución de los índices de litigiosidad y la materialización de la función social del derecho que impone a los abogados el deber de actuar como promotores de los mecanismos alternos de conflictos²³. Una posible solución para el caso es revocar el auto admisorio de la demanda argumentando la falta de jurisdicción, ya que esta solo se activa una vez cumplido el requisito de procedibilidad, y en el caso concreto esto no se hizo²⁴.

Por último, resta el tema de la notificación. En el caso planteado los demandados “juegan” con los distintos supuestos que activan el sistema de notificaciones en el código. En el derecho procesal se habla de una etapa de notificación como un procedimiento único, pero lo cierto es que esta diligencia comprende una variedad de alternativas, cuya escogencia depende de si la persona que debe ser convocada al proceso está o no ubicable. Por su alto nivel de detalle, la etapa de notificaciones es propicia para ralentizar el trámite y obstaculizar el desarrollo procedimental. Tanto es así que estos vicios pueden alegarse incluso después de haberse proferido la sentencia. En el ejemplo propuesto el demandado incurre en una de las conductas más naturalizadas de la práctica judicial que consiste en retrasar el trámite de la notificación, ganar tiempo para la defensa mientras se busca acceder al expediente por otros medios legales o no. En el caso analizado, la parte demandada, valiéndose de mecanismos legales, congela el proceso mientras se consigue la notificación de uno de sus representados que ya conoce de la existencia del proceso y seguramente el texto de la demanda.

²³ Corte Constitucional colombiana, sentencia C-819, nov. 1/2011 M. P. Gabriel Eduardo Mendoza.

²⁴ Bejarano, *Código General del Proceso y Código de Procedimiento Civil. Cuadro comparativo*.

A la luz de la buena fe procesal, la conducta del demandado atenta contra los fines constitucionales de la administración de justicia en la medida en que retarda los tiempos procesales al manipular el procedimiento de notificación. Tal como sucede con la conciliación, la actitud dilatoria del demandado obstaculiza la garantía de celeridad que hace parte del debido proceso y de la tutela judicial efectiva, puesto que una justicia tardía es prácticamente una justicia denegada, y podría sancionarse debido a la falta de lealtad procesal.

LA VERSIÓN MODERADA DE LA BUENA FE PROCESAL O EL CONTROL DE LA MALA FE EN EL PROCESO

Dentro del ideario del publicismo existe una tendencia teórica que defiende una versión moderada del principio de buena fe procesal. La tendencia moderada plantea la intervención activa del juez en el trámite y matiza las exigencias morales a las partes y sus apoderados dentro de los criterios que acabamos de analizar. Según estos teóricos, no podrían exigirse conductas de veracidad, completitud y coherencia en la forma como lo pretende la versión más dura de la buena fe procesal. El deber de completitud se desecha ante la dificultad de obligar a las partes a mostrar todas las circunstancias que rodean el caso, incluso las más desfavorables. El de coherencia aparece ajeno a la dinámica procesal, al tratar de preservar un vínculo de confianza que no interesa en el proceso y, en cambio, poner en vilo los derechos de defensa y de acceso a la justicia.

Solo es exigible el deber de veracidad, que queda circunscrito a los hechos y evidencias que cada una de las partes elijan aportar al debate²⁵. En lo que si hace hincapié esta tendencia es en la identificación de conductas procesales abusivas que deben ser entendidas bajo la presunción de mala fe, es decir, con la dañina intención de afectar al proceso y a la contraparte. Para que una conducta encaje en esta categoría debe ser calificada de abusiva, o lo que es lo mismo, legítima en principio, pero mal usada. Como resume Hunter: “Hay mala fe siempre que se sobrepasen los límites normales del ejercicio de un derecho con daño a un tercero”²⁶.

²⁵ Pico I. Junoy, *La buena fe procesal*.

²⁶ Hunter, “No hay buena fe sin interés”.

Gráfica 2. Versión moderada de la buena fe procesal o prohibición de mala fe



Fuente: elaboración propia.

La revisión de conductas a través de esta versión moderada de la buena fe procesal requiere de un marco normativo de referencia y cánones de interpretación para su aplicación²⁷. Los primeros existen en la mayoría de los códigos procesales de Iberoamérica, los segundos hacen parte de una tarea que es necesario emprender. De ahí que en los códigos procesales puedan encontrarse catálogos de conductas en las que se exhorta a los intervinientes a respetar deberes indeterminados como la buena fe, la probidad y la lealtad. Seguido a esto discriminan una serie de acciones que hacen presumir la mala fe tales como la temeridad, el fraude conjunto o individual, el entorpecimiento del desarrollo ágil del trámite, la multiplicidad de peticiones o resistencias infundadas, etcétera. Estas conductas están aseguradas con sanciones pecuniarias, disciplinarias e incluso procesales.

La experiencia ha demostrado que la tipificación normativa es insuficiente para garantizar una aplicación estandarizada de los controles disciplinarios sancionadores y preventivos, pues además suele requerirse una revisión *caso a caso* para que el juez examine el ánimo engañoso o torticero de los intervinientes.

²⁷ Jorge Larrocau, "Tres lecturas de la buena fe procesal". *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2013, 259-305.

Nuestro caso a la luz de la versión moderada de la buena fe procesal o prohibición del abuso del proceso

Los resultados del test de moralidad varían especialmente en el primer nivel de moralización en la versión moderada de la buena fe procesal. En lo que se refiere al primer nivel de examen, se encuentra que la conducta del demandante no tendría mácula, a no ser que se demuestre que mintió sobre la información entregada, es decir, que no fabrique pruebas o mienta deliberadamente sobre los hechos concretos que eligió aportar al proceso. Los deberes de completitud y coherencia no son exigibles; es por eso que los abogados pueden escoger la información que sirva a la estrategia del cliente y solicitar actuaciones procesales que sirvan a una defensa adecuada dentro del marco legal.

Con respecto a la conciliación y la notificación, el juez tendría que lograr catalogar estas conductas como abusivas para que pudieran ser sancionadas por ser contrarias a la buena fe procesal. En nuestro caso, tanto demandante como demandado quebrantan las garantías de celeridad y descongestión que son condiciones muy importantes para el buen funcionamiento del aparato de justicia según los objetivos fijados por el legislador cuando optó por incluirlos en el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, solo en principio, las conductas de evasión de la conciliación y manipulación de la notificación se tendrían como comportamientos censurables en razón a los fines colectivos que desconocen. Sin embargo, para la imposición de la sanción disciplinaria, procesal o pecuniaria tendría que reafirmarse el ánimo de mala fe y en la revisión concreta podría desvirtuarse la presunción de mala fe con explicaciones como la falta de recursos sobrevinientes para pagar la caución de las medidas cautelares o la torpeza en la diligencia de notificación. Lo contrario podría ser riesgoso para el acceso a la justicia.

LA PERSPECTIVA CRÍTICA DE LA BUENA FE PROCESAL

Una tercera tendencia desconfía de la utilidad práctica asignada a la buena fe procesal en sus versiones plena y moderada. Para estos críticos en torno a la buena fe procesal ha sucedido un fenómeno de *reificación* del concepto, es decir, se ha creído que existe una realidad moralizadora

por la repetición constante de esta abstracción teórica²⁸. En este orden argumentativo, los escépticos consideran que la verdadera discusión en torno a la ética profesional está en otros escenarios o momentos, muchos de ellos extrajudiciales como la educación legal, el control a la proliferación de abogados y el examen concienzudo del caso previo a la decisión de demandar²⁹.

La tendencia escéptica aclara que los cuestionamientos a la buena fe procesal no pueden interpretarse como una invitación al “todo vale” en los trámites judiciales, o un llamado a anteponer los fines a los medios. Lo que sucede es que en la dinámica de la praxis judicial la verdadera moralización viene solo por el camino de la legalidad y para esto están dispuestos los controles clásicos como las cargas procesales, las costas a la parte vencida y la validez o invalidez de las actuaciones. La buena fe procesal aparece como un avance más artificial que real, y en todo caso muy riesgoso por las dificultades prácticas que acarrea y los inconvenientes políticos que genera.

El punto de partida de estos cuestionamientos comienza por el traslado de la buena fe contractual a la dinámica litigiosa. La razón es sencilla: mientras los contratantes se relacionan desde la armonía de un acuerdo de voluntades, las partes del proceso están enfrentadas en un estado de tensión y desconfianza. Lo anterior explica que ciertas conductas reprochables en el mundo contractual, por ejemplo, el aprovechamiento del error ajeno, sean totalmente normales y hasta razonables en un litigio³⁰.

Los críticos afirman que los defensores de la buena fe procesal olvidan que proceso civil tiene como fuerza motriz la contraposición de intereses privados y que es a partir del juego intercalado de roles que se construye la verdad sobre la que el juez toma decisiones definitivas. En esta lógica, un sistema procesal que defina el deber de colaboración a través de los deberes/obligaciones de completitud, veracidad y coherencia ignora la dinámica vocacional del debate y desnaturaliza el rol parcial de los contendientes, tanto de las partes como de los abogados.

²⁸ Michele Taruffo, “Abuso del proceso”. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal* 6, n.º 2 (2016): 6-29.

²⁹ Piero Calamandrei, *Demasiados abogados* (Madrid: Reus, 2006).

³⁰ Gorioitia, “La buena fe en el proceso civil chileno”.

Por el lado de las prohibiciones de mala fe, los críticos encuentran inconsistencias teóricas que parten del concepto de abuso del proceso. ¿Es posible abusar del proceso? Tratemos de explicar su postura. El proceso civil está dividido en etapas reguladas por el legislador. En cada una de estas etapas las partes cuentan con una serie de posibilidades de acción que usan o no según la estrategia que tengan. De la acción o inacción de las partes se generan consecuencias jurídicas previstas en la ley, llamadas cargas, deberes y obligaciones procesales. Este entramado de reglas excluye los abusos al proceso: no se abusa de él si se actúa dentro de las posibilidades que ofrece el marco legal. ¿Cómo una conducta legítima puede ser abusiva?³¹

Por el lado de las presunciones de mala fe procesal también hay cuestionamientos formulados por la tendencia crítica. En primer lugar, la definición de conductas procesales no exitosas bajo la presunción de mala fe representa un riesgo para el acceso a la justicia y el derecho de defensa, porque no hay que perder de vista que las conductas litigiosas irrazonables o equivocadas no necesariamente faltan a la buena fe procesal y, en cambio, la sanción de esas conductas cierra las posibilidades de acción y defensa de que disponen las partes. No hay que perder de vista que el derecho a equivocarse hace parte también del acceso a la justicia. En segundo lugar, la indeterminación conceptual en torno a las sanciones por el abuso procesal atenta contra el principio de legalidad. Un marco de acción tan amplio, tanto gramatical como valorativamente, justifica decisiones arbitrarias y pone en riesgo garantías constitucionales que exigen que toda sanción tenga claramente descritas las conductas reprochables que la generan.

Junto con los argumentos que señalan la impertinencia práctica de la buena fe procesal existen otras razones que señalan la inconveniencia política del principio. Según esta tendencia, la exigencia de conductas de buena fe procesal está asociada con ciertas experiencias políticas de corte autoritario. Por ejemplo, en la Alemania nazi se propuso la sustitución del proceso civil por el de jurisdicción voluntaria con el fin de promover la colaboración unidireccional de los particulares con el juez. El juez ya no era un tercero imparcial, sino un “amigo del ciudadano”, y estaba investido de poderes de esclarecimiento y descubrimiento de

³¹ Taruffo, “Abuso del proceso”.

la verdad guiado por una disciplina “dinámica, comprensible y auténticamente popular”. Por el lado italiano, el proyecto Grandi de 1940 se refirió a la mala fe procesal e impuso el deber de comportarse en el proceso con probidad y lealtad, excluyendo la astucia como arma tolerable, toda vez que no podían consentirse comportamientos de fraude contra la administración de justicia³².

Estos ejemplos sirven para que un grupo de críticos de la buena fe procesal adviertan que la obligación de colaboración con el Estado, la idea de un juez asistencial, la connotación colectivista del derecho y el interés del poder político en las relaciones privadas es un riesgo para los derechos individuales si se rompen ciertos balances que de por sí son muy frágiles³³. En la exigencia de colaboración de las partes para el logro de los fines superiores del Estado se sustituye la búsqueda de intereses particulares, que, aunque “burdamente egoístas”, constituyen el motivo central para acudir al aparato de justicia. Para los abogados el panorama es problemático pues prácticamente se convierten en pseudo funcionarios del Estado y se olvida que los fines colectivos de la profesión legal se logran a través de la elevación del debate jurídico, sirviendo de acicate a la modernización jurisprudencial o depurando la dinámica del litigio³⁴.

Nuestro caso y el test de moralidad a partir de la versión crítica de buena fe procesal

Los resultados del test de moralidad cambian rotundamente usando la visión crítica o escéptica de la buena fe procesal. Hay dos razones de fondo que debe tenerse en cuenta para revisar el caso en cuestión. La primera es que para este grupo de autores el proceso civil es un espacio de confrontación de intereses privados. La segunda es que todo comportamiento esperado de las partes es sancionable dentro de los parámetros del principio de legalidad. De manera que es posible lograr la

³² Juan Montero, “Sobre el mito autoritario de la buena fe procesal”, en *Proceso civil e ideología*, editado por Juan Montero (Madrid: Tirant to Blanch, 2006), 294-336.

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ibid.*

moralización del proceso por medio del control que ejerce la contraparte o aplicando el régimen de cargas, deberes y obligaciones fijadas por el legislador sin apelar a un principio moral superior.

De acuerdo con lo anterior, cada parte es libre de determinar la evidencia fáctica y probatoria que fundamente su posición y no es coherente con la dinámica procesal exigir un deber de completitud, porque sencillamente no hay forma de obligar a una parte a aportar información que la perjudique o a incluir el *hecho X en lugar del Y*³⁵. Al estar el proceso regido por la lógica de la contradicción se garantiza que el juez enriquezca sus insumos para la decisión sin sacrificar el rol parcial de la parte y su libertad para presentar hechos al proceso. En este marco la veracidad es un deber que está garantizado si se tiene en cuenta que la verdad en el proceso se construye progresivamente a partir del choque de intereses. En el proceso judicial cada contrincante cuenta con los espacios para narrar su versión de la historia y mostrar las faltas de su contraparte. Este choque de intereses, lejos de ocultar la verdad relevante del caso, garantiza que los hechos principales lleguen al debate.

El deber de veracidad es un arma de doble filo para las partes. Afirmar hechos manifiestamente falsos en el proceso implica un riesgo mayúsculo para quien miente, puesto que en un juego entre contrarios existe una alta probabilidad de que la verdad salga a la luz, con las consecuencias respectivas para quien actuó maliciosamente³⁶. En este contexto, la veracidad debe ser entendida simplemente como una prohibición de falsedad. Por último, el deber de coherencia debe entenderse dentro del principio de legalidad. Es el legislador quien puede condicionar las conductas procesales de las partes en la labor de acceder a la justicia o ejercer su derecho de defensa pues se trata de derechos que no son absolutos y que admiten limitaciones por parte del legislador.

Ahora bien: con respecto a la conciliación y la notificación la tendencia escéptica plantearía soluciones eminentemente legales para solucionar el caso. En el primero de los casos, ante la ausencia de una sanción específica, pero con la certeza de la irregularidad, el juez debería interpretar ampliamente las normas procesales para dar cabida a situaciones

³⁵ Taruffo, “Abuso del proceso”.

³⁶ Piero Calamandrei, “El proceso como juego”, en *Estudios sobre el proceso civil II* (Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1945), 259-94.

no contempladas en la literalidad del código, sin necesidad de acudir a deberes morales indeterminados, abstractos y de difícil concreción. Así, por ejemplo, el juez podría ampararse en figuras como el desistimiento tácito para dar respuesta al tema de la conciliación y conminar a la parte contumaz a asumir su carga so pena de entender que desiste de la actuación. Como los efectos del desistimiento recaerían precisamente sobre las medidas cautelares, circunstancia que sirve a la demandante, una interpretación amplia podría extender los efectos de esta figura a todo el proceso, sin salirse del marco legal.

Un poco menos clara se ve la posibilidad de sancionar la conducta, por demás muy extendida, aunque no deseable, de atrasar la notificación y con ella los tiempos procesales. A diferencia de lo que ocurre con el acto de evasión de la conciliación, en el que la distorsión del sistema es evidente, en el tema de la notificación el legislador ha contemplado la posibilidad de que el demandado se notifique en las oportunidades subsidiarias, aun cuando reciba la citación en la primera ocasión. Esta situación plantea de manera muy clara la tensión entre legalidad y moralidad, ya que el legislador no le ha asignado a esta circunstancia una sanción procesal o disciplinaria, a pesar de que es un comportamiento reprochable a la luz de los deberes procesales del litigante y de la necesidad de celeridad que inspira al sistema de justicia en el Estado social de derecho. Sin embargo, es muy probable que la tendencia crítica que estamos revisando se incline por considerar esta actuación por fuera de las conductas abusivas de las partes al estar amparada en el abanico de posibilidades dispuestos por el legislador para circunstancias como esta y con el ánimo de garantizar una nueva oportunidad para asegurar el derecho de defensa de quien se niega a concurrir. Los autores de esta tendencia seguramente se preguntarían: “¿Cómo considerar un acto abusivo lo que está enmarcado en las reglas de juego procesales dispuestas por el legislador?”.

CONCLUSIONES

La aparición del neoconstitucionalismo trajo consigo el necesario replanteamiento del mundo jurídico tal como se conocía en las dinámicas del Estado de derecho tradicional. Esta transformación, por demás compleja, lenta y constante, tiene una dimensión visible y una invisible.

En la dimensión visible el ordenamiento y las instituciones han recibido un claro llamado a reorientar su quehacer hacia el cumplimiento de los valores de justicia e igualdad material consagrados en la Constitución. A los jueces les corresponde una labor central en la dinámica constitucionalista por ser el poder público que aplica los grandes debates de filosofía política a la vida cotidiana, en la función de declarar y proteger derechos.

En lo que se refiere a la administración de justicia hay otra dimensión menos visible del discurso constitucionalista, que toca a los actores del sistema, es decir, a las partes y sus apoderados, y que busca involucrarlos en la búsqueda de fines superiores del Estado. En este esquema es determinante revisar la forma como se dan las relaciones verticales y horizontales entre los sujetos procesales para verificar que se cumplan los fines públicos de la administración de justicia y no haya desbordamientos que enloden esta labor. A la existencia de reglas y controles que garanticen lo anterior se le llama moralización del proceso y en este marco el principio de buena fe procesal trata de imprimir una nueva definición de la función social del derecho. En este marco los abogados no solo son depuradores del debate jurídico, acicates del progreso de la jurisprudencia o representantes de pobres, sino verdaderos colaboradores de la administración de justicia en la búsqueda de la verdad en todos los casos y circunstancias, y en la consecución de los fines de celeridad, eficacia y descongestión que rigen la administración de justicia.

Aunque resulte contraevidente alegar contra la buena fe, hay voces autorizadas que señalan la dificultad de hacer realidad esta expectativa moralizadora y colectivista. No se trata de una tendencia que abogue por la naturalización de trampas procesales como suele caricaturizarse este argumento. Se trata de algo mucho más serio: es la mirada de quienes, cumpliendo cabalmente con el marco legal, destacan que el proceso judicial es una contienda de intereses que brinda espacios para la decisión estratégica paso a paso, y que los deberes de colaboración podrían desnaturalizar la labor del abogado, la relación con el cliente y el acceso a la justicia.

En esta tensión se mueve actualmente la profesión legal en el Estado constitucional. En los polos están, por un lado, quienes apuestan por un ejercicio más colectivista y menos litigioso de la profesión; otros espacios se abrirán para el ejercicio de estos abogados, cumplidores quizás de funciones preventivas del derecho como la educación legal,

la promoción de los mecanismos alternos de solución de conflictos, la promoción de los derechos, etcétera.

Pero por el otro lado están quienes advierten que la realidad del conflicto jurídico es mucho más matizada y que quienes defienden conductas como las descritas en el polo anterior, o no describen a un litigante, o caracterizan a uno despojado de sus herramientas de debate y contradicción. Hay una verdad de a puño y es que la dinámica del debate sobre intereses privados está construida sobre la base del principio de contradicción, ya que son predominantemente las partes quienes deben aportar los elementos centrales del litigio. Incluso en los modelos mixtos actuales el juez tiene mayor intervención en la reconstrucción de los hechos, pero aún son las partes quienes demarcan en buena parte los límites de su poder.

En el medio, una posición intermedia toma de lado y lado para fijar límites que demarquen el marco de acción del abogado en el Estado constitucional. Hasta ahora, esta tendencia ha intentado balancear la fórmula y para ello ha matizado el deber de veracidad, tipificado conductas temerarias, asegurado la moralización del proceso con cargas procesales, y aplicado sanciones, a pesar de los problemas de indeterminación del lenguaje y la necesaria observancia de elementos subjetivos en cada conducta que se examine. Sin embargo, la necesidad de una revisión caso por caso y la falta de estudios sobre la cuestión del control disciplinario de los jueces dificultan la fijación de estándares de moralidad.

En teoría, las exigencias introducidas por el Estado constitucional han dado una mayor sustancia a los derechos procesales y han marcado un derrotero colectivo del que no se puede sustraer la abogacía. Esto implica desplegar una serie de reflexiones y análisis futuros que permitan identificar un estándar de conducta ético, más allá de la coercibilidad de la ley.

PREGUNTAS PARA REFLEXIONAR

- a. Frente a la dinámica contradictoria del litigio, ¿será el proceso judicial el espacio adecuado para un experimento de moralización de la profesión jurídica, dirigido a la colaboración con unos fines del Estado social de derecho que deben cumplirse mediante los jueces?

- b. ¿Atentan los deberes de colaboración positiva de veracidad y completitud contra el rol profesional que se espera que un abogado cumpla con su cliente y con la sociedad en el marco de un litigio?
- c. ¿En qué medida las conductas relacionadas con la buena fe procesal convierten al litigante clásico en un pseudofuncionario estatal al exigir su colaboración con la búsqueda de la verdad y la justicia en abstracto?
- d. ¿Qué impacto tendrá la buena fe procesal en la formación de nuevos abogados y en el establecimiento de nuevos límites de actuación de los sujetos procesales en la dinámica de un debate judicial?
- e. ¿Cuál es el rol del abogado en el proceso judicial constitucionalizado si el derecho de acceso a la justicia invita a que los jueces establezcan una relación cada vez más directa con los justiciables?
- f. De llegar a existir una relación directa entre jueces y ciudadanía ¿serán realmente necesarios los abogados?

BIBLIOGRAFÍA

- Alcalá Zamora, Niceto. “La influencia de Wach y Klein sobre Chiovenda”, en *Estudios de teoría general e historia del proceso*, editado por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, 547-67. México: Unam, 1992.
- Bejarano, Ramiro. *Código General del Proceso y Código de Procedimiento Civil. Cuadro comparativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016.
- Berizonce, Roberto. “Nuevos principios procesales y su recepción en los ordenamientos jurídicos nacionales (Influencia del derecho internacional de los derechos humanos)”. *Anales* 42 (2012): 257-89.
- Bernal-Fandiño, Mariana. “El deber de coherencia en los contratos y la regla *venire in contra factum proprium*”. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*. 13 (2008): 299-321.
- Calamandrei, Piero. *Demasiados Abogados*. Madrid: Reus, 2006.
- . “El proceso como juego”. En *Estudios sobre el proceso civil II*, 259-94. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1945.
- . “Líneas fundamentales del proceso civil inquisitorio”, en *Estudios de derecho procesal*, editado por Piero Calamandrei, 227-29. Buenos Aires: Ejea, 1945.

- Couture, Eduardo. *Fundamentos de derecho procesal civil*. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2007.
- Ferrajoli, Luigi. *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta, 2008.
- Gorigoitia, Felipe. “La buena fe en el proceso civil chileno”. *Nomos* 2 (2008): 133-59.
- Hunter, Iván. “No hay buena fe sin interés: la buena fe procesal y los deberes de veracidad completitud y colaboración”. *Revista de Derecho* 21, n.º 2 (2008): 151-82.
- Lacorrau, María M. “La buena fe procesal y el deber de colaboración de las partes en los procedimientos laborales”. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 1, n.º 1 (2010): 67-81.
- Larrocau, Jorge. “Tres lecturas de la buena fe procesal”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2013, 259-305.
- Marchetti, Claudio. “Dolo revocatorio e falsa alegazione”. *Rivista di diritto processuale civile* 15 (1960): 419-45.
- María, Luís. “Abuso del proceso”, en *Modernización de la justicia civil*, editado por Santiago Pereira, 405-46. Montevideo: Universidad de Montevideo, 2011.
- Montero Aroca, Juan. *El derecho procesal en la encrucijada de los siglos xx y xxi. Tres ensayos: Uno general y dos especiales*. Lima: Fondo Editorial de la Academia de la Magistratura, 2016.
- Montero, Juan. “Sobre el mito autoritario de la buena fe procesal”, en *Proceso civil e ideología*, editado por Juan Montero, 294-336. Madrid: Tirant lo Blanch, 2006.
- Ochoa, María J. “Neoconstitucionalismo y cambio de paradigma judicial”. *Dikaiosyne Revista Anual de Filosofía Práctica* (Universidad de los Andes) 27 (2012): 91-106.
- Pico I. Junoy, Joan. *La buena fe procesal*. Bogotá: Ibáñez, 2011.
- Ramírez, Diana. *La prueba de oficio: una perspectiva para el proceso dialógico civil*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.
- Ruay, Francisco. “Análisis crítico sobre la inclusión del principio de buena fe procesal en el proyecto de Código procesal chileno”. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política* 4, n.º 3 (2013): 53-82.
- Taruffo, Michele. “Abuso del proceso”. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal* 6, n.º 2 (2016): 6-29.
- Vásquez, Mónica. *La ciencia útil: una reconstrucción de las conciencias jurídicas procesales en Colombia y América Latina*. Bogotá: Uniandes-Uninorte, 2015.

LOS AUTORES

Sergio Iván Anzola Rodríguez. Abogado de la Universidad de los Andes (Bogotá), LL.M. de la Universidad de Helsinki (*Eximia Cum Laude*) y doctor en Derecho por la Universidad de los Andes. Fue investigador visitante del Institute for Global Law and Policy de la Escuela de Derecho de Harvard y actualmente es coordinador de Investigación del CEEAD e Investigador Nivel I del SNI (México). Autor del libro *El malestar en la profesión jurídica: tensiones entre la ética personal y profesional de los abogados* (Uniandes, 2019).

José Garcez Ghirardi. Abogado graduado de la Universidad de São Paulo. Profesor asociado en la Facultad de Derecho de la Fundación Getulio Vargas. Postdoctorado en el Collège de France (2017) y Unicamp (2004). Es maestro y doctor FFLCH/USP. Su trabajo académico se ha centrado en la teoría política y la enseñanza del derecho. Es autor de *O Instante do Encontro: questões fundamentais para o ensino jurídico* (FGV, 2012) y *The Brazilian Legal Profession in the Age of Globalization* (Cambridge University Press, 2018), entre otras obras.

Esteban Hoyos Ceballos. Abogado de la Universidad de los Andes (Bogotá) y doctor en Derecho (JSD) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cornell en Ithaca (Nueva York). Antes de ingresar a la Universidad EAFIT, el profesor Hoyos fue auxiliar judicial en la Corte Constitucional colombiana. Es profesor de tiempo completo en la Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT desde enero del 2006.

Isabel Cristina Jaramillo Sierra. Abogada de la Universidad de los Andes (Bogotá) y doctora en Derecho (SJD) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard. Su producción académica se ha centrado en la pregunta por la reforma legal feminista y lo que ella ha dejado a las mujeres. Sus más recientes libros trabajan sobre el problema de la producción de la familia y la desigualdad a través del derecho usando

el caso colombiano: *Derecho y familia en Colombia: historias de raza, género y propiedad, 1530-1980* (2013) y *Decisiones de custodia y visitas en Colombia. La perspectiva jurídica y familiar* (2015), junto con Karen Ripoll y Elvia Vargas. Es profesora titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes.

Alexis Luján. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Fue docente de cursos sobre “Ética y responsabilidad profesional del abogado” y “Planeamiento tributario” en dicha casa de estudios. Es autor de diversos ensayos sobre ética del abogado y sobre normas tributarias antielusivas. Miembro del Grupo de Investigación sobre Ética y Responsabilidad Profesional del Abogado de la PUCP desde 2012. Actualmente se desempeña como gerente en el área de Impuestos de EY Perú.

Juny Montoya Vargas. Abogada de la Universidad de los Andes (Bogotá), doctora en Educación de la Universidad de Illinois y profesora titular de la Universidad de los Andes. En los Andes se ha desempeñado como directora del Centro de Investigaciones Sociojurídicas (Cijus). Del 2006 a 2013 se desempeñó como directora del Centro de Investigación y Formación en Educación (Cife) y desde febrero del 2014 es directora del Centro de Ética Aplicada (CEA) en Uniandes. Autora del libro *El campo de los estudios curriculares en Colombia*. Bogotá: Ediciones Uniandes (2016), y editora del libro *Ética práctica*, junto con Mauricio Correa y Eloy Mealla. Bogotá: Ediciones Uniandes (2019).

Carlos Francisco Morales de Setién Ravina. Es abogado de la Universidad Complutense de Madrid, magíster de la Universidad de Harvard y DEA de la Universidad Autónoma de Madrid. Es profesor asociado de la Universidad de los Andes (Bogotá). Ha traducido numerosos libros jurídicos y es autor, entre otros, de los textos “El individualismo en la formación profesional como obstáculo para la protección de los bienes comunes” (2017, con Juny Montoya) y “Las bases del análisis económico del derecho” (2011).

Carolina Moreno Velásquez. Es abogada y doctora en Derecho de la Universidad de los Andes (Bogotá). Experta en derecho administrativo, organización del Estado, migración y políticas públicas. Se desempeñó como directora del Centro de Conciliación y Consultorio Jurídico de la

Universidad de los Andes entre el 2016 y el 2019. Es profesora asociada en esa misma universidad.

Luis Fernando Pérez Hurtado. Fundador y director general del Centro de Estudios sobre la Enseñanza y el Aprendizaje del Derecho, A. C. (CEEAD), un centro de investigación independiente, sin fines de lucro, dedicado a transformar la educación jurídica y el ejercicio del derecho en México. Es licenciado en Derecho por la Universidad Panamericana en la Ciudad de México, maestro en Derecho por la Universidad de Harvard y la Universidad de Stanford y doctor en Derecho por la Universidad de Stanford.

Eduardo Rivera López. Profesor-investigador plenario de la Universidad Torcuato Di Tella e investigador independiente del Conicet (Argentina). Ha sido becario de las fundaciones Alexander von Humboldt y John Simon Guggenheim. También ha sido H. L. A. Hart Fellow en la Universidad de Oxford. Ha publicado libros en editoriales de Alemania, España, México y Argentina.

Eduardo Román González. Doctor en Derecho, Gobierno y Políticas Públicas por la Universidad Autónoma de Madrid. En la actualidad se desempeña como secretario auxiliar de ponencia en la Suprema Corte de Justicia mexicana y es investigador afiliado del CEEAD A. C. Pertenece al Sistema Nacional de Investigadores de México.

Anamaría Sánchez Quintero. Abogada de la Universidad del Rosario (Bogotá). Profesora y supervisora del Grupo de Acciones Públicas en esa misma universidad. Coordinadora *pro bono* en Gómez Pinzón Zuleta Abogados. Ha trabajado como coordinadora principal en la Fundación Pro Bono Colombia.

Hugo Omar Seleme. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba. Investigador principal del Conicet. Titular de la cátedra de Ética de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Director de la Maestría en Derecho y Argumentación. Director del Programa de Ética y Teoría Política del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

Paula Samper Salazar. Abogada de la Universidad de los Andes. Socia de la firma Gómez-Pinzón Abogados, donde ejerce como abogada desde hace treinta años. Fundadora de la Fundación Pro Bono Colombia y presidenta de su junta directiva desde su constitución.

Mónica Patricia Vásquez Alfaro. Abogada de la Universidad del Norte. Doctora en Derecho de la Universidad de los Andes. Profesora-investigadora de pregrado y posgrado en el programa de Derecho de la Universidad del Norte. Profesora visitante a las aulas de derecho comparado de la Universidad de Sao Paulo. Investigadora en temas relacionados con la historia del derecho, la administración de justicia y el derecho procesal.

Oscar Vilhena Vieira. Decano de la Facultad de Derecho de la Fundación Getulio Vargas, donde enseña Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Derecho y Desarrollo. Es licenciado en Derecho por la Universidad Católica de São Paulo, LLM de la Universidad de Columbia en Nueva York, maestro y doctor en Ciencias Políticas de la Universidad de São Paulo. Hizo sus estudios posdoctorales en el Centro de Estudios Brasileños-St. Antonies Colegio, en la Universidad de Oxford.

Ética profesional del abogado: debates y tensiones
Se terminó de imprimir
en junio del 2021
en Bogotá, D. C., Colombia