

Abogacía y retórica. Entre teoría del derecho y deontología forense*

Por MASSIMO LA TORRE
Università di Catanzaro

RESUMEN

El artículo trata por un lado de la difícil relación entre positivismo jurídico y abogacía y por el otro de la tradicional conceptualización del abogado como orador, y sujeto del arte retórico. El iuspositivismo, al definir el Derecho fundamentalmente como algo prescriptivo, un imperativo, un hecho de decisión, no encuentra sitio en su mapa para el papel del abogado. Este de hecho no decide nada; y así según la perspectiva del iuspositivista parece condenado a la irrelevancia. Por otro lado el ejercicio de la abogacía tradicionalmente pasa por el uso persuasivo de la palabra, por lo que desde hace muchos siglos se llama retórica. Ahora bien, la filosofía, por lo menos desde Platón, se construye mediante su rechazo implícito o explícito de la retórica como actividad no dirigida a la verdad. El abogado –se subraya– no quiere la verdad, no está interesado en ella, y así nadie más que él parece ser distinto de lo opuesto al filósofo. De estos temas habla el artículo intentando reconfigurar otra posible imagen, sea de lo que es la abogacía sea de lo que tendría que ser un concepto de Derecho apropiado para su objeto, es decir, la práctica jurídica (dentro de la cual una tarea central y paradigmática, al lado del juez, es aquella del abogado).

Palabras clave: Abogado, positivismo jurídico, deontología, retórica, razonamiento del abogado.

* Ponencia a las «VIII Giornate Tridentine di Retorica “Deontologia y Retórica Forense” (Università di Trento, Facoltà di Giurisprudenza, Trento, 12-14 junio 2008)».

ABSTRACT

The article deals with the difficult relationship between law practice and legal positivism, and also with the traditional concept of lawyer as orator, the practitioner of rhetoric. Legal positivism, in defining law as something essentially prescriptive, an imperative, or a decision, sees no place for the role of the lawyer (the advocate). Lawyers (advocates) do not decide, do not issue commands; so from the legal positivist perspective they are considered as irrelevant for the definition of law. However, law practice implies the persuasive use of language, that has been known for centuries as rhetoric. But philosophy, at least since Plato, is built upon the implicit or explicit rejection of rhetoric, since the latter does not aim for truth. A lawyer – it is stressed – doesn't want the truth. A lawyer isn't interested in the truth ; therefore there is no subject so different, so opposite, to a philosopher as a lawyer. On the other hand legal positivism by downplaying the rhetorical side of lawyers' reasoning tend to present this as a kind of a-moralist exercise. These are the issues that the article is concerned with, in an attempt to review both the reasons and the concept of law in a way that is hopefully more appropriate to actual legal practice (within which a central and paradigmatic role, or «job», along with judging, advocacy).

Key words: *Lawyer, Legal positivism, Deontology, Rethoric, Lawyer's reasoning.*

SUMARIO: I. ABOGACÍA Y TEORÍA DEL DERECHO. I.1 *Abogacía, iuspositivismo, y «moral amoralidad».* I.2 *Excursus: H.L.A. Hart, el punto de vista jurídico y los abogados.*–II. DERECHO, RETÓRICA Y DEONTOLOGÍA. II.1 *«Doblez» de la experiencia jurídica.* II.2 *Abogacía y retórica.* II.3 *Ambigua deontología.*–III. ABOGACÍA Y MORAL PÚBLICA. III.1 *Abogacía y situación moral: rol público y estatus privado.* III.2 *Entre derecho y poder. Abogacía y esfera pública.*

I. ABOGACÍA Y TEORÍA DEL DERECHO

I.1 **Abogacía, iuspositivismo, y «moral amoralidad»**

El profesor de derecho –es decir, en la modernidad, un «científico» autoproclamado tal–, el legislador y el juez, son los protagonistas –los actores principales– de la serie de doctrinas iuspositivistas que se han subseguido, especialmente en el continente europeo, desde la época, o incluso –se podría afirmar– desde la epopeya de las grandes codificaciones. Por el contrario, sobre el abogado, Savigny, Ihering, Jellinek,

Kelsen y Hart –sólo por mencionar algunos de los nombres más ilustres de la tradición del pensamiento positivista–, no han dicho prácticamente nada. O, si han dicho algo, no han sido más que pocas, rápidas y descuidadas palabras.

Según la respectiva concepción del derecho es, ora el «científico» (como sucede en la obra de Savigny e Ihering), ora el legislador (como en el caso de Jellinek y, en buena medida, de Kelsen), ora el juez (como para Hart), el personaje central de la experiencia jurídica y de su correspondiente narrativa. Sin embargo, sobre el abogado se enmudece; un silencio que por lo general vale para la mayor parte de la producción moderna de teoría y filosofía del derecho, con poquísimas, loables excepciones.

La relación entre este silencio atronador y el dominante paradigma iuspositivista, salta a la vista. No vale contestarlo con la mención de algún nombre, si bien glorioso, como el de Karl Llewellyn (que en realidad es más bien «realista»). Es un hecho contrastable que tanto los «grandes» como la «masa» de los positivistas, no se han ocupado del abogado. La réplica a esta consideración, por lo general, es que en realidad tampoco se habrían ocupado del legislador ni del juez. Y que ello se entienda en el sentido de que la doctrina iuspositivista pasa por alto la conceptualización de los varios roles de operador jurídico y la reflexión sobre sus virtudes constitutivas, me parece bastante probado.

Con todo, se debe llegar a otra conclusión si se consideran las figuras del legislador y del juez no tanto como roles o figuras profesionales, sino como actividades, competencias o funciones *sistémicas* del ordenamiento jurídico. En efecto es éste, el *sistema*, el punto de vista que adopta el positivista. Desde tal punto de vista, la figura del juez se conceptualiza eminentemente como la situación o el «nivel» jerárquico del juzgar o del decidir sobre un determinado caso mediante una regla individual, y la figura del legislador como la posición –sistémica, obviamente– de la promulgación de una disposición general y soberana (la ley).

Ahora bien, no hay duda de que el concepto de derecho del iuspositivista se reduce a esta última función: su obsesión por «mandatos», «sanciones», «imperativos», «prescripciones», es de sobra conocida. En buena medida, para el positivista –que curiosamente en esto se encuentra muy cerca de concepciones románticas– entre razón y voluntad existe una divergencia insalvable, y es precisamente la voluntad de separación entre ambas facultades, la que toma la delantera. De este modo se repite a cada paso el lema de Hobbes: *auctoritas, non veritas, facit legem*.

Es el momento de la *decisión* lo que obsesiona a nuestro positivista: sin decisión, se dice, no hay derecho. Ahora bien, el abogado, a su pesar, *no decide nada*. Por lo tanto, es percibido como poco relevante, cuando no como irrelevante. Por consiguiente, en la geografía jurídica que propone el iuspositivista no hay lugar, no se hace visible, la figura del patrono. No se logra conferir a su actividad (en verdad ni siquiera

se intenta) función sistémica u ordenamental, con el resultado de que ésta acaba por desaparecer por completo del mapa de las situaciones jurídicas significativas. Si no me equivoco, en la primera edición de *Reine Rechtslehre*, de Hans Kelsen, y puede que también en la segunda, la palabra «abogado» no aparece ni siquiera una vez.

Por otra parte, como se ha mencionado, el positivismo jurídico, generalmente atento a distinguir –aunque no siempre a separar– entre derecho y moral, no tematiza la relación entre derecho y virtud. La virtud es, a su parecer, algo extrajurídico, extrasistémico, que escapa por lo tanto a la perspectiva ordenamental y estructural (y pretendidamente descriptiva) que éste asume como propia. Esto tiene la bastante obvia consecuencia de que cada deontología conectada a las profesiones y actividades jurídicas resulta externa a la investigación positivista. Pero tiene también otra consecuencia, puede que menos obvia.

El iuspositivista, rechazando o descuidando el vínculo entre derecho y virtud, llega a sostener, más o menos explícitamente, una específica y concreta doctrina deontológica. Grosso modo coincide con la doctrina conocida en el mundo anglosajón como «concepción estándar» o también como tesis de la «moral amoralidad»¹. Según esta tesis el abogado, al no ser titular de específicas obligaciones ulteriores respecto a las obligaciones jurídicas impuestas por el sistema, puede hacer legítimamente todo aquello que no le es prohibido por una norma de ley. Es precisamente la amoralidad del ámbito forense, dentro de los límites establecidos por la ley, lo que constituye la moralidad de este rol y de esta profesión. No se dirá, como se dice en la versión explícita de la tesis de la «moral amoralidad», que el abogado, precisamente por rechazar someterse a criterios extrasistémicos de moralidad, acaba por llevar a cabo un grado más alto de justicia en conjunto y a largo plazo.

El positivista no se atreve a incomodar a las abejas de Mandeville. Ni se defenderá abiertamente una visión dialéctica de la justicia procesal –según la cual es el conflicto, también áspero, incluso «mal intencionado», el que conduce a la única verdad disponible en el mundo jurídico–, que es aquella que resulta de la lucha entre las partes por la defensa de los propios intereses. La actitud del positivista jurídico es generalmente más prudente y fría: no le interesa entrar en el campo de batalla de las doctrinas y tesis deontológicas. Lo que sin embargo sabe y en lo que cree firmemente, es que existen sólo tres operadores deónticos, que éstos son reducibles fundamentalmente a la modalidad del mandato y que todo lo que no es así no forma parte del «sistema» y por lo tanto, a él, «científico», no le interesa.

El desinterés y la abstinencia deontológica se transforma casi en seguida en una actitud de tolerancia hacia todo aquello que, aunque discutible o reprobable moralmente, forme parte, de algún modo, de

¹ Vid. O'DAIR, *Texts and Materials of Legal Ethics*, London, Butterworths, 2001, capítulo V.

los parámetros establecidos positivamente por el ordenamiento. De este modo, ciertas veces se dirá que el punto de vista del abogado es aquel del «bad man», del hombre inmoral, y que eso forma parte del «juego» o de la práctica sistémica del derecho.

Sin embargo, con su permisividad de fondo, el positivista descuida un dato muy positivo: que en casi todos los sistemas positivos desarrollados, encontramos mecanismos de control deontológico de la conducta profesional de los operadores jurídicos y, en especial modo, de los abogados. Existen incluso –y en estos últimos años, en número creciente– *códigos* deontológicos adoptados por los varios organismos de autogobierno de la profesión legal. Mas de su consideración, no encontramos señal alguna en los clásicos de la literatura positivista.

1.2 *Excursus*: H. L. A. Hart, el punto de vista jurídico, y los abogados

Como es sabido, según H. L. A. Hart, el punto de vista jurídico es paradigmáticamente aquel asumido por el juez que emana una sentencia, relacionándola a la «gran norma» –por así decirlo– del ordenamiento jurídico dado, es decir, a su «norma de reconocimiento». El punto de vista jurídico tiene por objeto, exclusivamente, la validez de la regla o del criterio a aplicar en la sentencia y semejante validez es concebida en términos de pertenencia, de la pertenencia al sistema de reglas que es el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, esta pertenencia se tematiza y se resuelve como una cuestión genealógica, de *pedigree* (como dice, no sin ironía, el gran opositor de Hart, Ronald Dworkin). La validez de la regla pues, resultaría del hecho de que la regla o el criterio puedan ser reconducidos a una regla más fundamental y esencial. Para verificar y establecer la corrección de la decisión y, en cierto modo, del contenido mismo de ésta, se debe remontar hasta una norma válida y, en consecuencia, hasta la norma básica de la cual deriva la validez misma. El modelo de razonamiento acerca del caso por decidir y acerca de la validez, que es el criterio principal, no es en este caso muy diferente al del aquel propuesto por Hans Kelsen en su doctrina del *Stufenbau*, en sustancia igualmente deductivo, de la «construcción por escalones». El juicio sobre la validez, tanto para Hart como para Kelsen, no es la consideración del acierto o sensatez de un determinado estado de cosas o de un cierto criterio. Es más bien una afirmación, grosso modo, del tipo: esto es cuanto la «norma básica» permite o adscribe para el caso examinado. Una afirmación semejante comporta que el juez prescriba a otros sujetos el observar el resultado del juicio formulado en este modo.

En definitiva, el punto de vista jurídico sería equivalente a aquel que Hart llama, «punto de vista interno», una perspectiva desde la cual las normas son percibidas como vinculantes y productivas de

obligaciones para aquellos que las usan². Aún así, a pesar de que para Hart las normas se distinguen netamente de los mandamientos, éstas son vistas como dotadas de fuerza vinculante principalmente para algunos sujetos capaces de emanar mandamientos. Los destinatarios de las sentencias y de las decisiones de los otros operadores jurídicos y funcionarios públicos, el ciudadano común, juegan un papel del todo pasivo en ese contexto ya que no se encargan de verificar o de deliberar si una sentencia o una decisión está fundamentada por la norma de reconocimiento. Por consiguiente, la perspectiva del ciudadano (que es sustancialmente la del «*puzzled man*»)³, resulta totalmente marginal respecto al punto de vista jurídico en sentido estricto. De modo que esta perspectiva –la de aquellos que no son funcionarios del sistema jurídico– es concebida más bien como punto de vista «externo», puesto que en semejante contexto las normas no son consideradas tanto por su propia fuerza vinculante o por su propia capacidad justificativa de deliberaciones, cuanto por el hecho de que tienen ciertos efectos (positivos o negativos) sobre los intereses y la vida de los ciudadanos según cálculos de tipo prudencial y probabilístico⁴.

Pues bien, dentro de este marco –el trazado por Hart y que en cierto modo equivale al típico de la visión iuspositivista– resulta arduo además de embarazoso, encontrar un rol adecuado para el abogado. Para ser admitidos a compartir el punto de vista jurídico, éste debería ser considerado un funcionario público, una especie de juez. No obstante, esto choca contra dos posiciones asumidas por el abogado. Es ante todo el *representante del cliente*, aunque no lo sea sólo él y no lo sea de manera exclusiva y absoluta. Los argumentos del abogado son tales que, en línea de máximos, puedan ser propios del cliente y producidos por este último también en ausencia de la asistencia o de la mediación del legal. Se trata de enunciados acerca de los derechos, acerca de la exactitud o no de una pretensión y no tanto acerca de pruebas de paternidad respecto a una cierta norma, si bien sea de sumo grado jerárquico.

El abogado y el cliente asumen, obviamente, el ser vinculados por la «norma de reconocimiento» y el ser capaces y estar autorizados a enunciar ciertas proposiciones que son relevantes dentro de la esfera jurídica. Ambos –el del abogado y el del cliente– son de pleno derecho, «punto de vista jurídico», de modo que sus razones pueden y deben ser tomadas en consideración por la decisión del juez, formar parte de ella y estar referidas en ella. En gran medida, las razones del

² Acerca de todo ello, léase: H. L. A. HART, *The Concept of Law*, Second edition, Clarendon, Oxford, 1994, pp. 89 ss. [Trad. cast. de Genaro R. Carrió, *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968 (2.^a)].

³ *Vid. ibid.*, p. 40.

⁴ Sobre este punto me detengo más en detalle en: *The Hierarchical Model and Hart's Concept of Law* en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 93, 2007, pp. 82 ss.

juez son una reiteración de las razones del cliente y del abogado. Por otra parte, aún así, el abogado no manda nada a su cliente, ni al juez, ni a nadie absolutamente, no les dirige órdenes o prescripciones. Ni su evaluación acerca de la relevancia de la norma de reconocimiento para la causa en examen, se concreta o «precipita» en un juicio que pueda ser asumido sólo por el cliente y desde un punto de vista exclusivamente prudencial, por lo tanto –en la terminología de Hart– «externo». El abogado no puede decir, como abogado en el ejercicio de sus funciones, que una norma, aunque válida, se puede violar o soslayar. Ciertamente, no puede argumentarlo en el juicio delante del juez.

Sea como fuere, las razones del abogado y las de su cliente son equivalentes y se suman. En este sentido, la posición del abogado está muy lejos de ser la asumida por el juez y, especialmente, por el juez tal como lo configura Hart. No hay ninguna fractura jerárquica entre el abogado y el ciudadano común (que es su cliente): ellos comparten el mismo punto de vista. Sin embargo no es este el caso del juez, por lo menos en la construcción conceptual que nos ofrece el iusfilósofo británico. El juez es aquí el sujeto principal del punto de vista «interno» respecto al ordenamiento jurídico, mientras que el ciudadano común es relegado al margen por lo que se refiere al punto de vista («externo») de los que soportan y no hacen propias las normas jurídicas positivas⁵.

En esta reconstrucción, el abogado (que defiende y articula las razones del ciudadano común) parece ser expulsado, junto a su cliente, desde el recinto del punto de vista jurídico hacia la perspectiva, toda ella extrasistémica, del cálculo prudencial. Es propia de ambos la racionalidad del «bad man», de la cual habla el juez Holmes al arriesgarse a incluir al abogado en su informe, pretendidamente realista, de la práctica jurídica. En el caso de Hart, la conclusión es quizás todavía más triste. Puesto que para éste, a diferencia de Holmes, el «bad man», el hombre del punto de vista externo, es extraño al ámbito del derecho en sentido estricto, el abogado no tiene puesto alguno en el concepto de derecho. Resulta irremediabilmente incoherente, sino incluso hostil. De este modo, la figura del abogado se convierte también en un contexto reflexivo y moderado como es la *analytical jurisprudence* reformada de Hart, un sujeto sospechoso o como mínimo, ambiguo.

II. DERECHO, RETÓRICA Y DEONTOLOGÍA

II.1 «Doble» de la experiencia jurídica

La ambigüedad o la «doble» parece ser una cualidad o un vicio que aflige *ab origine* la entera experiencia jurídica. El derecho se

⁵ Cfr. *ibidem*.

estrecha, como territorio de acción humana, entre hechos que atienden o reclaman una calificación normativa y normas que ambicionan a transformarse en prácticas efectivas. Por un lado encontramos la facticidad o la eficacia, por otro la validez (que es valor e idealidad), y la una sin la otra resulta insuficiente, tergiversando así el sentido del derecho mismo y poniendo en juego su razón de ser. Por otra parte, el derecho es en un sentido del *discurso*, momento de audición recíproca, dialéctica, pero después y casi enseguida se hace *coacción*, ámbito en el cual unos constriñen a otros. Existe el sufrimiento de la pena –que es *violencia*– y el placer y la alegría del derecho cumplido –que es *justicia*–. Y ésta todavía permanece alerta, su ojo es penetrante, pero juzgando se venda y se hace ciega. Por un lado vigilante, por el otro ciega: con una mano empuña la espada, con la otra sostiene una balanza.

Tal doblez no puede no reflejarse en sujetos que del derecho hacen un oficio o una profesión. Ello vale tanto para el juez como para el abogado. El juez es aplicador, ejecutor, pero también productor de derecho. La función del juez, según Platón, no es «regia» y sin embargo el juez, como un rey, es –usando una fórmula medieval– *pater et filius iustitiae*. En griego antiguo, «Basileus» –rey– significa también juez y ésta es la acepción que usa Hesíodo. El rey de los judíos es ante todo un «juez». Y es propia del monarca medieval la doble competencia: *gubernaculum* (el ámbito de las prerrogativas incuestionables) *eiurisdictio* (el ámbito de la función judicial, hacer justicia, atribuir a cada uno lo que es suyo, reparar las ofensas)⁶.

Parece que con el estado de derecho, el juez sufra un rápido e irremediable retroceso: su papel no es otro que el de aplicar la ley: «bouche de la loi». Ninguna otra función le compete según la doctrina liberal de la separación de los poderes. Una eficaz presentación de semejante doctrina nos la aporta Alexis de Tocqueville el cual, ciertamente, no puede ser acusado de excesivas simpatías hacia la función legislativa.

Según el escritor francés, los rasgos del juez son esencialmente tres. El primero es la «terciaridad» o la «imparcialidad»: «El primer rasgo del poder judicial en todos los pueblos es el de servir de árbitro»⁷. Sucesivamente será destacada la «particularidad», o bien, lo concreto de la actividad judicial: «El segundo rasgo del poder judicial es el de pronunciarse sobre casos particulares y no sobre principios generales»⁸.

⁶ Sobre este punto, remito a mi libro *Il giudice, l'avvocato e il concetto di diritto*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2002, capítulo I. Consúltese también, M. LA TORRE, *Constitutionalism and Legal Reasoning*, Dordrecht, Springer, 2007, capítulos I y III. (traducción propia).

⁷ A. de TOCQUEVILLE, «De la Démocratie en Amérique», en A. de TOCQUEVILLE, *Oeuvres complètes*, edición de J. P. Mayer, Tomo I, 1, III ed., Paris, Gallimard, 1967, p. 99. [Trad. cast. de R. Viejo Viñas, *La democracia en América*, Madrid, Akal, 2007, p. 138].

⁸ *Ibidem*.

Finalmente, un tercer rasgo específico se individúa en la situación de pasividad en la cual se encuentra el juez: «El tercer rasgo del poder judicial es no poder intervenir más que cuando se recurre a él o, por emplear la expresión legal, cuando se apela a él [*saisie*]»⁹.

Estos tres rasgos (especialmente la «terciaridad» y la «pasividad») distinguen al juez, no sólo y no tanto del legislador y del político (del gobernante), sino sobre todo del abogado. Verdaderamente, el juez, aunque «sin acción» y a diferencia del abogado, *decide* y *manda*.

Dicho sea de paso, la recién sutil controversia entre el llamado positivismo jurídico «inclusivo» y el «exclusivo», puede reinterpretarse como una disputa en torno al papel paradigmático que debe ser conferido al juez como sujeto que eminentemente «decide». Para el positivismo jurídico «inclusivo» puede considerarse, por ciertos aspectos, una figura subordinada al derecho, ya que se considera que un eventual escape del razonamiento del juez hacia el campo del debate moral, puede ser integrado en la praxis del derecho en sentido estricto (que puede contingentemente contener en su norma fundamental criterios de naturaleza moral). Sin embargo, para el positivismo jurídico «exclusivo», la actividad judicial, más allá del recinto del derecho positivo, no encuentra límites que no estén epistémica y ontológicamente anclados en la esfera privada de la propia discrecionalidad.

La ambigüedad de la decisión judicial, que en otros casos se expresa en la tensión entre libre convencimiento y certeza de la prueba, aún así permanece. Pero todavía más extrema resulta la ambigüedad de la verdadera y propia «doble» del abogado. A éste se le pide ser, al mismo tiempo y con los mismos actos, «parte» y «órgano» del proceso (de la administración de la justicia). El abogado defiende los intereses de su cliente y sin embargo, *no todos los intereses* de éste en la causa. El abogado es una especie de «doble», de «sosias», del cliente: es su representante, su consejero y su patrono. Le debe «lealtad» (art. 88 c.p.c.), pero no puede ser su socio, ni su cómplice, ni su encubridor (recuérdense, por ejemplo, los artículos 378 y 379 del código penal italiano). No puede compartir sus intereses económicos (véase la difusa prohibición del pacto *de quota litis*). El abogado, aun siendo «parte», hace posible, asiste y prepara la labor y la decisión del juez y, por consiguiente, el funcionamiento de la máquina procesal.

Pero la doblez del papel del abogado tiene raíces más profundas o, más bien, se expresa ya en su misma palabra. Su discurso padece una ambigüedad puede que sin remedio. Y eso ocurre por la calidad misma de éste, por su naturaleza. El discurso forense es de hecho el ejemplo más evidente de un específico modo de proceder a través del lenguaje: es paradigmáticamente *retórico*.

⁹ *Ibidem*.

II. 2 Abogacía y retórica

Sobre el abogado, la tradición y la literatura no nos transmiten ciertamente una imagen límpida y positiva. «Desde Ammiano Marcelino hasta Anguis y Cormenin –constataba desolado Giuseppe Zanardelli en la segunda mitad del siglo XIX–, encontramos el retrato de nuestra profesión representado con las más repugnantes figuras por los escritores»¹⁰. En la cultura clásica pululan juicios terribles. Permítidme citar, por ejemplo, *Las Nubes* de Aristófanes: «*Razonamiento injusto*: - Pues bien, respóndeme: ¿de dónde salen los *synegoros* o abogados? *Razonamiento justo*: De entre los “culos anchos”»¹¹. O recordemos las palabras de Séneca: «Haec tot melia ad forum prima luce properantia, quam turpes lites, quanto turpides advocatos habent: [...] et corona pro mala causa stat bona patroni voce corrupta». (*De ira*, II, 7, III). O se recuerde también a Boezio que en la *Consolatio philosophiae* (IV, 3) parangona el abogado con un perro callejero. Y con la modernidad, los términos del juicio no parecen haber cambiado demasiado.

Hay un pasaje de *Los Miserables*, de Víctor Hugo, en el que abiertamente se hace eco del pasaje apenas citado del *De ira* de Séneca. Se trata también esta vez de una descripción del foro, de un tribunal y de la multitud de legales que se agita en torno a éste: «C'est toujours une chose qui serre le coeur de voir ces attroupements d'hommes vêtus de noir qui murmurent entre eux à voix basse sur le seuil des chambres de justice. El est rare que la charité et la pitié sortent de toutes ces paroles. Ce qui en sort de plus, souvent, ce sont des condamnations faites d'avance. Tous ces groupes semblent à l'observateur qui passe et qui rêve autant des ruches sombres, où des espèces d'esprit bourdonnant construisent en commun toutes sortes d'édifices ténébreux»¹². O pensemos en el juicio fulminante de Schopenhauer: «Der Arzt sieht den Menschen in seiner ganzen Schwäche; der Jurist in seiner ganzen Schlechtigkeit» (*Phelosophische Betrachtungen*, § 344a). Aquí el jurista es generalmente concebido como un sujeto moralmente en riesgo, ya que su mirada puede estar dirigida únicamente hacia pasiones, vicios y delitos.

En *Tam O'Shanter*, un poema de Robert Burns, el gran literato escocés de finales del siglo XVIII, encontramos de nuevo una ceñuda representación del mal entre los hombres. Hay un listado de una serie de objetos que simbolizan el horror: hachas herrumbrosas, lamas

¹⁰ G. ZANARDELLI, *L'avvocatura. Discorsi*, Milano, Società editrice «Unitas», 1920, p. 33 (traducción propia).

¹¹ Trad. it. de A. GRELLI, Milano, Rizzoli, 2001, p. 223. [Trad. cast. de F. P. Samaranch, *Platón, Aristófanes, Sócrates (apología de Sócrates, Critón y Las nubes)*, Barcelona, Ediciones Orbis, 1979, p. 136].

¹² V. HUGO, *Les misérables*, edición de Y. Gobin, vol. 1, Paris, Gallimard, 1995, p. 349 (première partie, VII, 7).

chorreantes de sangre, la jarretera usada para un infanticidio, el cuchillo con el cual el hijo ha degollado al padre. El listado continúa todavía en algunos versos que nos incumben más de cerca: «Three lawyers' tongues, turned inside out/ wi' lies, seemed like a beggars coot»¹³. En esta escena alucinada, a los cuchillos, a las hachas, a las cimitarras asesinas, se añade la lengua del abogado «envuelta de mentiras». Algo parecido dice Dumas en el *Conde de Montecristo*. Esta vez, sin embargo, el arma homicida no es la palabra hablada, sino aquella escrita: «J'ai toujours eu plus peur d'une plume, d'une bouteille d'encre et d'une feuille de papier que d'une épée ou d'un pistolet»¹⁴.

Ahora bien, se advertirá como el juicio negativo e incluso despreciativo sobre el abogado, se une o se acompaña generalmente por el registro de un elemento inmediatamente percibido como molesto y turbador. Para sus fechorías, los abogados se sirven de *palabras*, de *discursos*. Séneca señala la voz del patrono como fuente de corrupción, y Víctor Hugo compara las togas negras que se acopian en un tribunal con abejas de zumbido ensordecedor, «esprits bourdonnants». Es el ruido, que causan sus palabras, la labia, el estrépito y la confusión que se derivan, lo que caracteriza a los abogados. A tal propósito es significativo el juicio de Napoleón: «ce tas de bavards, artisans de révolutions, et qui ne sont inspirés presque tous que par le crime et la corruption». Aquí, la primera nota despreciativa a la que sigue el resto, se refiere precisamente a la labia: «ce tas de bavards», «ese montón de lenguaraces». En *La Celestina*, Fernando de Rojas no expresa una mejor opinión: «Es necesario que el procurador ponga de su casa algún trabajo, algunas fingidas razones, algunos sofisticos actos»¹⁵. Por todo ello, se puede avanzar la plausible hipótesis de que sea su relación con la elocuencia, con la retórica, con un discurso que falsea y tergiversa, es decir, con la simulación o la *ficción de la razón*, lo que da a la actividad forense esa imagen para nada positiva que se encuentra, todavía hoy, tan extendida en el imaginario colectivo.

Este vínculo con la retórica parece difícil de aceptar. De manera que se podría sostener que el rétor no es denigrado por su asistencia asidua a los tribunales, sino que se trata de lo contrario: es el abogado quien ve perder su prestigio en el momento en el que se identifica demasiado con el orador. Esta hipótesis me parece plausible y señala cuán poco aceptada esté, en nuestra historia y en la evolución del pensamiento occidental, la específica práctica discursiva que se conoce

¹³ Cfr. R. H. S. Tur, «An Introduction to Lawyers' Ethics, in *Journal of Professional Legal Education*, 10, 2, 1992, p. 218.

¹⁴ A. DUMAS, *Le Comte de Monte-Cristo*, vol. 1, Paris, Pocket, 1998, p. 66. Para una culta y aguda discusión sobre la reputación moral del abogado en la historia de la literatura moderna, léase M. Friedlaender, *Rechtsanwälte und Anwaltsprobleme in der schönen Literatur*, Essen, Juristischer Fachbuchverlag, 1979.

¹⁵ F. DE ROJAS, *La Celestina*, Madrid, El País, 2004, p. 77.

precisamente con el nombre de «retórica». El recelo hacia ésta en la modernidad, se convierte en rechazo y desdén casi absoluto. Baste a comprobarlo la condena sin apostillas de Kant: «[...] la oratoria (*ars oratoria*), como arte de emplear las debilidades de los hombres al servicio de la propias intenciones [...] no es digna de ningún *respeto*». (*Critica del juicio*, párrafo 53)¹⁶.

Pese a todo, es una tensión y un hecho conocido desde la antigüedad y del cual existe un documento de gran relevancia e inteligencia en la literatura latina. Me refiero al *De oratore* de Cicerón. En esta obra aparece bien tematizada la fractura entre retórica –práctica dirigida a la persuasión– y filosofía –discurso que versa sobre la verdad–, una fractura que en gran medida es obra, como bien sabemos, de la potente teoría platónica.

La de Cicerón constituye una bien articulada respuesta al formidable ataque de Platón –se me permita darlo por sabido¹⁷–. En primer lugar, al corroborar en cierta medida y al replicar al mismo tiempo, la observación en la que Platón afirma sobre el juez que éste no desempeña una función «regia» (*Político*, 305C), cuando en cambio reivindica como «regia» la actividad forense y la misión del abogado. ¿Hay algo más noble que hacerse paladín de los débiles y de los oprimidos? Esto es lo que pone en boca de Craso en el primer libro del *De oratore*: «¿Qué hay tan propio de *reyes*, tan digno de un hombre libre, tan generoso como el ayudar a los suplicantes, levantar a los abatidos, salvar vidas [...]?»¹⁸ La verdad como tal no tiene la capacidad de fijarse en las mentes de la mayoría y también ella necesita defenderse. «Sócrates –subraya Cicerón– fue condenado por la sola culpa de estar privo del arte de oratoria»¹⁹.

Aún así, es verdad –se dice más adelante– que el rétor o el orador deben, para persuadir, suscitar las pasiones del auditorio. Es cierto que ellos aspiran más a la eficacia que a la verdad de sus discursos. Y sin embargo, la eficacia de su acción depende de la capacidad de referirse a aquello que efectivamente es la sustancia y la base de las emociones que se intentan suscitar y dirigir a los propios fines. «Me pregunto –dice Craso en el *De oratore*– si es posible pronunciar un discurso que inflame o aplaque sentimientos y pasiones –privilegio principal del orador– sin un estudio en profundidad de todas las teorías psicológicas y éticas desarrolladas por los filósofos»²⁰. Por lo tanto, la verdad

¹⁶ I. KANT, *Critica del giudizio*, trad. it. de A. GARGIULO, III ed., Bari, Laterza, 1949, p. 191. [Trad. cast. de M. García Morente, *Critica del juicio*, Madrid, Austral, 1999, p. 288].

¹⁷ Se encuentra bien resumido en A. Plebe, *Breve storia della retorica antica*, Bari, Laterza, 1968, pp. 35 ss.

¹⁸ M. T. CICERONE, *Dell' oratore*, con un ensayo introductivo de E. NARDUCCI, IV ed., Milano, Rizzoli, 1997, p. 141. La cursiva es mía. [Trad. cast. de J. J. Iso, *Sobre el orador*, Madrid, Biblioteca Gredos, 2002, p. 99].

¹⁹ *Ibidem*, p. 277 en el original. Traducción propia.

²⁰ *Ibidem*, p. 161 en el original. Traducción propia.

acerca de vicios y virtudes y acerca del carácter del propio auditorio, no podrá ser extraña al orador.

Pero el argumento decisivo es el siguiente. Cada discurso –afirma Cicerón– es de algún modo un ejercicio retórico ya que, generalmente, al conversar se pretende convencer al interlocutor y por lo tanto, en un cierto sentido, orientar su conducta. «Cualquier argumento objeto de investigación y debate se discute del mismo modo, ya se trate de consultas abstractas, ya de causas políticas o judiciares»²¹. No existe ninguna diferencia esencial entre la manera de proceder, de mostrarse y de mirar a la convicción de los otros, entre un discurso teórico (o incluso filosófico) que vierte sobre la verdad y un discurso práctico o forense, el objetivo del cual es la condena o la absolución de un imputado. Los dos participan de una misma naturaleza a la cual es intrínseco el aspecto retórico. Articulando de nuevo esta idea, Agustín, en el *De Magistro*, algún siglo más tarde, dirá que el fin principal de la palabra es la «enseñanza», que la función central del discurso es *docere*.

No obstante, a partir del diálogo ciceroniano, se deducen tres puntos que en verdad no serán nunca impugnados por el arpinate: (I) Ante todo se sostiene que la retórica se refiere al elemento pasional, y no al racional, del alma humana. «¿Quién ignora que el mayor poder de un orador consiste ya en incitar el ánimo a sus oyentes a la ira, al odio, ya en hacerlos volver de estas pasiones a la mansedumbre y compasión?»²² Esto, sin embargo, indica un carácter manipulador insuperable. Instando a la parte irracional del alma, la retórica escapa al control de quien la padece y, por lo tanto, emerge como técnica manipuladora. El rétor –si eficaz– puede llevar a su auditorio a creer y a escuchar lo que desee y tal como desee. La instrumentalización de semejante posición es evidente: la racionalidad que la presupone, no es tanto el *logos* racionante, cuanto la *metis* seductora –una razón de carácter inferior que, algunas veces, en la tradición clásica, equivale incluso a la violencia, a una fuerza coactiva que anula la voluntad y la autonomía de quien la padece–²³.

La *metis* es también engaño, simulación y disimulación; y de esto se alimenta también la actividad del rétor. «Si consigue aparecer tal como desea mostrarse [*si vero adsequitur, ut talis videatur, qualem se videri velit*] –dice Antonio en el *De oratore*– e influye el alma de los oyentes hasta el punto de conducirlos donde le plazca [*et animos eorum ita deficiat apud quos aget, ut eos quocumque velit vel trahere vel rupere possit*], seguro que no necesita ninguna otra cosa para ser un orador [*nihil profecto praetera ad dicendum requireret*]»²⁴.

²¹ *Ibidem*, p. 651 en el original. Traducción propia.

²² *Ibidem*, p. 157. [*Ibidem*, p.110].

²³ Cfr. E. CANTARELLA, *Itaca. Eroi, donne, potere tra vendetta y diritto*, III ed., Milano, Feltrinelli, 2007, pp. 106-107.

²⁴ M. T. CICERONE, *Dell'oratore*, trad. it. cit., p. 423. Traducción propia.

(II) Cicerón parece compartir o aceptar que la retórica no es un arte en sentido estricto, es decir, una serie organizada de conocimientos. Pero sobre todo, mientras que la verdad es una, el orador depende ora de una tesis (de un interés), ora de otra tesis (de otro interés), siendo este último opuesto e irreconciliable también al primero. La elocuencia, por consiguiente, no se ocupa de la verdad y, en buena medida, se funda sobre la mentira. En el *De oratore*, Antonio es explícito al respecto: «Nosotros hablamos delante de gente que ignora y hablamos de cosas que nosotros mismos ignoramos. De este modo sucede que los que nos escuchan tengan en ocasiones diferentes, sentimientos y opiniones diversas sobre una misma cuestión y que nosotros, a menudo, sostengamos causas contrarias. No sólo puede suceder que Craso hable contra mí, o yo contra él, lo que implica que uno de los dos sostiene una tesis equivocada; sino que ambos, en ocasiones diversas, sostengamos tesis diversas sobre una misma cuestión, mientras que la verdad no puede ser más que una [*cum plus uno verum esse non possit*]»²⁵. Una actividad semejante, así pues, efectuada por y para ignorantes, y que va a la caza de las opiniones y a menudo de los errores de los hombres, resulta estar fundada sobre la mentira; se debe afirmar que es materia impregnada de falsedad, «*quae mendacio mixta sit*»²⁶.

(III) En definitiva, no puede negarse que la retórica sea «artificio» y engaño, teniendo en cuenta –como se ha visto– que el rétor, en cierta medida, se disfraza ante el auditorio y tiende a hacerse ver y percibir como él quiere ser visto y percibido –«*ut talis videtur, qualem se videre velit*». El buen orador es aquel que presenta su discurso «de modo que el auditorio no advierta el artificio»²⁷. Por lo demás, ¿no dice Cicerón en otro lugar que «nada es tan increíble que no se haga probable mediante el decir [*sed nihil est tam incredibile, quod non dicendo fiat probabile*]?»²⁸

Se puede entonces dudar de que Cicerón es capaz de operar una rehabilitación sin hesitaciones e incongruencias de la actividad retórica y forense. Una tentativa más decidida y orgánica –la última en verdad de la época clásica– es la de Quintiliano, articulada en su poderosa *Institutio oratoria*. Quintiliano cree poder obtener la rehabilitación del rétor mediante dos pasos principales; a) El primero es aquel de subrayar que la retórica se da en el campo de lo verosímil, de manera que el hecho de que haya controversia y de que el mismo sujeto pueda en ocasiones distintas pero similares defender tesis contrapuestas, tiene que ver con la movilidad del grado de verosimilitud de las tesis

²⁵ *Ibidem*, p. 323 en el original. Traducción propia.

²⁶ *Ibidem*, p. 322 en el original. Traducción propia.

²⁷ *Ibidem*, p. 423 en el original. Traducción propia.

²⁸ M. T. CICERONE, *I paradossi degli Stoici*, introducción, traducción y notas de Renato Badali, Milano, Rizzoli, 2003, p. 53 (Proemio, 3). [Trad. cast. de J. Pimentel Álvarez, *Las paradojas de los estoicos*, México D. F., UNAM, 2000].

sostenidas. b) Quintiliano reivindica con fuerza el carácter de «arte» o conocimiento de la retórica. «[...] el arte es la capacidad de llevar a cabo algo con método, es decir con orden [...], y entonces nadie pondrá en duda que hay, en todo caso, un método y un orden en el bien decir [...]»²⁹.

c) Pero la estrategia principal es otra: Quintiliano niega que la oratoria o la retórica tengan como finalidad específica la persuasión. Así que nos ofrece una definición que tiene un inmediato efecto moralizante: la retórica es *la ciencia del hablar bien*. «Huic eius substantiae maxime conveniet finitio “rhetoricen esse bene dicendi scientiam”»³⁰. De modo que el escritor latino se atreve a afirmar incluso que «allá donde la causa no es justa, no hay retórica»³¹.

Sin embargo, también en el caso de Quintiliano, tal como sucede con Cicerón, podemos preguntarnos si la labor de rehabilitación es eficaz y sin grietas. Pues bien, ni siquiera el *Institutio oratoria* escapa a la ambigüedad de la retórica y, en especial modo, de la retórica forense. «Quien hace una arenga quiere vencer la causa pero cuando ha hablado bien, ha realizado, de todos modos, la esencia del arte retórico»³².

Pero, ¿cuándo se ocasiona el «hablar bien» del rétor y cómo se puede excluir que no es el efecto o la eficacia de su conducta lo que nos lo revela? Pues bien, Quintiliano deja en el aire este punto decisivo y la única cosa que sabe decirnos es que «cada orador entenderá cuando habla bien»³³. De hecho, «su arte [...] reside en la acción, no en la realización de algo concreto». Lo cual, pese a todo, significa que –y Quintiliano no evade esta conclusión–, aunque su arte resida en la acción del decir y no en su finalidad, el orador poseerá también, en sí mismo, su arte cuando no hable, de manera que el modo más adecuado para conceptualizar la «*techne*» retórica se convierte –sostiene– en la simple especulación teórica. «Nam et potest aliquando ipse per inspectione esse contenta»³⁴. De este modo, para salvar el carácter virtuoso de la retórica, se transforma de saber práctico en saber teórico e, incluso, en algo muy contiguo a la indagación filosófica, separándola del foro y de las asambleas públicas y aceptando su transformación en estudio y en enseñanza privada³⁵. Es, en cierto sentido, como si la retórica se convirtiera exclusivamente en metarretórica.

²⁹ QUINTILIANO, *La formazione dell'oratore*, traducción y notas de S. Corsi, vol. 1, Milano, Rizzoli, 1997, p. 413 [Trad. cast. de A. Ortega Carmona, *Sobre la formación del orador*, Salamanca, Universidad Pontificia de Salamanca, 1997, p. 291].

³⁰ *Ibidem*, p. 268.

³¹ *Ibidem*, p. 287.

³² *Ibidem*, p. 286.

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ibidem*, p. 292.

³⁵ *Vid. ibidem*, II, 18, IV.

Dejando de lado este resultado quietista –que refleja la situación política del Principado y, puede que todavía más, la condición existencial misma de Quintiliano, maestro y teórico, más que práctico, de retórica–, el escritor latino, al celebrar el placer del hacer retórica, no puede celar la complacencia propia del rétor y del abogado de ser capaz y de lograr «in quae velit ducere», conducir allá donde se quiere el propio auditorio³⁶. El artificio, la seducción, la manipulación, sobre todo la sensación de poder disponer a su propia voluntad de la opinión y de la voluntad del público, son *el verdadero placer* del orador y del abogado. En esta felicidad propia del «hablar bien», la «causa justa», la moral, no juegan papel alguno.

II.3 Ambigua deontología

La ambigüedad del discurso y de la función del abogado, encuentran, uno a uno, admisión explícita en las reglas y en los códigos deontológicos de la actividad forense. Éstos padecen, permanente y extensamente, contradicciones y, a menudo, verdaderas antinomias. Tómese como ejemplo el caso del *Código de deontología de los abogados de la Comunidad europea* de 1989. En el preámbulo al canon 1. 1. –que lleva por título «la misión de los abogados»–, leemos lo que sigue: «Su misión le impone deberes y obligaciones múltiples, algunas veces con apariencia contradictoria, con respecto a los clientes, los tribunales [...], la profesión en general [...], la sociedad». De modo que nos encontramos frente a un código –un instrumento que en general está pensado y es usado para evitar contradicciones normativas así como antinomias en la regulación de una determinada materia– que asume de manera programática que las disposiciones en éste contenidas prevén «obligaciones en parte contradictorias».

Léase también el preámbulo de *American Bar Association's Model Rules of Professional Conduct*. Tropezamos de nuevo con una configuración de la abogacía en la que se superponen y se contraponen roles distintos y a la vez difícilmente conciliables. «A lawyer is a representative of clients, an officer of the legal system and a public citizen having a special responsibility for the quality of justice». Así pues, el abogado es presentado como la suma de tres figuras no precisamente congruentes entre ellas: es el representante de la parte, el mandatario del cliente, es un funcionario del sistema jurídico y es, además, un ciudadano común, aunque investido de una específica responsabilidad para la calidad de la administración judicial. No obstante en el *American Bar Association's Code of Professional Responsibility*, elegido por la *American Bar Association* en agosto de 1969, se afirma sin vacilaciones que las obligaciones del abogado hacia el cliente y hacia el ordenamiento jurídico son las *mismas* y que,

³⁶ Vid. *ibidem* II, 16, XVIII.

por lo tanto, no ha de haber entre ellos posibilidad alguna de contradicción. «The duty of a lawyer to his client and his duty to the legal system are the same: to represent his client zealously within the bounds of law».

En realidad –como se ha visto–, la pluralidad de funciones es constitutiva a la figura del abogado que oscila, esencialmente, entre el polo comunitarista y moralista del órgano de justicia y el polo individualista y amoralista del representante y defensor de los intereses de la parte. Obviamente, mucho depende de la configuración institucional del ordenamiento en cuestión. Dicho en pocas palabras, la alternativa se pone entre sistemas procesales «coordinados» (por usar la terminología de Mirjan Damaska)³⁷ y ordenamientos «jerárquicos», según que el juez se presente tendencialmente como un árbitro entre las partes o como un delegado y un funcionario del soberano encargado de cumplir los fines del Estado y de instruir el proceso. En un caso (que coincide por lo general con los sistemas jurídicos anglosajones), el abogado será más bien un representante de los intereses de la parte; en el otro caso (bien ejemplificado en el derecho europeo continental), la tendencia es, sin embargo, aquella de hacer del abogado un órgano de la administración de la justicia. Este hecho es proclamado, por ejemplo, en el Preámbulo de los *Grundsätze des anwaltlichen Standrechts* de la Alemania Federal que en el primer apartado dice cuanto sigue: «Der Rechtsanwalt ist ein unabhängiges Organ der Rechtspflege. Er ist der berufene unabhängige Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten. Er übt einen freien Beruf aus. Seine Tätigkeit ist kein Gewerbe». Como se puede ver, tampoco esta disposición esquiva la ambigüedad. De hecho la radicaliza, en cuanto la abogacía es proclamada en un primer momento «Organ der Rechtspflege» –órgano de la administración de la justicia– y más adelante pasa a ser configurada como asistencia y representación de la parte («Berater und Vertreter»), y finalmente, es declarada una «libre profesión», no un oficio («kein Gewerbe»), que se ejerce a sueldo ajeno.

La permanente pluralidad e incongruencia de roles y criterios correspondientes de conducta es también explícita en el *Código deontológico español* de 2002, en el preámbulo del cual se lee que las reglas de la deontología del abogado deben «satisfacer los inalienables derechos del cliente, pero respetando también la defensa y consolidación de los valores superiores en los que se asienta la sociedad y la propia condición humana». Se manifiesta aquí la encrucijada de valores éticos diferentes ante los cuales se pone el abogado en el ejercicio de sus funciones, el cual, de hecho, por un lado es portador o defensor de intereses estrechamente individuales y por el otro, tiene el deber de

³⁷ Vid. M. R. DAMASKA, *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*, New Haven, Conn., Yale University Press, 1986, capítulos I y II.

asegurar el bien colectivo de la vigencia del derecho y del ordenamiento público.

De condición similar es el artículo I, que trata de la esencia del deber profesional, del *Código de Ética Profesional de la Barra Mexicana*: «El abogado ha de tener presente que es un servidor del Derecho y un coadyuvante de la justicia; y que la esencia de su deber profesional es defender diligentemente, y con estricto apego a las normas morales, los derechos de su cliente». Una vez más, el abogado es concebido y tratado al mismo tiempo como un funcionario de justicia y un ejecutor de la ley, y también como el promotor de los intereses del cliente, e incluso se le considera vinculado rígidamente («con estricto apego») a los principios morales, así como a las normas del ordenamiento jurídico positivo. A tal propósito me parece significativa la *Ethical Consideration 9-2* del *Code of Professional Responsibility* estadounidense anteriormente citado. En ésta leemos: «Public confidence in law and lawyers may be eroded by irresponsible or improper conduct of a lawyer. On occasion, ethical conduct of a lawyer may appear to laymen to be unethical». O sea, se afirma que, eventualmente, el respeto de las reglas deontológicas podrá parecer amoral si la conducta en cuestión se mide con el metro de la moral común. El comportamiento lícito del abogado, se advierte, podrá resultar ilícito al hombre de la calle, anticipando por lo tanto la ruta de colisión entre la moral de rol y los principios éticos generalmente adoptados por la ciudadanía.

La literatura tratadista al respecto, no se aleja demasiado de este esquema y del registro de la «doble» de la misión. Leánse por ejemplo las prescripciones deontológicas dictadas por San Alfonso de Ligorio. El abogado peca, dice el Santo, «si revela a la parte adversa los secretos de su patrocinado, siempre que (algunos limitan) de lo contrario la otra parte no sufriera injustamente grave daño; pero esta limitación no es admitida por otros, como Santo Tomás. Peca, [...] si se sirve de excusas o delaciones incompetentes. Dicen no obstante, acerca de esto, Sánchez, Silvio, Armella, Covarruvias, Tabierna, etc., que si su causa es manifiestamente justa, con tal que no alegue ningún hecho falso, bien puede servirse de excusas (mejor decir de imploradas delaciones) para obviar las injustas excusas del adversario; cita también a Santo Tomás, el cual dice así: *Advocato licet prudenter occultare ea quibus impediiri posset processus eius*»³⁸.

Esta página de teología moral barroca no se encuentra, propiamente, tan lejana de las más recientes y laicas consideraciones deontológicas. El abogado, escribe Ettore Randazzo, penalista y Presidente de la

³⁸ A. DE LIGUORI, *Degli obblighi de' giudici, avvocati, accusatori e rei*, edición de N. Fasullo, Palermo, Sellerio, 1999, pp. 47-48. [Trad. cast: *Compendio de la teología moral. I; con notas y disertaciones por José Frassinetti; aumentado con varios apéndices por el Ldo. Ramón María García Abad*, Madrid, Librería Católica de Gregorio del Amo, 1889.]. (Traducción propia).

Unión de las Cámaras Penales Italianas, «tiene el deber de valorar los elementos a él favorables también en el caso de que no marchen en dirección a la verdad de los hechos»³⁹. Aquí se afirma que el abogado no puede dar en un juicio pruebas falsas o «pedir la ejecución en juicio de testimonios de los cuales se conozca la falsedad»⁴⁰. Sin embargo, puede evocar ante la corte una narrativa falsa y asimismo puede, pese a eso, con pruebas no falsas y testigos fiables, representar y sugerir como verdadera, una historia y una versión de los hechos en la cual no cree y que sabe ciertamente falsa. Respecto a la obligación deontológica de verdad, se afirma: «otra cosa es, aún así, el uso de textos o documentos verdaderos (o al menos de los cuales el abogado no conozca la falsedad) en apoyo de una reconstrucción de los hechos que se sabe falsa. El abogado, ciertamente, está obligado a valorizar todos los elementos que el caso judicial ofrece al cliente»⁴¹. De modo que —se podría concluir, no sin una cierta amargura—, la ambigüedad del rol transpira ya en la misma palabra pronunciada en el cumplimiento de éste y las antiguas sospechas hacia el discurso retórico y forense no parecen del todo injustificadas.

III. ABOGACÍA Y MORAL PÚBLICA

III.1 Abogacía y situación moral: rol público y estatus privado

Tal como se ha visto y como emerge de su tratamiento deontológico, la situación del abogado resulta muy intrincada, en particular por lo que se refiere al punto de vista moral. De hecho, no puede afirmarse que la conducta del abogado esté gobernada por completo por la moral privada. Éste recubre, *malgré tout*, un rol público y debe desarrollar una función institucional, una función sin la cual una determinada institución pública no podría funcionar: el proceso. No obstante, su función no es *del todo* pública, en el sentido de que no está directamente orientada a un bien colectivo. El abogado defiende —no los derechos de la *res publica*, considerada abstractamente, o los derechos de la administración de la justicia—, sino solamente los derechos *de su cliente*. (Y si fuese de otro modo, si defendiese derechos e intereses contrapuestos con los del cliente, incurriría no sólo en un grave inconveniente moral, sino también en una violación de sus deberes profesionales).

En este caso, en cualidad de patrono, podría decirse, la moral del abogado no es ya la de un sujeto que ocupa un rol público, sino que es, grosso modo, equivalente a la del sujeto privado que éste defiende.

³⁹ E. RANDAZZO, *L'avvocato e la verità*, Palermo, Sellerio, 2003, p. 76.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Ibidem*.

Ahora bien, la característica de la moral pública es individuada a menudo en su insularidad respecto a la moral privada: aquello que nos parece justo o bueno hacer como simples individuos, no nos sugeriría inmediatamente (y puede que ni siquiera mediatamente) lo que nos parece justo o bueno hacer como sujetos públicos. En esta última cualidad, determinadas limitaciones o restricciones de la moral privada parecen ser eludibles o completamente inválidas e impropias; y en cambio, obligaciones de otro tenor, nos serían impuestas. Se suele afirmar que el hombre público, más que el sujeto privado, está guiado por consideraciones consecuencialistas –el *Erfolgsethik* de Max Weber–, por lo que el fin podría justificar los medios, y es por lo tanto eximido del acatamiento de exigentes criterios deontológicos.

Y sin embargo, esa menor responsabilidad deontológica se compensa, se dice, con un requisito de mayor exigencia por lo que se refiere a la imparcialidad: el hombre público debe actuar para satisfacer necesidades públicas, no intereses privados⁴². Las consecuencias respecto a las que es responsable y que le aportan el criterio de conducta, no son aquellas que atañen a sus intereses personales, sino las que responden al bien, a la felicidad y a las preferencias de la colectividad o del mayor número de ciudadanos. Pues bien, el abogado parecería contraponerse frontalmente a semejante configuración del vínculo entre moral privada y moral pública. Tal como hemos dicho, es una especie de «hombre público», incluso de «político» o *statesman* (como lo define generosamente Anthony Kronman)⁴³, porque cumple un deber específico y necesario para el funcionamiento de una institución pública (el proceso, la administración de la justicia) y, más en general, de la comunidad política que como tal no puede prescindir del derecho y de su dialéctica. Pero, al mismo tiempo, es portador de «intereses» (*melius*, derechos) intensamente *privados*: los de un individuo muy concreto, su cliente, por un caso específico, la *causa*. Por lo tanto, para el abogado, por un lado parece valer la reducción del cuadro deontológico de obligaciones respecto a las reglas de la conducta profesional, a favor de consideraciones consecuencialistas que es, por lo general, «debido» al «hombre público». Aquí, con todo, las consideraciones consecuencialistas coinciden en gran medida con el éxito de las solicitudes procesales del cliente; serían completamente privadas, en absoluto vinculadas con el bien colectivo. No se le aplicaría por lo tanto el requisito de apremiante imparcialidad (la orientación al bien público o a la felicidad del mayor número) que en la situación del hombre público, se afirma como resultado de la irresponsabilidad deontológica de éste.

⁴² Vid. T. NAGEL, *Ruthlessness in Public Life*, en Th. Nagel, *Mortal Questions*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979, capítulo VI.

⁴³ Vid. A. KRONMAN, *The Lost Lawyer: Falling Ideals of the Legal Profession*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1995, *passim*.

La conclusión pues, parece paradójica: en el caso del abogado se tiene que ver con un «hombre público» que está sujeto a menores obligaciones que el sujeto privado al cual defiende y que además, respecto al «hombre público», digamos típico o normal (el «político» verdadero), goza de mayores inmunidades deontológicas. De este modo, tendríamos enfrente a un sujeto que dispondría de una irresponsabilidad moral sin igual: un verdadero ser «excepcional», puede que también un «monstruo», desde el punto de vista de la ética, tanto privada como pública. Los únicos criterios aplicables, serían aquellos que derivan del rol que desempeña, el cual, sin embargo, en este punto y en la configuración que nos da la teoría del derecho dominante (el iuspositivismo), se hace tan evanescente que no se deja distinguir deontológicamente de la situación del sujeto privado posiblemente implicado en un procedimiento judicial o en una transacción jurídica. Curiosamente, el supuesto rol público del abogado en esta perspectiva coincide con la extinción del mismo rol público y con la sustitución de éste por un estatus completamente privado.

III.2 Entre derecho y poder. Abogacía y esfera pública

Se podría asimismo sostener que la ambigüedad que padece el rol del abogado se produce cuando la distinción entre derecho y poder no se toma muy en serio y el uno traspasa, demasiado fácilmente, la frontera del otro. Al no existir una verdadera distinción no puede darse una inequívoca diferenciación de los respectivos roles. Sin embargo, aun tomando en serio la distinción entre derecho y poder, la relación entre éstos es todavía poco clara y fundamentalmente equívoca. En tal caso, de hecho (I), el poder es un ejecutor del derecho, o bien (II), el derecho es un controlador del poder⁴⁴. Permanece aquí, de todos modos, una cierta supremacía del derecho sobre el poder que nos lleva a concluir que la distinción y el vínculo entre ambos, sirve para ratificar de modo tendencial, la mayor dignidad de uno –el derecho– sobre el otro –el poder–. Si distinguimos y separamos el derecho del poder es porque creemos que este último no es capaz de encontrar en sí mismo la propia norma y, por lo tanto, necesita un criterio y un límite externo. Por otra parte, si otorgamos valor al derecho como ámbito específico de experiencia, significa que creemos que no puede reconducirse fenomenológicamente a aquello que constituye en cambio la esencia del poder: la fuerza y la decisión también sin razón. El derecho adquiere un sentido propio si logra ser algo diferente a la fuerza y si es capaz de aportar una razón vinculante a la decisión, convirtiéndola, consecuentemente, en una experiencia diferente: la deliberación y el juicio.

⁴⁴ Léase H. ARENDT, «The Great Tradition. I. Law and Power», en *Social Research*, vol. 74, 2007, p. 713.

Desde tal perspectiva, si puede concederse o admitirse que el juez puede todavía, al menos de hecho, manifestarse en la forma del poder (de una decisión «discrecional» o también *sin razón pública*), no puede suponerse que se permita lo mismo al abogado, el cual no emite decisiones sino que debe avanzar siempre y proponer razones, aunque sean «fingidas» (como dice la *Celestina*). Si el juez –haciéndose violencia– puede prescindir del recurso a razones y proceder de manera totalmente discrecional, no se consiente lo mismo al abogado, la causa del cual, para ser legítima y tener probabilidades de éxito, debe siempre presentarse como causa «justa». En este sentido, el abogado no puede atribuirse «discrecionalidad»: sorprendentemente, su actividad resulta así mucho más «pública» que la del juez, pues debe justificarse explícitamente mediante argumentos públicamente aceptables y verosímiles.

Si éste es el cuadro de la dialéctica entre juez y abogado, o si puede tan plausiblemente representarse de este modo, el rol más propio del derecho o la función en la cual el derecho mayormente se expresa, no sería tanto aquella pretendida o aparentemente toda pública del juez, sino más bien, la del abogado, que por lo general se encuentra en tanguillas y a caballo entre lo público y lo privado. Desde esta óptica, el último recupera su valencia pública, es operador *jurídico* por excelencia, es actor que opera con razones plenamente jurídicas, sin renegar, con todo, de su dimensión «privada» (es portador de pretensiones y de derechos de individuos o grupos particulares) y, por otro lado, sin sustraerse al dominio de la regla y de la ética general, garantizada por la dimensión y defendibilidad pública de su argumentación.

Recepción: 31/3/2008. Aceptación: 10/12/2008.