

LA ABOGACÍA Y LA DEFENSA DE LOS DERECHOS

Por Alberto Binder

(publicado en Jurisprudencia Argentina y reproducido en el blog Sin Corrupción)

Se pone de moda, cada tanto, el embate contra los abogados que defienden a cierta clase de imputados. Se considera aborrecible la defensa de corruptos, poderosos o antaño poderosos, narcotraficantes, violadores de niños, mafiosos traficantes de personas, homicidas de ancianos indefensos, etc. y se pretende excluirlos de las funciones públicas (como cuando se impide que aspiren a cargos judiciales quienes han defendido a narcotraficantes) o se genera alguna inhabilidad para la docencia (como la reciente resolución de una universidad nacional de nuestro país que pretendía sentar la regla de que quien defendía violadores no podía enseñar derecho) o se utilizan otras formas más brutales de hostigamiento que pueden llegar a la prisión o la muerte (también el Terrorismo de Estado se ensañó con los abogados que defendían “subversivos”). Ciertamente cada sector tiene un tema o una persona que le parece inadmisibles

Se apela a una fórmula simple: ¿No cree usted que esta persona es lo suficientemente mala y este caso lo suficientemente espantoso como para que un abogado como usted lo defienda? Personalizo así la pregunta porque allí ya está parte del problema: generalmente el personaje que promueve el dilema ético no es un abogado cualquiera, de esos que transitan de un modo gris los tribunales; se trata de un abogado que tiene algo de especial, que es conocido, capaz técnicamente o que influye en otro ámbito, es decir, un abogado con algún lustre público o con un compromiso mayor con el tipo de causas que se repudia y que, por alguna circunstancia en especial, se le exige el cumplimiento de un deber que va un poco más allá del ejercicio de la abogacía.

Es evidente que sospechar de los abogados y repudiarlos tiene viejas raíces culturales que hacen que sea bastante fácil convertir algún malestar político en un problema ético de la abogacía. Creo, sin embargo, que atrás de estos dilemas existen confusiones que finalmente revierten en contra de la tradición liberal de la defensa de los derechos.

No es casualidad que el “Malleus Malleficarum” (El Martillo de las Brujas de 1487)), el texto más clásico de las doctrinas inquisitoriales, nos diga lo siguiente:

“El abogado no es designado según el capricho del acusado, porque él querría tener uno a su gusto. Y aquí el juez debe tener cuidado de no conceder a un hombre pendenciero, malévolos, fácilmente corruptible por el dinero (como se encuentran con frecuencia). Que conceda a un hombre honrado y no sospechoso desde el punto de vista de la fe. En cuanto a esto conviene que el juez tenga presentes cuatro cosas respecto del abogado; si las ve en alguno puede llamarle; si no, que le rechace. El abogado debe examinar, en primer lugar la cualidad de la causa. Si es justa, que la asuma entonces; si es injusta, que la rechace. (...) El abogado debe velar por ser fiel a tres cosas en su comportamiento: la modestia (...), la verdad y debe cuidar de que su salario sea moderado (...) Y de nada sirve decir al juez que no defiende el error, sino la persona: no debe defenderla de tal modo que se impida el procedimiento de forma simple, sumaria y breve. (...). Aunque no defiende el error, porque en ese caso sería mas condenable que las brujas (...) si defiende a alguien de forma indebida, siendo sospechoso de herejía, por ese mismo hecho ya se coloca entre los autores de la herejía no de forma ligera, sino violentamente en virtud de la defensa que haya hecho”^[1]

Si el lector se preocupa por simplificar el razonamiento y llevarlo a un lenguaje común encontrará la constante histórica de la crítica a la abogacía: ¿Por qué defender una causa injusta? ¿Por qué defender a una persona que ha hecho algo tan grave? ¿Porque obstaculizar el proceso con una defensa eficaz? ¿Por que cobrar dinero por hacerlo?

Frente a la tradición inquisitorial que veía en el buen defensor un cómplice del acusado y en el defensor “elegido” por el tribunal un “auxiliar del juez”, se construyó la tradición liberal del ejercicio de la abogacía que llega hasta nuestros días y se consagra en

los textos y la doctrina aceptada de los derechos humanos fundamentales. Escuchemos aquí la voz siempre lúcida de Francesco Carrara:

“Empero, la clase de los abogados, en virtud de su propia naturaleza y bajo cualquier forma de gobierno, tiene una misión tan antigua como el primer defensor que se levantó para impedir que con el pretexto del derecho se violara el derecho; misión social que consiste en frenar los abusos del poder ejecutivo y servir de apoyo al poder judicial en la eterna lucha que se ha librado entre dos fuerzas vivificadoras de la sociedad civil. Amplísima y fructífera fue la contribución que en todos los tiempos hicieron los abogados a la causa del progreso liberal. Y los retrógrados se acuerdan de ellos, y se vengan haciendo una guerra desleal, que se desarrolla en todas sus fases, partiendo de la vil calumnia hasta llegar a las necias y bajas armas del ridículo.”^[2]

Si el lector, una vez más, renueva el lenguaje de vieja retórica liberal decimonónica, encontrará los fundamentos del sistema normativo que rige la ética profesional de la abogacía penal: la defensa irrestricta del interés de su cliente en el marco de un litigio (el penal) que ha sido débil frente a todas las formas de abuso de poder. Es en el marco de la reacción a la tradición inquisitorial que se entiende nuestra regla constitucional de inviolabilidad de la defensa en juicio y es también dentro del marco del rechazo a esa tradición que se comprende el derecho a contar con un “abogado de confianza” (no elegido por el juez, no “funcionario público”, no condicionado por la corporación de abogados, no sometidos a otras reglas que la que rigen la ética de su profesión) como manifestación del derecho fundamental a poder ejercer una defensa efectiva del propio derecho, como condición de posibilidad de los otros derechos fundamentales y ordinarios.

En efecto, entendemos hoy como un núcleo central del derecho de defensa en juicio, en materia penal, (reconocido en las Declaraciones y Pactos como un derecho humano fundamental) la facultad –y posibilidad- de elegir un abogado. Tal es la importancia de este derecho que si la persona no tiene una posibilidad fáctica de hacerlo por sus propios medios, el Estado debe facilitarlos, sin afectar las condiciones de lealtad al defendido (de allí las tensiones que existen en los sistema de defensa público entra las posibilidades concretas y las exigencias de un abogado de confianza).

De estos postulados surge que la norma primaria que rige la Ética de la Abogacía es la de *asegurar la defensa en juicio de los intereses del defendido, con lealtad hacia él y usando los mecanismos legales –constitucionales- previstos en el litigio.*^[3]

Si asumimos esa norma primaria podemos deducir lo siguiente: el sistema normativo que regula la ética profesional del abogado *no admite una regla que excluya a un abogado o a un sector de ellos del cumplimiento de la regla primaria.* Ello quiere decir que el problema consistente en si es admisible defender en juicio a una persona mala, o que ha realizado un hecho muy malo, **no puede ser resuelto dentro de la Ética de la Abogacía**, salvo en un supuesto: *cuando el defendido exige la realización directa o indirecta de acciones ilegales de defensa.* En ese caso la Ética profesional establece reglas, criterios de ponderación, estándares para la resolución de conflictos, etc. Un abogado que defiende a una persona mala con medios ilegales, comete un acto reprochable desde la ética de la abogacía; tan reprochable como quien defiende a un inocente con esos mismos medios ilegales. Incluso, comete un acto reprochable, quien asume una defensa formal e irreprochable pero sabe y consiente que paralelamente y oculta por su defensa formal se realizan acciones ilegales de cohecho, tráfico de influencia, presión política o amiguismo. Esto vale, incluso para muchos abogados prestigiosos que se prestan a este juego, mirando para el costado y amparados en la “corrección” de su ejercicio profesional cuando él sabe o sospecha que sirve de pantalla para otras acciones que garantizan los verdaderos resultados. Todo abogado que tiene sospechas de que está cumpliendo esta función o lo admite pasivamente, comete una acción reprochable desde la Ética de la profesión de abogado, que se debe tomar muy en serio, *precisamente por su tradición liberal de herramienta esencial en la defensa de los derechos.* En síntesis, para dilucidar el dilema moral de asumir la defensa de una persona que ha realizado una acción muy mala, nada nos dicen las reglas éticas que regulan la profesión de la abogacía.

Tampoco es cierto que la Ética de la Abogacía contenga una norma que *obligue a un abogado a aceptar un caso* (puede existir una obligación legal de defensa pública como carga por la matrícula o una obligación contractual en quien cobra para ser defensor público, pero no normas de la ética profesional). Sólo tendrá relevancia la ética profesional para quien crea que la norma básica es la que obliga al abogado a ejercer su profesión para la realización de la “justicia”. Quienes sostienen eso se hallan, en mi opinión, en una tradición muy distinta a la tradición liberal de la abogacía y más cercana al “Malleus”.

¿Lo dicho hasta ahora significa que el dilema moral desaparece? Por supuesto que no, pero deberá ser resuelto con otros sistemas éticos que no son el profesional. Puedo recurrir al sistema moral que rige mis acciones como persona y decidir que no es lícito gastar mi tiempo y mis energías en mejorar la vida de una persona que ha realizado una mala acción o que considero una mala persona. Si entiendo que mi sistema moral extiende sus efectos a otras personas o tiene validez universal, podré desde esa convicción criticar a otros. Pero ese dilema moral no es distinto al de cualquier otra esfera de la actividad humana y puedo reprochar desde allí a quien confecciona vestidos lujosos o fabrica objetos suntuarios, a quien utiliza sus conocimientos exclusivamente para ganar dinero o cualquier otra forma de ausencia de solidaridad social o indiferencia. Ese debate queda abierto pero no tiene ninguna especificidad respecto de un abogado.

También puedo analizar el dilema desde la ética que regula mi participación en la vida política y considerar que no es admisible defender a quien sustenta ciertas ideas o ha realizado ciertas acciones. Aquí el tema no se puede resolver de manera uniforme ya que, por ejemplo, un médico no podría negarse a atender a una persona por sus aberrantes ideas políticas, pero se puede admitir que un mozo se niegue a servirle un café o un taxista se niegue a prestarle sus servicios. Estas situaciones pueden ser problemáticas pero no son específicas de la abogacía sino comunes a todos quienes prestar servicios y se encuentran entre la objeción de conciencia y la discriminación. De todos modos los *contextos de obligación* (como el de un médico en un hospital o un mozo en un bar) son mucho más fuertes que respecto de los abogados quienes normalmente pueden rechazar un caso sabiendo que existe un sistema estatal de respaldo, salvo que se trate, por ejemplo, del único abogado del pueblo. Tampoco tenemos aquí un problema particularmente difícil respecto de los abogados, al contrario.

¿Se trata, entonces, de un falso problema? No, pero ello necesita aclaraciones. El sistema moral que utilizamos para regir nuestras acciones o para juzgar a los demás se construye de un modo complejo. En particular se vuelve complejo cuando una persona realiza acciones en ámbitos diversos y conectados. De hecho, ya la conjunción armónica de las normas morales que rigen la vida pública y la vida privada es un gran problema; mucho más lo es la conjunción armónica de las normas que rigen distintos ámbitos públicos. Y es aquí donde tenemos un dilema moral, no sólo en sí mismo, sino por la práctica bastante habitual de muchos abogados de participar en otros ámbitos de la vida social que se rigen por otras reglas morales distintas a la de la abogacía, para luego pretender que toda su actividad se rija por las reglas de esa profesión o refugiarse en sus normas para construir la mejor situación respecto de sus intereses.

Veamos, un abogado puede participar de la vida política y, en tanto lo haga, esa participación, como es obvio, no se rige por las reglas de la abogacía (pese a algunos que creen que la abogacía es una “misión sacerdotal” que me inviste de “carácter” y por lo tanto me acompaña en todos los ámbitos de la vida, pero creo que ya pocos piensan eso en estos tiempos) sino por la ética propia de la profesión de político, si es profesional o la ética general que rige su vida. Por ejemplo, si es un diputado que ha sido votado para luchar contra la corrupción bien podemos reprocharle que defienda a quien ha sido acusado de casos de corrupción y no admitiríamos que se refugie en las normas morales de la abogacía para *evadir* las normas morales que rigen su actividad política.

Algo similar ocurre –y el caso es un poco más complejo, pero tengo la impresión de que este es el dilema moral que estamos discutiendo- cuando el abogado ejerce, además de su práctica profesional, funciones docentes como profesor en una Escuela de Leyes. Aquí la pregunta es ¿Cual de los dos sistemas morales se aplican, el que regula la actividad de abogado –en el cual no existe ningún dilema- o el que rige la actividad

docente? Este problema se vuelve más difícil en nuestro país, dado que en la gran mayoría de las Escuelas de Leyes –públicas y privadas- no existen planteles docentes profesionales, sino que se trata de abogados (con mayor o menor calificación docente, ese no es el problema) que ejercer una función de juez, fiscal o abogado defensor como actividad central y luego paralelamente ofician de docentes. Esta precariedad –que urge superar si queremos que nuestras Escuelas de Leyes tengan algún futuro- es importante porque *debilita* la idea de que un profesor universitario está sometido a un específico sistema de moral profesional y éste tipo de docente “no profesional” estima que debe regirse solamente por las normas que rigen su profesión principal, sea la de juez o la de abogado. Esto no sucedería, por supuesto, con profesores profesionales.

Ahora bien, independientemente de la percepción individual, lo cierto es que objetivamente ese sujeto está sometido a ambos sistemas morales, que rigen profesiones distintas y, por ende, con reglas morales también distintas. Es necesario agregar otro aditamento, porque algunos de esos “abogados/funcionarios/profesores”, buscan además, ocupar el espacio que ocupa un intelectual en la vida pública. Es decir, aquél que expresa opiniones que se reconocen con mayor fundamento, son solicitadas para zanjar disputas públicas o se pretende que opine desde un lugar con mayor peso al de los otros ciudadanos. En síntesis, quien así se comporta esta participando en tres *juegos* al mismo tiempo y cada uno de estos juegos tiene sus propias reglas y, por lo tanto, sus propias infracciones.

A quien decida participar de dos o tres de estos juegos, lo primero que debemos exigirle es la *integración de las reglas*. Es decir, no es admisible que pretenda fraccionar su vida (que es unitaria) en tres juegos que no tienen comunicación entre sí. Esto lo podríamos admitir en quien es abogado y dentista, pero nunca en quien participa de tres juegos distintos dentro de un mismo campo, tal como es el sistema judicial o el sistema jurídico en general. Por lo tanto el primer deber de quien opta por la multiplicidad de juegos es integrar esos sistemas en un esquema libre de contradicciones. Si no puede hacerlo, le es exigible que renuncia a uno de sus juegos.

Las relaciones no son fáciles ni lineales: por ejemplo, pueden existir contradicciones entre el juego de juez y el de docente y no sería admisible, por ejemplo, que el juez-docente enseñe como exigibles acciones que luego considera, como juez, que no lo son. Por ejemplo un juez que enseña que la prisión preventiva no se puede aplicar en *ningún* caso por contrariar a la constitución no puede luego no aplicar esa regla en su práctica judicial. Debe optar por cambiar su enseñanza o su práctica, pero no es admisible que mienta a los alumnos o prevarique en su función. En esos casos como no puede construir una práctica libre de contradicciones le podemos exigir que abandone alguno de los juegos, siempre claro está con el margen (estrecho) de razonabilidad que nos saque de la rigurosidad inhumana. En el caso de quien es abogado, y enseña como abogado, es bastante más fácil, porque las contradicciones existentes entre la enseñanza, por ejemplo, del derecho válido según una correcta interpretación y la gestión de los intereses particulares del cliente se explican por la aplicación de la norma de ética profesional que le da primacía, en tanto que abogado, a la defensa de esos intereses. Aquí se trata de un profesional que enseña a los aprendices el arte de su profesión. Enseña, en tanto es abogado y solamente eso, no pretende ocupar el papel de un intelectual.

Más difícil es para quien pretenda jugar los tres juegos y además de ser juez o abogado y docente del oficio, pretenda ser un intelectual (pretensión que se esconde bajo la fórmula algo vaga de ser un “académico” que un contexto no profesional se usa generalmente como sinónimo de “intelectual” no para referirse a quien es un docente profesional). En ese caso la construcción de una práctica razonablemente libre de contradicciones es mucho más difícil. ¿Puedo ocupar el espacio de referencia en quienes sostienen ciertas ideas y luego desconocerlas en el litigio? Puedo sostener, por ejemplo, como intelectual –no como abogado- que el narcotráfico se ha apropiado del país (sea cierto o falso, eso no importa) y luego defender narcotraficantes ¿Puedo pretender ser un intelectual-docente que se caracteriza por la lucha contra la corrupción o los derechos humanos y luego defensor como abogado a quienes clara y notoriamente son corruptos o violadores de derechos humanos? Creo que es legítimo en estos casos pedirle que defina su juego o asuma que puede ser criticado, por ejemplo como intelectual-docente falsario, hipócrita o venal, aunque nada tenga que reprocharle como abogado, hasta incluso pueda

alabarlos como tal y pedirle que transmita sus conocimientos de abogado litigante a los aprendices del oficio.

Ser juez, ser fiscal, ser abogado defensor, ser docente, ser intelectual son todas actividades regidas por normas morales que no son similares. A quien quiera jugar varios de estos juegos le podemos exigir el esfuerzo (el sacrificio de opciones) para conjugar una práctica libre de contradicciones y, si no puede hacerlo o el sacrificio es muy grande (pierde dinero, pierde respeto, no logra vivir en paz, etc.) que opte por el juego que puede sostener. Lo que no es admisible es que vuelva autónomo cada juego, use las reglas de un juego para evadir las de otro o transfiera los costos de jugar en varios juegos al mismo tiempo, a los otros participantes (por ejemplo los alumnos que se desorientan o ven debilitadas sus propias normas por el mal ejemplo, o el público que recibe las opiniones que ve defraudada la confianza, etc.). Todo esto, deseo aclarar, sin pretensiones rigoristas, que olvidan que la función de los sistemas morales es construir guías para el “buen vivir”, para una convivencia armónica y responsable y no para construir “aparatos” que vuelvan odiosa a la vida misma.

Creo que la enorme confusión de roles que se suscita en nuestras Escuelas de Leyes provoca que este tema no sea sólo un problema de juicio de algún caso que conocemos sino que nos tiene que poner alertas frente a los efectos generales más nocivos: la pérdida de “fe” en la legalidad, la aceptación de prácticas corruptas institucionalizadas (grandes o chicas), la pérdida de prestigio de la abogacía (cuando el problema no está en la ética profesional del abogado, sino en los roles extra profesionales del abogado), la debilidad y desorientación institucional, la erosión del imperio de la ley, la gestación, en consecuencia, de una cultura de la ilegalidad que erosiona la ciudadanía. Estimo que es en esta dimensión general donde se encuentran los mayores daños de quienes quieren disfrutar de los beneficios de varios juegos a la vez y no aceptar sus limitaciones.

Distinto a todo lo dicho es otra interpelación ética a los abogados, que no proviene de su normativa profesional sino de la moral general, *siempre situada*, que nos obliga a realizar opciones y a elegir de un modo también general para que y a quienes queremos ayudar con nuestra profesión. ¿Puede un abogado ser indiferente frente a los abusos de poder, el desvío de la ley, la desprotección de los más vulnerables? ¿Es admisible éticamente que utilice su profesión para servir a quienes usan el derecho sólo como una forma de revestir de legitimidad las relaciones de dominación? ¿Puede hacerse el distraído frente a la debilidad estructural de la ley? Como nos dice Auat “darse cuenta de lo que está en juego es también darse cuenta de donde se está parado”. Pero esos problemas morales, por más que sean centrales para los abogados –y en particular para los jóvenes abogados– no son distintos de los dilemas morales que se deben plantear un economista, un sociólogo o cualquier otro profesional.

[1] Kraemer et Sprenger: “Malleus Malleficarum” (1487), trad. Miguel Jiménez Monteserín, Ed. Felmar. Madrid, 1976, pg. 469/70

[2] Carrara, Francesco (1874): “Pasado, Presente y Porvenir de los Abogados en Italia”, en Opúsculos de Derecho Criminal, Tomo VI. Pg. 61. Themis. Bogotá.

[3] En sentido contrario Alejandro Auat, para quien el fin de las profesiones jurídicas es la justicia. (Criterios para la acción ética de los abogados. Nuevas Propuestas. Revista de la Universidad Católica de Santiago del Estero N. 45. Junio del 2009, pg.229-234). Es indispensable distinguir la regulación interna de una profesión y las normas generales que regulan a una persona que es profesional. La opción por la justicia es exigible a muchas profesiones.