

“Deontología de las profesiones jurídicas y derechos humanos”^o

Joaquín Rodríguez-Toubes Muñiz
Profesor Titular. Área de Filosofía del Derecho
Universidad de Santiago de Compostela
Correo-e: joaquin.rodriquez-toubes@usc.es

Fecha de presentación: 08/03/2010 | De aceptación: 07/06/2010 | De publicación: 30/06/2010

Resumen

No está claro en qué sentido la deontología profesional se ocupa de los deberes morales, ni el papel en ellos de los derechos humanos; ni mucho menos a qué obligan específicamente a los profesionales del Derecho. El trabajo aborda estos problemas. Comienza indagando la naturaleza e interrelaciones de la deontología profesional, la moral y los derechos humanos. Continúa estudiando las implicaciones de los derechos humanos para la práctica jurídica profesional, con especial atención al derecho a la tutela judicial. Finalmente explora cuál debe ser la actitud del profesional del Derecho ante una norma injusta que atenta contra los derechos humanos.

Palabras clave

deontología jurídica, derechos humanos, ética jurídica, responsabilidad profesional

.....

Abstract

It is not clear how professional ethics deals with moral duties, or how these are affected by human rights; less even what specific obligations for legal professionals arise from human rights. The paper confronts these problems. It starts looking into the nature and mutual relations of professional ethics (professional deontology), morality and human rights. It goes on to study the implications of human rights for professional legal practice, focusing particularly on the access to justice. Finally, the paper explores the duties of legal professionals with regards to an unjust norm which goes against the human rights.

Keywords

Legal Ethics, Human Rights, Professional Responsibility

^o El presente trabajo fue elaborado como base de la ponencia presentada en las Jornadas “Deontología de las Profesiones Jurídicas” celebradas del 18 al 20 de noviembre de 2009 en Valencia, organizadas por el Instituto Universitario de Derechos Humanos de la Universidad de Valencia. El autor agradece a los organizadores de dichas Jornadas su invitación a participar en ellas.

SUMARIO:

- I. ¿Hay un “margen” entre la legalidad y la ilegalidad en el tema de la inmigración?
- II. Una “zona entre medias” de la legalidad y la ilegalidad. Consideración crítica de la regla de la “bivalencia jurídica”.
- III. La regla de que “todo lo que no es claramente legal es (manifiestamente) ilegal”.
- IV. Conclusión.

INTRODUCCIÓN

Del propósito de este trabajo da idea su título: se trata de perfilar la relación de los derechos humanos con la deontología de las profesiones jurídicas, o *deontología jurídica* para abreviar. En cierto sentido, esta relación es clara y evidente; y por ello podría sorprender que merezca atención. En efecto, si tomamos como premisas que la deontología jurídica establece los deberes morales de los profesionales del Derecho, y que el respeto de los derechos humanos es un importante deber moral, entonces parece indiscutible que el deber de respetar los derechos humanos forma parte de la deontología jurídica. Sin embargo tanto esas premisas como el significado de la conclusión son discutibles. Porque, en primer lugar, no es claro ni evidente que la deontología jurídica se ocupa de los deberes morales; ni cómo éstos están condicionados por los derechos humanos. Y es mucho menos claro todavía, en segundo lugar, cuáles son las conductas específicas a las que están obligados los profesionales del Derecho para cumplir con su responsabilidad hacia los derechos humanos. De estos problemas me propongo tratar brevemente en lo que sigue. Comenzaré indagando en la naturaleza de la deontología profesional, de la moral y de los derechos humanos; y en la relación teórica que cabe establecer entre estas fuentes de deberes. Después, una vez provistos de los

necesarios presupuestos conceptuales, haré una reflexión sobre las implicaciones de los derechos humanos para la práctica profesional. Esta reflexión nos llevará primero a refundar deberes deontológicos conocidos y cotidianos; y en último término, ineludiblemente, a plantear la difícil pregunta de cuál debe ser la actitud del profesional del Derecho ante una norma injusta que atenta contra los derechos humanos.

1. LOS DERECHOS HUMANOS COMO IDEAL DEONTOLÓGICO

1.1 El lugar de la deontología profesional entre los deberes morales

Los derechos humanos son un referente deontológico que fundamenta dos tipos de deberes profesionales, tanto en el ámbito jurídico como fuera de él. Por una parte, son fuente de requisitos de conducta que todo profesional debe satisfacer y que condicionan su actividad, ya sea poniéndole límites negativos o ya sea obligándole positivamente. Por otra parte, son fuente de objetivos, metas o fines a los que todo profesional debe aspirar y que deben orientar su actividad, desaconsejando o recomendando comportamientos. Es decir, los derechos humanos determinan tanto unas reglas específicas sobre lo que cabe exigir a un profesional, como unos principios abstractos sobre lo que debe perseguir un profesional. Ahora bien, para llegar a comprender este rol de los derechos humanos como exigencia e ideal deontológico, primero hay que tener una noción de lo que es la deontología profesional, e incluso los derechos humanos.

Es ya un lugar común en los estudios de deontología profesional advertir que esta noción no tiene un significado claro; y existe el peligro de que las sucesivas opiniones sobre cómo ha de entenderse o incluso definirse estén complicando todavía más el concepto en vez de clarificarlo. La dificultad de ponerse de acuerdo sobre el significado de la deontología profesional, y de la

deontología jurídica en particular, tiene que ver por supuesto con el extraño terreno normativo que ocupa. Porque no está en absoluto claro para todos si la deontología profesional consiste en normas jurídicas o morales o en una mezcla de ambas; ni mucho menos de qué variante de estas normas se trata: Derecho positivo o Derecho ideal, moral positiva o moral ideal, o algún tipo de mezcla. Tal es el desacuerdo sobre este punto básico que está justificado desistir de la pretensión de proporcionar una noción de deontología profesional; porque ni esta noción puede *descubrirse* –pues no hay un mundo de esencias donde reposa el concepto de ‘deontología’ esperando que lo captemos–, ni tampoco, por lo que se ve, puede caracterizarse a partir de una comprensión convencional uniforme. No hay una convención, sino varias, sobre el significado de la deontología profesional, y por ello es bastante inútil intentar definirla con pretensión de generalidad. En vez de ello, lo que sí se puede y debe hacer es aclarar qué sentido de la expresión se emplea en cada momento. En realidad, por “deontología profesional” y por “deontología jurídica” es correcto entender varias cosas, y no hay razón para preferir una sola. Lo importante es evitar las confusiones y los malentendidos, para que las discusiones sean fructíferas; pero la precisión no requiere ser reduccionistas ni esencialistas en el uso de los términos.

La palabra “deontología” tiene el significado genérico de “ciencia o tratado de los deberes”, transmitido directamente desde su raíz etimológica griega (δέον-οντος, el deber, y λογία, tratado, estudio o ciencia). Su uso actual proviene de Jeremy Bentham, y en concreto de su libro *Deontology or The Science of Morality*, publicado en 1834. Bentham escogió este nombre, por su etimología, para designar la investigación ética de las reglas de conducta individual que no conciernen a la legislación.¹ Así pues, la “deontología” tiene un

primer sentido muy próximo, sino idéntico, al de ética, entendida en su dimensión normativa. La deontología es, en su significado originario y todavía vivo, el estudio de los deberes morales de conducta. En esta acepción original, que sería arbitrario no tener en cuenta, la deontología profesional es una aplicación de la ética normativa que investiga los deberes morales de conducta en el ejercicio de una determinada profesión. Y por ética hemos de entender aquí la filosofía moral, el uso de la razón práctica para alcanzar un conocimiento fundado y fiable sobre lo correcto y lo incorrecto, lo bueno y lo malo. La deontología, en su sentido original y en uno de sus principales sentidos actuales, se ocupa de los deberes morales que pueden reconocerse racionalmente (lo que se conoce como moral ideal, ilustrada o crítica); y no, en cambio, de los deberes morales que determinan las convenciones o las convicciones morales existentes de hecho en una comunidad (lo que se conoce como moral social o positiva). Por lo mismo, la deontología profesional, según esta interpretación plenamente válida, es una ética aplicada que investiga las normas morales que afectan particularmente a los miembros de una profesión, y lo hace guiándose por la razón práctica y no por las costumbres, ideas comunes o consensos vigentes entre los miembros de esa profesión o del grupo social en que se integran. Hablaré de deontología profesional *como ética aplicada* para referirme a este primer modo de entenderla, que entronca con la tradición filosófica. No obstante, aunque no se justifica marginar la comprensión puramente ética de la deontología profesional, tampoco se justifica reducirla a aquella e identificarla con la ética o moral crítica aplicada al ejercicio profesional. Porque la maduración del estudio y la reflexión deontológicos en el seno de las profesiones ha propiciado un nuevo modo de entender la deontología profesional que también

merecedora de aprobación o desaprobación– en proporción a su tendencia a contribuir a, o a disminuir, la cantidad de felicidad pública” [BENTHAM, J., *Deontology or The Science of Morality*, 2 vols., ed. J. Bowering, Londres, Longman, 1834, vol.I, pp. 23-24. Hay trad. esp. de D.P.P. de la ed. en francés: *Deontología ó Ciencia de la Moral*, Valencia: Librería de Mallen y sobrinos, 1836 (p. 19)].

¹ En todo caso, la tesis de Bentham sobre la ética y sobre la legislación tienen en común su núcleo utilitarista: “El principio, entonces, sobre el que se fundamenta la Deontología es el principio de Utilidad; en otras palabras, que toda acción es correcta o incorrecta –valiosa o no,

merece reconocimiento, hasta el punto que puede decirse que prevalece en la práctica sobre su sentido originario. Según este nuevo modo de entender la deontología profesional, ésta viene a ser la determinación de la conducta apropiada en el ejercicio de una profesión según el punto de vista de quienes la practican. Lo que cuenta aquí no es tanto la investigación filosófica como sacar a la luz consensos o poner en común criterios sobre los deberes morales específicos que los profesionales creen tener, y por los cuales creen que deben responder ante sus colegas y ante el resto de la sociedad. Si el primer modo de entender la deontología profesional, como ética aplicada, consistía en el uso de la razón práctica, este segundo modo se basa en lo que pudiéramos llamar la *práctica de la razón*, es decir, la concreta manera de razonar sobre sus deberes que tienen los profesionales de hecho, en la práctica. El fundamento de indagar y precisar los deberes morales profesionales tomando en consideración preferente el parecer de los propios profesionales, en lugar de los análisis filosóficos, no está, desde luego, en la necesidad de proteger un ámbito corporativo frente a injerencias externas. El fundamento habrá que buscarlo más bien en la presunción de que quienes ejercen una profesión tienen mayor información y capacitación para identificar las ocasiones en que su trabajo puede suscitar conflictos éticos, y para comprender y valorar las repercusiones de las soluciones alternativas. La idea de fondo es que es inútil una reflexión ética sobre la práctica profesional, por muy sólida que sea en el plano filosófico, cuando se desconocen los aspectos técnicos de los problemas analizados. La consecuencia es que se prefiere confiar la deontología profesional a la opinión de los mismos profesionales, manifestada en estudios y publicaciones individuales y, sobre todo, en declaraciones y códigos deontológicos o de buenas prácticas aprobados por los colegios o asociaciones profesionales. A la deontología profesional entendida de este segundo modo la llamaremos deontología profesional *como moral corporativa* o *como moral social*. Sigue siendo un tratado sobre los deberes morales, pero ahora su determinación ya no se confía a la Ética con mayúsculas, fuente de

la moral crítica, sino a la moral positiva de cierto grupo más o menos amplio: quienes proponen o aprueban los cánones de conducta profesional, el conjunto de quienes practican la profesión o –más generosamente–, la sociedad en la que ejercen los profesionales.

Todavía hay un tercer modo importante de entender la deontología profesional: *como Derecho*. Una vez desplazada la deontología desde la razón práctica y la ética a la práctica de la razón y a su positivación en códigos de conducta, el siguiente paso hacia el Derecho parece lógico. Lo que comienza siendo la meditación ética de unos profesionales sobre las responsabilidades inherentes a su trabajo, se concreta luego en un acuerdo corporativo sobre los deberes requeridos a todos ellos y, de modo natural, estos deberes acaban siendo exigibles no sólo socialmente, sino también jurídicamente. Así ha sucedido en España y en otros países. La STC 219/1989, de 21 de diciembre, ha dejado claro que “las normas de deontología profesional aprobadas por los Colegios Profesionales o sus respectivos Consejos Superiores u órganos equivalentes no constituyen simples tratados de deberes morales sin consecuencia en el orden disciplinario. Muy al contrario, tales normas determinan obligaciones de necesario cumplimiento por los colegiados y responden a las potestades públicas que la Ley delega a favor de los Colegios” (FJ 5º).

Por tanto, las obligaciones deontológicas, tal como se plasman en los códigos de conducta aprobados coporativamente, llegan a ser obligaciones jurídicas. Así las cosas, la deontología profesional puede entenderse como un contenido más del Derecho, interpretable y aplicable de modo análogo al de otros contenidos jurídicos. Entendida como Derecho, la deontología se enseña y aplica como se enseña y aplica toda la legislación reguladora de la profesión. Y su validez jurídica puede deberse a que el legislador auspicia y ampara un acuerdo corporativo, como ocurre con el Código Deontológico de la Abogacía Española; o a que el legislador lo asume expresamente, como ocurre con el Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por Real Decreto, o con las reglas sobre el ejercicio de la abogacía adoptadas

por cada Estado en los EE.UU. Así entendida la deontología profesional, entonces, ya no es competencia especial ni de los filósofos ni de los profesionales, sino sobre todo de los juristas. Lo cual resulta particularmente conveniente para los profesionales del Derecho, que en su calidad de juristas han de interpretar las normas deontológicas de su propia profesión. Operar con la deontología profesional entendida como Derecho demanda sin duda un punto de vista moral, pero igual que lo demandan tantos otros contenidos jurídicos, como por ejemplo –por ir aproximando conceptos–, los derechos fundamentales. Vista así, la deontología profesional ya no se ocupa de fundamentar deberes morales con el razonamiento ético o con las intuiciones comunes sobre lo que es apropiado, sino de especificar deberes jurídicos con el instrumental y la argumentación peculiares del Derecho.

Podemos ilustrar estos tres distintos enfoques sobre la deontología profesional con unas frases extraídas de tres buenos tratados españoles sobre el tema. La primera muestra es de Ángela Aparisi: “Al referirnos a la Deontología profesional adoptamos un criterio amplio, entendiendo por norma deontológica aquella exigencia moral anclada en la naturaleza de una profesión. (...) Desde esta perspectiva, las normas deontológicas son, básicamente, exigencias de ética profesional. Por ello, al igual que ocurre con las normas morales, se nos muestran ‘prima facie’ como un deber de conciencia”.² La autora complementa esta idea con unas matizaciones sobre el carácter social o jurídico de algunas normas deontológicas, pero del conjunto de su exposición se desprende que ve fundamentalmente la deontología como los principios éticos descubiertos por la razón práctica, que en último término exigen obrar en conciencia. Si esta opinión se inclina por ver la deontología profesional como ética, la segunda que citaré se inclina por verla como moral corporativa. Escribe Javier de la Torre Díaz: “La deontología es la ética aplicada al mundo profesional concretada en unas normas y códigos de conducta exigibles a los

profesionales, aprobados por el colectivo de profesionales, que enumera una serie de deberes y obligaciones mínimos para todos los profesionales con algunas consecuencias de carácter sancionador”.³ También este autor añade matizaciones a esta idea, apuntando que la deontología es una ética aplicada y que puede tener consecuencias jurídicas; pero sustancialmente la entiende como “lo que es aprobado (criterios compartidos) por un colectivo”, e insiste en no confundirla con la ética profesional. Finalmente, para ilustrar el tercer punto de vista podemos citar a Nielson Sánchez-Stewart: “La Deontología no es Filosofía, ni siquiera Filosofía del Derecho. Es derecho puro, inspirado, como en la mayor parte de las normas, en principios de contenido”.⁴ No desconoce este autor la influencia de la filosofía moral, ni la contribución de los colegios profesionales al determinar las normas deontológicas, pero a su juicio su sentido último es el de normas jurídicas que regulan la conducta profesional.

¿Cuál de estos tres modos de entender la deontología profesional es preferible? Lo primero que hay que subrayar, insistiendo en lo ya dicho, es que no hay una noción esencial o auténtica de deontología profesional esperando a ser captada, de manera que no hay razón para pensar que hay sólo un modo correcto de entenderla. Los tres enfoques descritos son perfectamente defendibles, y tal vez alguno más (son obvios candidatos los que intentan combinar puntos de vista, pero el eclecticismo es a menudo indefendible por incoherente). Seguramente lo más apropiado es conservar los tres niveles del discurso deontológico –ético, corporativo y jurídico– y situarse en uno u otro según corresponda, cuidando de evitar cualquier posible confusión. Por supuesto, para mayor claridad sería aconsejable reservar un término distinto para cada uno de estos niveles;

² APARISI MIRALLES, Á., *Ética y deontología para juristas*, Pamplona, EUNSA, 2006, pp. 156-157.

³ TORRE DÍAZ, F.J. DE LA, *Deontología de abogados, jueces y fiscales*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 2008, p. 55.

⁴ SÁNCHEZ-STEWART, N., *La profesión de Abogado, vol. 1: Deontología, Valores y Colegios de Abogados*, Madrid, Difusión Jurídica, 2008, p. 43.

pero para que tenga éxito una estipulación así sería necesario algún tipo de respaldo oficial (en una norma legal, en una sentencia relevante, o en un acuerdo colegial, por ejemplo). En realidad –y es un tanto sorprendente–, la discusión conceptual y terminológica tampoco es ajena a otros países, como los EE.UU., con mucha más tradición que la nuestra en la materia. Lo que ocurre en España con la noción de deontología jurídica no es muy distinto de lo que ocurre en los EE.UU. con la noción equivalente. En las escuelas de Derecho estadounidenses se enseña desde hace tiempo la deontología profesional de los abogados, frecuentemente bajo el nombre de “Legal Ethics”. Pero esta denominación –que se traduce literalmente como “Ética jurídica”– tiene unas evidentes connotaciones que no son del gusto de quienes la consideran una disciplina fundamentalmente jurídica, y en todo caso más técnica que filosófica.⁵

⁵ Por ejemplo, así se manifiesta uno de los principales especialistas en la materia, Bradley Wendell: “Hay básicamente dos maneras de entender la deontología jurídica [*legal ethics*]. Una es mirar a los casos y las reglas que componen el Derecho que gobierna a los abogados para ver qué valores, políticas e ideales están incorporados en el Derecho. (...) Es fascinante destapar estas políticas y ver cómo afectan al resultado de los casos. Clarificar estos valores subyacentes nos ayuda también a predecir los resultados cuando el Derecho es oscuro y a estar más cómodos en las inevitables ‘áreas grises’ del Derecho en las cuales las respuestas claras son escasas. En un sentido, entonces, la deontología jurídica [*legal ethics*] es sólo un nombre para un sistema de argumentos de política que justifican las decisiones de los funcionarios al aplicar el Derecho de la abogacía. (...) La segunda perspectiva que podemos adoptar sobre la deontología jurídica [*legal ethics*] es situarnos fuera del Derecho completamente y preguntar si es correcto o incorrecto realizar alguna acción. (...) Éste es el objeto de la disciplina académica *ética*, estudiada normalmente como una rama de la filosofía, pero que puede hallarse en la historia, la literatura, la ciencia política, la teología, la sociología o en otros campos del saber.” [WENDELL, B., *Professional responsibility: examples & explanations*, New York, Aspen, 2007 (2ª ed.; 1ª 2004), p. 3]. Wendell se decanta por la primera manera de entender la deontología jurídica, y de hecho prefiere evitar la denominación *legal ethics* y hablar en su lugar de *professional responsibility* (responsabilidad profesional), que trata del Derecho de la abogacía, de la regulación de los abogados.

Por tanto, los tres sentidos de la deontología profesional –ético, corporativo y jurídico– son aceptables y compatibles. Podría tener utilidad una especialización terminológica – por ejemplo, llamar “ética profesional” al enfoque ético, “deontología profesional” al enfoque corporativo y “regulación profesional” al enfoque jurídico–; pero sería ingenuo proponerla aquí. Así las cosas, lo que hace falta es convivir con la ambigüedad y tratar los problemas deontológicos en el ámbito –ético, corporativo o jurídico– que en cada caso proceda. Lo que, en cambio, no hace falta, es apartar alguno de los tres enfoques descritos como si fuera inapropiado. Afirmar, por ejemplo, que “la Deontología no es Filosofía, ni siquiera Filosofía del Derecho” es afirmar demasiado. No existe *la* Deontología, sino tan sólo modos de entenderla; y la filosofía jurídica, en lo que tiene de filosofía moral aplicada al Derecho, ofrece una perspectiva perfectamente adecuada para conformar la deontología de los profesionales del Derecho. Sin desmerecer la relevancia de la comprensión reflexiva de los profesionales sobre las implicaciones morales de su propio ejercicio profesional, ni la importancia del análisis técnico-jurídico de la conducta exigible en Derecho, no obstante para una comprensión cabal de la deontología profesional, como tratado de los deberes de los profesionales, es ineludible acudir a la filosofía. Y si de deontología jurídica se trata, parece natural acudir a la filosofía del Derecho. No hay justificación alguna para reducir la deontología profesional a la moral positiva de las corporaciones y grupos sociales, ni a la regulación jurídica que resulta de ella. Porque la deontología es también –y acaso ante todo– la determinación de los deberes de conducta que tiene el profesional *a fin de cuentas*, es decir, con independencia –y tal vez a pesar– de lo que recomiende cualquier moral positiva. Y estos deberes últimos son los deberes morales que dictamina la razón (no un grupo, ni un legislador) y de los que trata la filosofía. Precisamente esta diversidad de fuentes de deber – positivas y éticas–, y los conflictos que suscitan, es

la causa de los dilemas deontológicos más graves, de los cuales trataremos más adelante.⁶

1.2 Los derechos humanos como razones morales y la deontología profesional

Llegados a este punto procede dar entrada por fin a los derechos humanos. Como es sabido, la noción de derechos humanos plantea unas dificultades que tienen mucho que ver con las que hemos asociado a la noción de deontología profesional. Los derechos humanos comenzaron siendo una reivindicación filosófica, un producto de la razón práctica. Con el tiempo llegaron a tomar cuerpo en declaraciones asumidas por grupos y organizaciones (por citar dos ejemplos: la Declaración de derechos aprobada por “los representantes del buen pueblo de

Virginia” en 1776; o la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada en 1948 por los representantes de cincuenta y seis Estados reunidos en la ONU). Y de ahí pasaron al Derecho en el contenido de textos constitucionales, de tratados internacionales y del conjunto de la legislación (la Constitución de los EE.UU., con la aprobación de sus enmiendas a partir de 1791; la Convención Europea de los Derechos Humanos, de 1950; los Pactos internacionales de derechos civiles y políticos y de derechos económicos, sociales y culturales, de 1966, etc.). Igual que ocurre con la deontología profesional, los derechos humanos son al mismo tiempo: un postulado ético, la concreción de un consenso social y una fuente de obligaciones jurídicas.⁷

⁶ Si la bibliografía existente sobre la deontología de las profesiones jurídicas fuese un indicio, probablemente habría que concluir que la orientación jurídica y corporativa de la disciplina prevalece sobre la orientación iusfilosófica y ética. En los EE.UU., donde la deontología de los abogados está sometida a regulación jurídica y es una materia académica de Derecho positivo, es natural que haya abundancia de tratados y estudios con perspectiva jurídica destinados a la docencia o a la práctica profesional. Son algunos ejemplos relevantes, además del ya citado de Wendell (ver nota anterior): WOLFRAM, Ch.W., *Modern Legal Ethics*, Hornbook Series, Student Edition, St. Paul, Minn.: West Group, 1986; LUBAN, D., *Lawyers and Justice. An Ethical Study*, New Jersey: Princeton University Press, 1988; RHODE, D.L. (ed.), *Ethics in Practice: Lawyers' Roles, Responsibilities, and Regulation*, New York: Oxford University Press, 2000; MARKOVITS, D., *A Modern Legal Ethics: Adversary Advocacy in a Democratic Age*, Princeton University Press, 2008. En España la deontología jurídica no ha sido una materia académica sino en unas pocas Universidades, y aunque normalmente se aborda combinando los puntos de vista moral, profesional y jurídico, lo cierto es que la mayoría de las publicaciones han procedido de profesionales de la práctica jurídica, sobre todo abogados, más que de filósofos o de juristas académicos, cuya participación testimonial ha solido deberse a alguna vinculación con la práctica profesional. Por citar también aquí unos pocos ejemplos destacados, además de los ya mencionados (ver notas 2, 3 y 4) y los que luego se citarán: GÓMEZ PÉREZ, R., *Deontología jurídica*, Pamplona: EUNSA, 1999 (4ª ed., 1ª 1982); MARTÍNEZ VAL, J.Mª, *Ética de la abogacía*, Barcelona: Bosch, 1996 (2ª ed.; 1ª 1987); TORRE DÍAZ, F.J. DE LA, *Ética y Deontología jurídica*, Madrid: Dykinson, 2000; GRANDE YÁÑEZ, M. (con la colaboración de J. ALMOGUERA PÉREZ y J. JIMÉNEZ GARCÍA), *Ética de las profesiones jurídicas*, Bilbao: Desclée De Brouwer, 2006.

⁷ En un trabajo titulado como éste, Andrés Ollero observa el paralelismo entre la deontología profesional y los derechos humanos en su evolución hacia el Derecho [OLLERO, A., “Deontología jurídica y derechos humanos”, en ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. y ROCA ROCA, E. (coords.), *Los derechos humanos. Libro Homenaje al Excmo. Sr. D. Luis Portero García*, Granada, Real Academia Jurisprudencia y Legislación – Facultad de Derecho, 2001, pp. 663-678. Reproducido en varios otros lugares, y recientemente en OLLERO, A., *Derechos humanos. Entre la moral y el derecho*, México, UNAM, 2007, cap. 6; accesible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2381>]. A juicio de Ollero, las exigencias deontológicas son una moral positiva que se sitúa entre la moral personal y el Derecho: “nos consideraremos éticamente obligados a comportarnos como ‘se espera’ que haga un profesional merecedor de la confianza de esos conciudadanos para los que trabaja”. Son exigencias éticas porque no se limitan a constatar expectativas o regularidades de comportamiento, sino que atraen la *opinio* de que es razonable seguirlas; pero “desbordan –por su incidencia y por su posibilidad de verse sometidas a control– el ámbito de la mera moral personal, sin llegar a requerir necesariamente una plena positivación jurídica” (p. 672). No son necesariamente exigencias jurídico-positivas, pero a menudo aspiran a serlo una vez se consolide la *opinio* sobre su obligatoriedad; y en este carácter “pre-jurídico” fundamentado en la moralidad positiva –apunta Ollero– se parecen a los derechos humanos. Por cierto, Ollero (ibídem, p. 664) también aboga por la coexistencia de enfoques éticos y corporativos, que él presenta como dos tipos de obligaciones deontológicas: de una parte, el respeto de los límites éticos propios del “modelo de jurista” impuesto por los códigos profesionales y por el Derecho; de otra parte, la persecución de la perfección moral propia del “jurista modelo” postulado por la ética en su sentido más amplio y último.

Creo que no merece la pena extenderse mucho para justificar esta comprensión no esencialista de los derechos humanos. Del mismo modo que no hay una esencia de *la* deontología jurídica, tampoco la hay de *los* derechos humanos, y por tanto hemos de admitir diferentes sentidos de la noción, sin pretender que sólo uno de ellos capta su verdadero o auténtico sentido. Hay sin lugar a dudas derechos humanos con pleno significado jurídico, ya sea con el nombre de “derechos humanos” u otro, como “derechos fundamentales”; y es natural que una teoría de los derechos humanos pueda ser parte de una teoría del Derecho, y que los derechos humanos o fundamentales puedan ser objeto de la ciencia jurídica. Pero tampoco caben dudas sobre que los derechos humanos tienen un significado ético, y por tanto también es natural que una teoría de los derechos humanos pueda ser parte de una teoría moral, y que los derechos humanos puedan ser objeto de la filosofía. De igual manera, en fin, que tienen una presencia social y pueden ser objeto de investigación sociológica o histórica.

Así, pues, los derechos humanos son al mismo tiempo un concepto moral, una realidad histórica y una institución jurídica. Por supuesto no todas y cada una de las pretensiones que se han invocado como derechos humanos son a la vez pretensiones justificadas moralmente, asumidas socialmente y vinculantes jurídicamente. La categoría de los derechos humanos es muy polémica, a pesar del aparente consenso que existe sobre ella; y aunque es muy raro que se ponga en duda abiertamente la existencia de derechos humanos, en cambio sí es muy frecuente que se discuta cuáles son, ya sea en su dimensión moral o jurídica o incluso histórica. Pero ésa no es la cuestión que importa desarrollar ahora. Lo que nos importa es apreciar el impacto de los derechos humanos, entendidos como exigencias morales, sociales y jurídicas generalmente reconocidas, sobre la deontología profesional, y en particular sobre la deontología jurídica, percibida ésta también en sentido amplio, como expresión de deberes morales, sociales y jurídicos de conducta del profesional del Derecho.

El impacto de los derechos humanos sobre la deontología profesional es, en primer término, de tipo moral. Los derechos humanos son percibidos ordinariamente (aunque no unánimemente) como un contenido mínimo de la moral ideal o crítica, como elementos básicos de la moralidad prescrita por la razón práctica ejercitada por la filosofía. No puedo aquí profundizar en el fundamento ético de la idea de derechos humanos; pero no creo problemático que tome como premisa de mi argumentación que los derechos humanos (entiéndase: *algunos* derechos humanos) son efectivamente exigencias éticas, en el sentido más estricto de la expresión. Por ser crucial para el argumento que quiero desarrollar, conviene que nos detengamos un momento para precisar cuál es este sentido estricto de “exigencia ética”, el cual atribuimos a los derechos humanos. La idea puede explicarse con cierta sencillez, aunque tiene complicaciones y también detractores (¿qué no, en filosofía?). La tesis es la siguiente: en su acepción estricta, como postulados de la moral crítica, las exigencias éticas proporcionan las razones últimas para guiar la conducta humana, aquellas razones sobre las que no tiene sentido preguntar si hay razón para atenderlas. Es ésta una manera habitual de entender la ética, conscientemente o no, que comparto. La ética es ni más ni menos el nombre que damos a las razones últimas que justifican las conductas humanas.⁸ Pues bien, al afirmar que los derechos humanos son exigencias éticas, estamos entonces afirmando que proporcionan razones para guiar y evaluar conductas que se sobreponen a todas las demás razones no éticas que podamos considerar relevantes para actuar o valorar actuaciones. Es decir, la obligación de respetar los derechos humanos es una razón decisiva para justificar la obediencia o la desobediencia a las normas sociales y jurídicas, y a la deontología profesional regulada por ellas. Dicho todavía de otro modo, si las obligaciones deontológicas fundadas en las convenciones corporativas o en la

⁸ Para expresarlo de otro modo: la pregunta ‘¿por qué debo ser moral?’ (¿por qué debo guiar mi conducta por la ética?) es tan ininteligible como la pregunta ‘¿por qué debo hacer lo que debo hacer?’.

regulación jurídica entrasen en conflicto con las obligaciones deontológicas fundadas en exigencias éticas con forma de derechos humanos, el conflicto sólo podría resolverse racionalmente dando preferencia a los derechos humanos. Pero volveré luego sobre el posible conflicto del Derecho con la moral de los derechos humanos. De momento sólo quiero subrayar que los derechos humanos cumplen un rol decisivo en el razonamiento práctico.

Es común distinguir dos maneras, ambas importantes, en que los derechos humanos intervienen como razones morales en el razonamiento práctico, y por tanto en la deontología jurídica, proporcionando razones decisivas para guiar y evaluar las acciones. Una es fijando las exigencias mínimas de la conducta moralmente aceptable; otra es marcando metas a la conducta moralmente deseable. Por una parte, con el nombre de derechos humanos hay pretensiones morales que son propiamente *derechos*, en cuanto que requieren ser satisfechas y conllevan deberes y obligaciones correlativos moralmente exigibles. Esto es, algunos derechos humanos no se limitan a guiar conductas, sino que trazan límites a lo que se puede hacer o dejar de hacer justificadamente. Así entendidos, los derechos humanos establecen el umbral de la conducta correcta: sólo es conducta correcta (es decir, conducta justificada, conducta moral) la que respeta los derechos humanos. Por otra parte, los derechos humanos son fines o metas, en cuanto que presentan un ideal moral que debe ser perseguido. Los derechos humanos son, en este otro sentido, fuente de principios de conducta que han de ser tenidos en cuenta para obrar moralmente, pero que no fijan necesariamente una conducta concreta debida. La fundamentación ética de los derechos humanos en su sentido riguroso de límites y derechos exigibles es complicada y suele producir un concepto estricto de derechos humanos, de extensión muy reducida. En cambio, la fundamentación ética de los derechos humanos como un ideal moral es menos problemática y tiene como resultado la ampliación de la categoría de los derechos humanos, que pasan a ser vistos como contenido de principios y aspiraciones y no ya como propiamente derechos. Pues bien, los

derechos humanos, como fuente de razones éticas para justificar la conducta, tienen impacto en la deontología profesional en sus dos vertientes apuntadas: de un lado delimitan la conducta profesional exigible moralmente, y de otro lado orientan la conducta profesional correcta. Veremos en seguida cómo esta doble vertiente se manifiesta ante la deontología jurídica.

Los derechos humanos son relevantes para la deontología profesional no sólo por su impacto moral, sino también por su evidente influencia social y jurídica. La influencia social proviene del hecho de la existencia de un amplio consenso en torno a los aspectos básicos de la idea, contenido y efectos de los derechos humanos, tanto entre los distintos colectivos profesionales como entre la sociedad en general. No nos importa ahora si este consenso es o no universal, porque nos basta con reconocer que en importantes entornos profesionales hay una clara percepción de que el respeto de los derechos humanos es una obligación deontológica. Los derechos humanos son materia de convicciones vigentes en grupos sociales y, como tales, condicionan la actitud efectiva de sus miembros hacia los deberes profesionales. Finalmente, los derechos humanos tienen también una significativa influencia jurídica sobre la deontología profesional. Como ya se recordó y es bien conocido, los derechos humanos no son sólo ideas éticas y convicciones sociales, sino que algunos han llegado a ser también derechos subjetivos de naturaleza jurídica, esto es, facultades para hacer valer pretensiones que el Derecho ampara y regula. Los derechos humanos han experimentado una notoria positivación jurídica en tratados internacionales, en la regulación constitucional de derechos fundamentales y en la legislación ordinaria sobre los derechos y libertades básicos; y esta positivación jurídica ha potenciado la fuerza de obligar y las garantías de cumplimiento que de por sí prestaban su fundamento moral y su legitimación social. En lo que atañe a la deontología profesional, los derechos humanos protegidos por el Derecho son una evidente fuente de deberes en el ejercicio de cualquier profesión, por cuanto este ejercicio está necesariamente sometido al ordenamiento jurídico.

Otra cosa es que estos deberes hacia el Derecho puedan entrar en conflicto con los deberes fundados en el consenso social o con los deberes morales, en cuyo caso habrán de prevalecer los deberes morales, en cuanto que expresan la justificación última de las acciones.

1.3 Los deberes deontológicos de las profesiones jurídicas y la dignidad humana

Hasta aquí hemos examinado el trasfondo de la relación entre los derechos humanos y la deontología profesional, que presenta a los derechos humanos como fuentes de deberes éticos, corporativos y jurídicos en el ejercicio de cualquier profesión. En lo que sigue hemos de ocuparnos de la deontología de las profesiones jurídicas, y de las especificidades que muestra al respecto. Nuestro objetivo último será analizar algunos efectos de los derechos humanos sobre los deberes del profesional del Derecho. Pero antes conviene complementar la discusión precedente con una reflexión general sobre la significación de los derechos humanos en la deontología jurídica, y para ello será útil acudir a la noción de dignidad humana y a sus implicaciones.

La noción de dignidad humana es reconocidamente imprecisa, tanto en su significado como en sus efectos. Sin embargo es una noción generosamente empleada en conexión con la idea de derechos humanos, y en particular como explicación de su fundamento o razón de ser. Así, se argumenta con frecuencia que si hay derechos humanos es porque los seres humanos tienen una dignidad propia que merece protección. Pero en realidad derechos humanos y dignidad humana son dos caras de la misma moneda, y ambas nociones requieren una fundamentación conjunta. Decir que los derechos humanos se basan en la dignidad humana no es ni más claro ni más informativo que decir que los seres humanos tenemos una dignidad especial como titulares de derechos intrínsecos a nuestra naturaleza humana. Pero no necesitamos ahora profundizar en esta relación entre derechos y dignidad, ni en su común fundamento. Nos basta con dejar sentado que los deberes –éticos, sociales y jurídicos– que tienen su causa en los derechos

humanos son también deberes requeridos por el respeto de la dignidad humana. Y si antes hemos tomado como premisa que hay derechos humanos, de forma análoga podemos afirmar ahora que la dignidad humana es valiosa y es fuente de obligaciones.

¿Qué relevancia especial puede tener la dignidad humana para la deontología jurídica? David Luban, uno de los principales expertos norteamericanos en la deontología de los abogados, ofrece en su libro *Legal Ethics and Human Dignity*⁹ algunas claves de interés, articuladas en tres ideas. La primera es que la dignidad humana conlleva el derecho de ser oído, y esta exigencia justifica la necesidad del abogado y legitima su rol.¹⁰ Según Luban, “honrar la dignidad de un litigante como persona exige que oigamos la historia que tiene que contarnos” (p. 71). Por el contrario, “humillar a las personas niega su dignidad humana. Una de esas humillaciones consiste en presumir que algunos individuos no tienen un punto de vista que merezca oírse o expresarse, y esto equivale a negar el peso ontológico de su punto de vista” (p. 72). “El abogado en el juzgado defiende la dignidad humana al dar al cliente voz y evitar al cliente la humillación de ser silenciado e ignorado” (p. 72). Más en concreto: “una vez que aceptamos que la dignidad humana exige que los litigantes sean oídos, la justificación de la abogacía resulta clara. Las personas pueden ser malos oradores en público. Pueden ser inarticulados, iletrados, desorganizados mentalmente, o simplemente estúpidos. Pueden no saber nada sobre el Derecho, y por tanto difícilmente están en posición de

⁹ LUBAN, D., *Legal Ethics and Human Dignity*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

¹⁰ Luban desarrolla a su vez un argumento suscitado por Alan Donagan: “No importa lo poco merecedor de confianza que alguien haya mostrado ser en el pasado, dejamos de respetar su dignidad como ser humano si en cualquier asunto serio rehusamos incluso provisionalmente tratar su testimonio sobre ello como ofrecido de buena fe” [DONAGAN, A., “Justifying Legal Practice in the Adversary System” [1984], reproducido en MALPAS, J.E. (ed.), *The Philosophical Papers of Alan Donagan: Action, reason, and value*, 2 vols., Chicago, University of Chicago Press, 1995, vol. 2, pp. 217-247, por donde se cita (p. 226)].

argumentar sobre su interpretación, o de utilizar derechos procesales tan básicos como el de objetar las preguntas capciosas de su adversario. Al desconocer el Derecho, pueden omitir los hechos mismos que sustentan su posición, o centrarse en piezas de la historia que son irrelevantes o perjudiciales.” (ibídem, p. 69).

Pudiera pensarse que este argumento de Luban es puramente retórico, pero no es el caso. De su planteamiento general, Luban extrae unas conclusiones que no son en absoluto obvias e incluso pueden resultar polémicas. Una de ellas es que el deber de dar voz al acusado en un proceso penal puede exigir a su abogado construir una historia de inocencia que no se corresponde con la verdadera historia que le confía el cliente, pero que éste no quiere contar:

Honar la dignidad humana del acusado –en el sentido que hemos estado explorando, es decir, presumir inicialmente que el acusado tiene una historia de buena fe que contar– requiere que presumamos la inocencia si el acusado afirma la inocencia. (...) Y el abogado defiende la dignidad humana de su cliente o bien directamente, contando su historia, o bien indirectamente, demostrando que a partir de las pruebas puede construirse de buena fe una historia de inocencia.” (ibídem, p. 73).¹¹

Una segunda idea de Luban es que proteger la dignidad de las personas requiere que el abogado no incurra en un paternalismo protector que anule los compromisos que dan sentido a la vida de su cliente. El abogado no debe traicionar los deseos de su cliente ni siquiera con la intención de beneficiarlo, y ello por respeto a su dignidad más que por respeto a su autonomía. Volveré luego sobre esto.

Y una tercera idea, en fin, es que la dignidad humana justifica el deber de secreto profesional y

¹¹ Luban ilustra esta idea con un ejemplo tomado de W.H. Simon: un hombre es detenido cuando ponía un televisor robado en el asiento de su coche y es acusado de posesión de bienes robados; el abogado sabe que su cliente no tenía la llave del maletero, pero argumenta ante el jurado que el hecho de que el acusado hubiera puesto el televisor en el asiento muestra su inocencia, pues no lo habría hecho si supiese que era robado.

el derecho a no declarar contra uno mismo, porque impide obligar a una persona a que se castigue a sí misma. Según esta tesis, el deber de confidencialidad no se justifica para proteger a los inocentes, pues a éstos les perjudica que el abogado no esté obligado a informar sobre la culpabilidad de su cliente cuando la conoce. La confidencialidad se justifica, igual que derecho a no auto-incriminarse, en que “aunque es a veces permisible dañar a alguien, por ejemplo castigándolo, es inmoral obligarle a que se lo haga a sí mismo. No haces que el recluso se encierre en su celda él mismo cada noche, igual que no castigas a un niño maleducado haciendo que tire a la basura sus juguetes favoritos –incluso si encerrar al prisionero o quitarle al niño los juguetes son castigos aceptables cuando se administran por una autoridad externa apropiada.” (ibídem, p. 83).¹²

“[T]ener dignidad humana significa ser un ser individual que no está subsumido completamente en comunidades mayores. No sólo somos sujetos de una historia, es *nuestra* historia, y la dignidad humana exige que no seamos forzados a contarla como un instrumento de nuestra propia condena.” (ibídem, p. 88).

En definitiva, según Luban (ibídem, p. 89), el deber deontológico de los abogados hacia la dignidad humana proscribía humillar a las personas y tratarlas “como si sus historias y compromisos subjetivos propios fuesen insignificantes.”

2. LOS DEBERES COTIDIANOS DEL PROFESIONAL DEL DERECHO HACIA LOS DERECHOS HUMANOS

2.1 El deber general de respetar los derechos humanos.

¹² Luban extrae de su argumento una llamativa consecuencia: “Puesto que, en mi opinión, la justificación para el secreto del abogado y el privilegio abogado-cliente es proteger la dignidad humana del cliente, sólo debería ser aplicable cuando el cliente es una persona de carne y hueso.” [LUBAN, D., op. cit. (nota 8 *supra*), p. 87]. Luban sostiene que el deber de secreto profesional del abogado no procede cuando el cliente es una organización, sin dignidad humana que deba ser protegida, pues el secreto facilita tapaderas que cuestan demasiado a la sociedad.

En el recorrido realizado hemos entrevistado la relevancia de los derechos humanos –y de la dignidad humana como su correlato– en la deontología profesional, y algún efecto peculiar en la deontología de los profesionales del Derecho. Es el momento ahora de examinar más de cerca la relación de los derechos humanos con la deontología jurídica, tanto en las situaciones ordinarias de ejercicio profesional como en las situaciones extraordinarias. Comenzaré este repaso por las primeras, mostrando algunos supuestos de la intervención de los derechos humanos en la deontología cotidiana de las profesiones jurídicas. Esta intervención, como ya se dijo, es múltiple: por una parte los derechos humanos justifican deberes profesionales con razones éticas, sociales y jurídicas; y por otra parte los derechos humanos justifican estos deberes a la vez como obligaciones estrictas y como ideales o metas deseables. Tendríamos así al menos seis maneras en que los derechos humanos actúan sobre la deontología jurídica. No obstante, en lo que sigue no haré un esfuerzo por precisar cada uno de estos distintos tipos de actuación; y tomaré la intervención de los derechos humanos como un fenómeno complejo, el cual con un conjunto de razones éticas, sociales y jurídicas justifica tanto principios genéricos de conducta como derechos exigibles. Este enfoque conjunto es más sencillo y práctico, y sin embargo creo es fiel a la realidad aplicado prudentemente al núcleo menos polémico de los derechos humanos; porque este núcleo explica obligaciones y objetivos que están positivados jurídicamente, y que la vez son tenidos generalmente como tales obligaciones y objetivos también en el consenso social y en el razonamiento filosófico.

Situados en este punto, tenemos primero que destacar lo obvio: los derechos humanos, y con más motivo su contenido esencial, crean obligaciones deontológicas al profesional del Derecho como las crean a cualquier persona individual y a todos los poderes públicos. El jurista profesional, ya sea en su ejercicio privado o ya sea como poder público, tiene el deber claro e ineludible de respetar los derechos humanos de todos. Puede haber dudas sobre cuáles son estos derechos y sobre qué requieren, pero no caben

dudas respecto a que el jurista sólo tiene un comportamiento deontológico correcto si tiene en cuenta los derechos humanos de quienes puedan verse afectados por sus actuaciones. Creo que esta idea es suficientemente obvia y no requiere mayor desarrollo. Si hay un derecho humano a la vida, o a la libertad, o a la integridad física, o a la intimidad, o a la libre circulación, etcétera, entonces son deberes correlativos del jurista profesional, en primer lugar, no atentar contra esos derechos, ni directa ni indirectamente; y, en segundo lugar, protegerlos activamente. La dificultad será precisar qué concretas obligaciones determinan cada uno de esos derechos; pero parece claro que tienen un impacto deontológico directo.

En todo caso, lo que nos interesa aquí no es el deber que los juristas profesionales tienen de respetar los derechos humanos como cualquier otra persona particular o autoridad, sino sus deberes específicos como tales profesionales. En este sentido, podríamos ensayar aquí un intento de concretar qué obligaciones peculiares existen en las distintas profesiones jurídicas respecto de los distintos derechos humanos; pero no voy a seguir ese camino. Por ejemplo, podríamos indagar cómo el derecho a la vida afecta a la deontología de los jueces, fiscales o abogados que tienen que intervenir en asuntos de vida o muerte, por ejemplo en casos de eutanasia, aborto, huelgas de hambre, pena de muerte, creación de embriones u otros. O podríamos indagar qué requiere el derecho a la integridad física en la deontología del juez, del fiscal o del abogado cuya actuación puede afectarlo, por ejemplo ante un caso de mutilación ritual o en el procedimiento para autorizar la esterilización de un incapaz. Sin embargo en vez de ese camino inacabable e incierto seguiré otro algo más practicable, que consiste en atender específicamente al contenido de los derechos humanos que concierne y obliga de modo más directo a los profesionales del Derecho. Pues bien, cuando pensamos en el núcleo de los derechos humanos, el que parece más nítidamente relevante de modo específico a la deontología jurídica es el derecho a obtener una tutela judicial efectiva.

En cualquier caso, el desafío que presentan globalmente los derechos humanos a la deontología jurídica volverá a hacerse presente cuando tratemos luego el problema de los deberes de conciencia. Por lo demás, y con independencia de lo polémico que pueda resultar alguna interpretación de los derechos humanos y de sus implicaciones, está claro que muchos derechos humanos justifican obligaciones nítidas en el jurista, como en cualquier persona: no discriminar por motivos arbitrarios, proteger el honor y la reputación de las personas, etc. Y estas obligaciones, en las que no es necesario insistir, han de tener reflejo en el trabajo diario del profesional, en su interpretación y aplicación del Derecho.¹³

2.2 El deber de facilitar el acceso a la Justicia.

2.2.1 El derecho a una tutela judicial efectiva

En las sociedades modernas es una exigencia elemental de justicia que toda persona tenga la posibilidad de proteger sus intereses, con los medios del Derecho, ante jueces y tribunales imparciales. Esta exigencia ética es una convicción asentada entre los profesionales del Derecho y también una obligación jurídica, así como un principio que ha de guiar la conducta de los poderes públicos y de los juristas particulares. Este derecho está enunciado así en el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948): “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

¹³ Cuando escribo este trabajo aparece en los obituarios el juez estadounidense William Wayne Justice (1920-2009), célebre por sus decisiones pioneras en garantía de los derechos humanos y de la igualdad ante la ley. Entre las más famosas figura su sentencia en el caso *United States v. Texas*, de 1970, en la que Justice ordenó a la Agencia de Educación de Texas que prohibiese en ese Estado la segregación de estudiantes por raza y la discriminación racial en las actividades extraescolares y en los autobuses.

En sentido similar se manifiestan el artículo 6.1 del Convenio europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950)¹⁴ o el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).¹⁵ Como es bien conocido, este derecho tiene reflejo en el artículo 24 de la Constitución Española¹⁶ y ha sido tenido en cuenta e interpretado en numerosas ocasiones por el Tribunal Constitucional español.

2.2.2 La responsabilidad de las profesiones jurídicas en la tutela jurídica

La obligación deontológica profesional distintiva del jurista es, por tanto, colaborar a que toda persona pueda tener acceso a una Justicia competente, independiente e imparcial, para hacer valer sus derechos y libertades, precisar sus obligaciones y dilucidar cualquier acusación de delito o falta que se le haga. Esta obligación tiene

¹⁴ “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. (...)”.

¹⁵ “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. (...)”.

¹⁶ “1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La Ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.”

implicaciones diferentes dependiendo de la profesión concreta de que se trate.

En la **deontología de los Jueces y Magistrados**, la obligación de proporcionar tutela efectiva a toda persona, en el ámbito de su respectiva jurisdicción y con los medios del Derecho, explica y justifica todos sus deberes profesionales. Se ha dicho que son tres los principios rectores de la ética judicial: los de independencia, imparcialidad y motivación.¹⁷ Pues bien, los tres encaminan a la mayor efectividad de la tutela judicial; y no hay tutela judicial efectiva sin que tales principios sean satisfechos en grado suficiente. Estos tres principios abren la parte dispositiva del *Código Iberoamericano de Ética Judicial*, un código modelo aprobado en 2006,¹⁸ que “dota de cierta objetividad al concepto de ‘excelencia judicial’” –según se declara en su Preámbulo–, para guiar la actuación de los jueces que voluntariamente se acojan a él. Para concretar la deontología de los jueces en su función tutelar será útil repasar los criterios de conducta que propone este código modelo; aunque también podríamos invocar directamente la ética o el Derecho, pues parece claro que decidir de modo independiente, imparcial y justificado es una obligación moral del juez, y está muy claro que es una obligación jurídica.¹⁹

¹⁷ ATIENZA, M., “Ética judicial: ¿por qué no un código deontológico para jueces?”, *Jueces para la Democracia* 46, 2003, pp. 43-46; p. 44.

¹⁸ Por la XII Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada en Santo Domingo (República Dominicana) el 21 y 22 de junio de 2006, con la participación destacada de Manuel Atienza.

¹⁹ La Constitución española dispone que los jueces son independientes y sólo están sometidos a la ley (art. 117), y que las sentencias serán siempre motivadas (art. 120.1). La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, requiere y asegura en diversas ocasiones los deberes (y derechos) judiciales de independencia e imparcialidad. La existencia de un deber jurídico que vincula al juez se explicita en el artículo 318.1 de esta Ley: “1. Los miembros de la carrera judicial prestarán, antes de posesionarse del primer destino, el siguiente juramento o promesa: *Juro (o prometo) guardar y hacer guardar fielmente y en todo tiempo la Constitución y el resto del Ordenamiento Jurídico, lealtad a la Corona, administrar recta e imparcial justicia y cumplir mis deberes judiciales frente a todos.*”

El principio de *independencia* judicial tiene como razón de ser –según este Código deontológico (art. 1)– “garantizar a los ciudadanos el derecho a ser juzgados con parámetros jurídicos, como forma de evitar la arbitrariedad y de realizar los valores constitucionales y salvaguardar los derechos fundamentales”. Este principio requiere del juez que no se deje influir por factores ajenos al Derecho mismo (art. 2); y que así lo manifieste “con sus actitudes y comportamientos” (art. 3); lo cual le veda toda “actividad política partidaria” (art. 4); y le legitima para reclamar los medios necesarios para su independencia (art. 5); y para denunciar cualquier intento de perturbarla (art. 6).

El principio de *imparcialidad* judicial, a su vez, “tiene su fundamento en el derecho de los justiciables a ser tratados por igual y, por tanto, a no ser discriminados en lo que respecta al desarrollo de la función jurisdiccional” (art. 9). Este principio exige al juez que persiga la verdad de los hechos “con objetividad y con fundamento en la prueba”, sin “favoritismo, predisposición o prejuicio” hacia ninguna de las partes (art. 10); que se abstenga de intervenir en las causas “en las que se vea comprometida su imparcialidad o en las que un observador razonable pueda entender que hay motivo para pensar así” (art. 12); y que evite “toda apariencia de trato preferencial o especial” con abogados o justiciables (art. 13); tales como recibir regalos o mantener reuniones injustificadamente (arts. 14 y 15).

En tercer lugar, el principio de *motivación*, que obliga al juez a motivar sus decisiones, “se orienta a asegurar la legitimidad del juez, el buen funcionamiento de un sistema de impugnaciones procesales, el adecuado control del poder del que los jueces son titulares y, en último término, la justicia de las resoluciones judiciales” (art. 18). El deber de motivación –según el Código modelo que nos sirve de referencia– exige “expresar, de manera ordenada y clara, razones jurídicamente válidas, aptas para justificar la decisión” (art. 19); y es un deber más intenso “en relación con decisiones privativas o restrictivas de derechos, o cuando el juez ejerza un poder discrecional” (art. 20). El deber de motivar se refiere tanto a la prueba de los hechos como al Derecho aplicado; y la motivación

ha de extenderse a todos los aspectos relevantes (arts. 22 a 25), y ha de ser comprensible (art. 27). Además de los principios de independencia, imparcialidad y motivación, también contribuyen a la tutela judicial efectiva diversos otros principios y deberes deontológicos. El Código Iberoamericano de Ética Judicial propone los siguientes. Los deberes de *conocimiento* y *capacitación*, que requieren del juez una formación continuada en el conocimiento del Derecho vigente, las capacidades técnicas y las actitudes éticas, especialmente en lo que afecte a los derechos humanos (arts. 28 a 34). Los deberes de *justicia* y *equidad*, que dirigen a “realizar la justicia por medio del Derecho” y a atender a las peculiaridades del caso (arts. 35 a 40). La *responsabilidad institucional*, que compromete al juez “en el buen funcionamiento de todo el sistema judicial” (art. 42). El deber de *cortesía*, que muestra el respeto y consideración debidos a todos (art. 49). El deber de *integridad* en toda su conducta, que fundamenta la confianza de los ciudadanos (art. 53). El deber de *transparencia* en las actuaciones, como garantía de la justicia (art. 56). El deber de *secreto profesional*, que exige al juez absoluta reserva “con los hechos o datos conocidos en el ejercicio de su función o con ocasión de ésta (art. 62), tanto en el ámbito institucional como en su ámbito privado (art. 66). El deber de *prudencia*, que impone al juez la obligación de analizar las alternativas, justificar racionalmente sus decisiones y “mantener una actitud abierta y paciente para escuchar o reconocer nuevos argumentos o críticas” (arts. 68 a 72). El deber de *diligencia*, que exige resolver los procesos en un plazo razonable (art. 74). Y, finalmente, el deber de *honestidad profesional*, que prohíbe al juez recibir beneficios que no le corresponden o aprovecharse ilegítimamente del trabajo ajeno (arts. 79 a 82).

En la **deontología del Ministerio Fiscal** son de aplicación todos los principios de la ética judicial, con apenas peculiaridades. Tanto jueces como fiscales están sometidos a la ley y han de guiar toda su actuación por ella, con objetividad e imparcialidad, como exigencia del derecho humano al acceso a la Justicia. Por otra parte, les son plenamente aplicables a los fiscales también los

deberes judiciales de conocimiento y capacitación, justicia y equidad, responsabilidad institucional, cortesía, integridad, transparencia, secreto, prudencia y diligencia. La principal peculiaridad del Ministerio Fiscal respecto de la judicatura es, por supuesto, su estructura jerarquizada. En el Ministerio Fiscal no rige el principio de independencia característico de los jueces, sino “los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica”.²⁰ No obstante, también en la deontología de los fiscales pesa cierto deber de independencia, por cuanto la unidad de criterio y las relaciones de subordinación no justifican desconocer el deber fundamental de sujetarse “en todo caso” a los principios de legalidad e imparcialidad; lo cual exige del fiscal independencia de criterio en la interpretación de la ley y del interés general.²¹

En la **deontología de los Abogados** el deber de procurar la tutela judicial efectiva tiene varias manifestaciones. Podemos reconocer algunas en el Código Deontológico de la Abogacía Española, como también podríamos razonarlas éticamente o fundamentarlas jurídicamente.²² El

²⁰ Art. 2.1 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, modificada por Ley 24/2007, de 9 de octubre.

²¹ La expresión “en todo caso” figura en el citado art. 2.1. del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (nota *supra*). La sujeción prioritaria del fiscal a la ley se pone de relieve, por ejemplo, en el art. 27 del Estatuto: “El Fiscal que recibiere una orden o instrucción que considere contraria a las leyes o que, por cualquier otro motivo estime improcedente, se lo hará saber así, mediante informe razonado, a su Fiscal Jefe.” Los superiores jerárquicos podrán entonces encomendar el asunto a otro Fiscal o mantener la orden, pero en este caso “por escrito razonado con la expresa relevación de las responsabilidades que pudieran derivarse de su cumplimiento”.

²² El *Código Deontológico de la Abogacía Española* actualmente vigente, aprobado en 2002, está adaptado al *Estatuto General de la Abogacía Española*, aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, que incorpora explícitamente normas deontológicas al Derecho positivo. Dice el art. 30 del Estatuto: “El deber fundamental del abogado, como partícipe de la función pública de la Administración de Justicia, es cooperar a ella asesorando, conciliando y defendiendo en derecho los intereses que le sean confiados. En ningún caso la tutela de tales intereses

primer deber del abogado es “asesorar y defender adecuadamente los legítimos intereses de sus clientes”, preservando para ello “su independencia frente a toda clase de injerencias y frente a los intereses propios o ajenos” (art. 2). La adecuada defensa requiere no defraudar la confianza del cliente (art. 4), y al respecto es fundamental el deber de secreto profesional (art. 5). Requiere también evitar las incompatibilidades (art. 6) y los conflictos de intereses (art. 13.4), e incluso las relaciones con las parte contraria (art. 14). Y requiere del abogado, en fin, no aceptar un asunto “si no se considera o no debiera considerarse competente para dirigirlo”; actuar “con diligencia y dedicación” en los que acepte; y llevar a término su defensa con todos los medios legítimos que libremente decida (art. 13, apartados 8, 10 y 11). Más en general, es obligación del Abogado “colaborar en el cumplimiento de los fines de la Administración de Justicia” (art. 11 b).

Hay una posible manifestación del deber genérico del abogado de colaborar a la tutela judicial efectiva que, por el contrario, no es asumida corporativamente en España como una obligación deontológica. Me refiero a la participación activa en la asistencia jurídica gratuita. Ni el Código Deontológico de la Abogacía Española, ni el Código de Deontología de los Abogados de la Unión Europea (modificado en 2002), incluyen la participación en los servicios de justicia gratuita entre los deberes profesionales del abogado,²³ ni desde luego es una obligación

jurídica, pero hay motivos para considerarla un deber ético. El derecho humano a la tutela judicial conlleva en los sistemas jurídicos complejos el derecho de ser asistido por abogado, con independencia de los recursos económicos que se tengan,²⁴ y la satisfacción de este derecho requiere la colaboración de los abogados. O bien se acepta que los abogados puedan asistir sin cobrar (*pro bono*), o cobrando sólo si el resultado del pleito es favorable al cliente (una modalidad del pacto de *quota litis*); o bien es necesario un sistema público de asistencia jurídica gratuita, como es habitual en Europa, que para funcionar correctamente precisa que los abogados se involucren con él. Por descontado, cuando participan en este servicio, los abogados tienen el deber de intervenir con igual diligencia y celo que en cualquier otro caso.²⁵ El deber de prestar asistencia gratuita sí está presente en las *Model Rules (2002)* de la *American Bar Association*, que sirven de guía a la regulación de la abogacía por los Estados en los EE.UU. En su regla 6.1 se dice: “Todo abogado tiene una responsabilidad profesional de proporcionar servicios jurídicos a quienes no pueden pagarlos. Un abogado debería aspirar a ofrecer al menos cincuenta horas de servicios públicos *pro bono* por año.”

Podríamos señalar varias otras repercusiones del derecho de tutela judicial en la deontología de los abogados, pero voy a referirme sólo a una más, que suele ser atraer la atención de especialistas y de profanos. Se trata de que el derecho a la tutela judicial, al menos en el proceso

puede justificar la desviación del fin supremo de Justicia a que la abogacía se halla vinculada.”

²³ Estos códigos se limitan a disponer que el abogado debe informar al cliente de si tiene derecho a la asistencia jurídica gratuita (art. 3.7.2 del Código europeo y 13.9.d del Código español); pero no comprometen al abogado a prestarla. En el código europeo se ensalza el desinterés, que exige del abogado que anteponga los intereses del cliente a los suyos propios (art. 2.7); pero el código español le prohíbe prestar servicios gratuitos que puedan entenderse como competencia desleal (art. 8.1 e). De la Torre Díaz (*op. cit. supra* nota 3, p. 170) extrae del principio de desinterés la conclusión de que el abogado “debe prestar asesoramiento a toda persona urgida o necesitada que se lo solicite, independientemente de que sea o no posible la retribución”;

pero no en cambio que deba participar en el servicio público de justicia gratuita.

²⁴ Este derecho es explícito en el art. 6.3 del Convenio europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950): “Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: (...) c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un Abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan; (...)”.

²⁵ Este sí es un deber jurídico: “Los abogados y procuradores designados desempeñarán sus funciones de asistencia y representación de forma real y efectiva hasta la terminación del proceso (...) –dice el artículo 31 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.

penal, justifica la actuación esforzada del abogado en defensa de un culpable, e incluso puede exigirla como un deber. Sin entrar ahora ni en detalles ni en casuística, pueden afirmarse algunos puntos en relación a esta cuestión. Primero, normalmente el abogado puede rechazar la defensa de un asunto, y debe hacerlo si no se cree capaz de llevarla a cabo adecuadamente. Hay algunas excepciones a esta libertad de elección, sobre todo una vez ya iniciada la relación, debidas precisamente a la necesidad de evitar la indefensión del cliente; pero en general el abogado no tiene el deber de defender una inocencia en la que no cree. Ahora bien, en segundo lugar, el abogado ha de ser consciente de que toda persona, culpable o no, tiene derecho –tanto en sentido moral como jurídico– a ser defendido competentemente, y que satisfacer este derecho precisa de la cooperación de los abogados. Por tanto, el abogado no sólo está justificado para intervenir en defensa de un culpable, sino que debe hacerlo si considera que de otro modo quedaría indefenso. Y, en tercer lugar, una vez que asume esta defensa, el abogado ha de llevarla a cabo con toda la competencia de que es capaz, poniendo en juego todos los medios lícitos necesarios para obtener la absolución de su cliente. Al fin y al cabo, si nos convenció Luban, el abogado vela por la dignidad humana de su cliente al dar voz a su relato en el proceso.²⁶

²⁶ Al respecto, puede interesar aquí el enfoque de Richard A. Wasserstrom: la relación especial entre el abogado y su cliente simplifica el mundo moral de aquél, pues justifica que de modo amoral o incluso inmoral anteponga los intereses de su cliente a consideraciones que de otro modo serían relevantes o decisivas; pero si bien el comportamiento amoral del abogado en la defensa penal es justificable, fuera de ella es “casi siempre excesivo y a veces inapropiado”, por lo que “puede ser que necesitemos bastante menos y no más profesionalismo en nuestra sociedad en general y entre los abogados en particular” [WASSERSTROM, R.A., “Lawyers as Professionals: Some Moral Issues”, *Human Rights* 5:1, 1975, 1-24. Se cita por su reproducción en CALLAHAN, J. (ed.) *Ethical Issues in Professional Life*, New York, Oxford University Press, 1988, pp. 58-69; p. p. 63].

Es común entre quienes se ocupan de los aspectos éticos – y no sólo jurídicos– de la deontología de los abogados sostener que es legítimo que defiendan a quien saben culpable [así TORRE DÍAZ, *op. cit.* (nota 3), p. 150; APARISI,

Otras varias profesiones jurídicas tienen incidencia en el derecho humano a recibir la tutela judicial de los derechos. Todavía dentro de las profesiones forenses, los **procuradores de los Tribunales** deben ejercer su función de representación con diligencia, además de con libertad e independencia.²⁷ Y los **secretarios judiciales** deben sujetarse escrupulosamente a la ley y actuar con total independencia al dar fe en los procesos.²⁸ También fuera del ámbito forense hay profesiones jurídicas relevantes para la tutela de los derechos. Por citar sólo una, los **notarios** deben ejercer la fe pública con rigor jurídico y con absoluta independencia, además de cumplir con igual esmero las demás funciones que le son encomendadas por el ordenamiento jurídico, tales como informar, “indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico” la voluntad de que quienes intervienen en un instrumento público.²⁹

op. cit. (nota 2), p. 248). Pero esta tesis suele circunscribirse sólo al proceso penal; y por el contrario se censura que se defienda una causa civil que se sabe infundada, por ejemplo por estar basada en un documento falso (así TORRE DÍAZ *ibidem*, p. 147; APARISI, *ibidem*, p. 243).

²⁷ El Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España, aprobado por Real Decreto 1281/2002, de 5 de diciembre, dice en su artículo 37.1: “Es deber del procurador desempeñar bien y fielmente la representación procesal que se le encomiende y cooperar con los órganos jurisdiccionales en la alta función pública de administrar justicia, actuando con profesionalidad, honradez, lealtad, diligencia y firmeza en la defensa de los intereses de sus representados.”

²⁸ Dispone la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en su artículo 452.1: “Los secretarios judiciales desempeñarán sus funciones con sujeción al principio de legalidad e imparcialidad en todo caso, al de autonomía e independencia en el ejercicio de la fe pública judicial, así como al de unidad de actuación y dependencia jerárquica en todas las demás que les encomienden esta Ley y las normas de procedimiento respectivo, así como su reglamento orgánico. (...)”

²⁹ El Reglamento Notarial, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944, dice en su art. 147: “El notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e informará a aquéllos del valor y alcance de su redacción, de conformidad con el artículo 17 bis de la Ley del Notariado. (...)”. El art. 145 reitera el deber de asegurar “que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad

2.2.3 El acceso a la justicia de las personas con discapacidad

Para complementar este breve repaso de las implicaciones deontológicas del derecho de tutela judicial, y para dar idea de sus múltiples facetas, me referiré ahora a un aspecto de este tema que me parece importante y que precisa más atención, tanto legal como doctrinal, que la que ha recibido hasta ahora. Se trata de los deberes deontológicos en relación con el derecho de las personas con discapacidad a acceder a la justicia en las mismas condiciones que las demás. El derecho a no ser objeto de discriminación por motivos de discapacidad en el ejercicio de los derechos fundamentales, y entre ellos el derecho de tutela judicial, es en sí mismo un derecho fundamental garantizado por la Constitución española, y es un derecho humano tanto en su sentido de exigencia moral como en su sentido jurídico-positivo de pretensión amparada por tratados internacionales. Al respecto es de cita obligada la reciente Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada en 2006 por la Asamblea General de la ONU y ratificada por España el 3 de diciembre de 2007, que dispone en su artículo 13:

1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares.

2. A fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, los Estados Partes promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario.

y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes e intervinientes.”

De esta manera, la obligación jurídica hacia las personas con discapacidad, en el marco de la citada Convención, no es sólo garantizar su igualdad en el acceso, adaptando en lo que haga falta los procedimientos judiciales, sino también capacitar a los profesionales que intervienen en tales procedimientos para que hagan posible esa igualdad. Pero si la Convención compromete jurídicamente a los poderes públicos a formar a los profesionales del Derecho con el fin de lograr la tutela judicial efectiva de las personas con discapacidad, por su parte los propios profesionales tienen la responsabilidad deontológica de hacer lo que esté de su mano para alcanzar ese mismo fin. No puedo entrar en detalles sobre las obligaciones deontológicas concretas a que podría dar lugar este deber profesional, pero puede pensarse, por ejemplo, en la obligación de tomar en consideración el testimonio de una persona sorda o muda exactamente igual que el de cualquier otra persona, requiriendo y facilitando un intérprete de la lengua de signos allí cuando sea preciso; o en la obligación de oír a la persona incapacitada o presuntamente incapaz en todos los procedimientos que le afecten y en los que pueda intervenir; o en la obligación de facilitar la participación de los invidentes en el proceso y su acceso a los documentos, conciliándola con el deber de secreto.³⁰ Estas obligaciones deontológicas son positivas, de hacer, y van más allá de la prohibición jurídica de discriminar por causa de la discapacidad.

2.3. El deber de tratar con igual consideración y respeto

Los deberes profesionales que hemos asociado con diversos operadores jurídicos tienen

³⁰ En relación al acceso de los invidentes a la Justicia merece mención la Ley 12/2003, de 10 de abril, de la Generalitat valenciana, sobre Perros de Asistencia para Personas con Discapacidades, que garantiza a las personas con discapacidad el derecho de acceder con un perro de asistencia a todos los lugares públicos, incluidos “los centros oficiales de toda índole y titularidad” y “las oficinas y despachos de profesionales liberales”, en el ámbito de la Comunidad Valenciana.

como eje central la exigencia deontológica de contribuir a dar efectividad práctica al derecho humano de acceder a la justicia. Ahora bien, este deber central es, a su vez, sólo una parte de la exigencia deontológica más amplia de respetar la dignidad de las personas. El reto que la dignidad de las personas plantea a la deontología jurídica no se reduce a la obligación de colaborar a la tutela judicial efectiva, por amplia y genérica que sea esta exigencia. A continuación haré una breve referencia a dos obligaciones con análogo fundamento y con similar amplitud: la de tratar a todas las personas con consideración y respeto y la de respetar la autonomía de las personas.

Respetar la dignidad de las personas obliga a tratarlas por igual con consideración y respeto, sea cual sea su estatus en el proceso o en la actividad jurídica: jueces, abogados, funcionarios, litigantes, procesados, víctimas, testigos, otorgantes de una escritura, etc. Esta obligación tiene como efecto, entre otros, la prohibición de discriminar por razones injustificadas, como pudiera ser la discapacidad, el sexo, la edad, el aspecto físico o la indumentaria. Los códigos y estudios de deontología profesional suelen dedicar un amplio espacio a las normas sobre el trato personal.

Y respetar la dignidad de las personas obliga también a respetar su autonomía, lo cual a su vez repercute en el trato personal. Un efecto de esta obligación, en la relación abogado-cliente, es la necesidad de evitar el paternalismo excesivo que niega de modo injustificado la autonomía del defendido. El abogado debe aplicar su conocimiento y experiencia en interés del cliente, pero no contra la voluntad de éste. Normalmente el cliente carece de los elementos de juicio que tiene el abogado, y es éste quien debe dirigir el asunto y no aquél; pero el abogado debe emplear prudentemente su posición de dominio y escuchar a su cliente sin manipularlo o despersonalizarlo.³¹

³¹ Wasserstrom ofrece unas consideraciones duras pero interesantes sobre el paternalismo de los abogados: “desde el punto de vista profesional se ve y se responde al cliente más como un objeto que como un ser humano, y más como un niño que como un adulto” [WASSERSTROM, R.A., *op. cit.*

3. EL DEBER PROFESIONAL HACIA LOS DERECHOS HUMANOS EN LOS CASOS DE CONFLICTO DEONTOLÓGICO.

3.1 La deontología profesional ante el conflicto de deberes

Hasta aquí he tratado de mostrar algunas de las implicaciones que tienen los derechos humanos en los deberes diarios de los profesionales del Derecho. Y en esta exposición he procurado hacer ver que estas obligaciones deontológicas tienen normalmente un triple carácter ético, corporativo y jurídico, aunque puedan tener distinta intensidad en cada uno de estos ámbitos normativos, pues se justifican moralmente, se ajustan a convenciones asumidas por los propios profesionales y cuentan con el respaldo del Derecho. Ahora bien, esta confluencia de obligaciones *debe ser* lo normal, y *suele ser* lo normal en las sociedades democráticas con un Estado de Derecho; pero *no es necesariamente* lo normal. Tanto en hipótesis como en la práctica son posibles los conflictos deontológicos donde se enfrentan deberes éticos, corporativos y jurídicos. Éste es el último punto que me propongo tratar, el

supra (nota 25), p. 66]; “los profesionales en general y los abogados en particular, típicamente participan en relaciones con los clientes que son objetables moralmente en virtud del modo paternalista e impersonal en que es visto y tratado el cliente” (ibídem, p. 67); “la incapacidad del cliente para comunicarse con el abogado en el propio lenguaje del abogado ayuda sin duda a hacer del cliente menos que una persona a los ojos del abogado –y quizás también a los ojos del cliente” (ibídem, p. 67); por lo cual sería deseable simplificar el lenguaje jurídico y hacer los procesos jurídicos “menos misteriosos y más accesibles directamente a los legos” (ibídem, p. 68).

El paternalismo de los abogados atenta contra la autonomía de los clientes, pero –como ya vimos– según Luban sobre todo a su dignidad: “La autonomía enfoca sólo una facultad humana, la voluntad, e identificar la dignidad con la autonomía identifica análogamente la dignidad humana con querer y escoger. Esto, creo, es una visión truncada de la humanidad y de la experiencia humana. Honrar la dignidad humana de alguien significa honrar su ser, no meramente su querer. Su ser trasciende las elecciones que hace. Incluye el modo en que experimenta el mundo –sus percepciones, sus pasiones y sufrimientos, sus reflexiones, sus relaciones y compromisos, aquello que le importa” [LUBAN, D., *op. cit. supra* (nota 8), p. 77].

cual presenta un evidente punto de conexión entre derechos humanos y deontología jurídica. Porque una forma de plantear el problema del conflicto deontológico es responder a la siguiente pregunta: ¿Qué debe hacer el profesional del Derecho ante una obligación jurídica o convencional que a su juicio atenta contra los derechos humanos?

Por lo pronto, la solución del problema no es negarlo o minimizarlo. En el contexto de un ordenamiento jurídico como el español, y en el de otros Estados que hacen del respeto de los derechos humanos una norma jurídica fundamental, es tentador sostener que no puede haber obligaciones jurídicas que atenten contra los derechos humanos. El argumento sería que una norma que no respete el contenido esencial de los derechos humanos carece de validez para el Derecho y no puede ser fuente de deberes jurídicos. Por otra parte, quienes ven la deontología profesional como una disciplina jurídica quizá quieran añadir que las convenciones corporativas no obligan cuando son contrarias al Derecho, por lo cual no puede darse conflicto deontológico alguno entre una obligación corporativa y la obligación jurídica de respetar los derechos humanos. Sin embargo estos argumentos pasan por alto dos grandes posibilidades de conflicto.

En primer lugar, determinar si una norma o una convención respetan o no el contenido esencial de los derechos fundamentales puede ser difícil y requiere un órgano competente para que tenga efectos jurídicos. Por tanto, hay lugar para un conflicto deontológico entre el deber constitucional de respetar los derechos humanos y cierto deber, impuesto por el Derecho o por un código deontológico corporativo, que se considera inconstitucional pero cuya inconstitucionalidad todavía no se ha determinado.³² Además, los

derechos humanos que vinculan jurídicamente no son sólo los derechos fundamentales garantizados en la Constitución, sino también los derechos protegidos por los tratados internacionales aplicables, o incluso por los principios generales del Derecho internacional, y la interpretación de estas fuentes puede ser también muy dudosa hasta que la fija un órgano autorizado. A menudo el propio Derecho ofrece mecanismos para hacer valer los derechos fundamentales como norma superior, tales como la cuestión de constitucionalidad en el caso de los jueces, pero no siempre está en manos del profesional del Derecho poner en cuestión la norma que ha de aplicar y que le resulta conflictiva.

En segundo lugar, por otra parte, la posibilidad de conflicto deontológico entre los deberes jurídicos o convencionales y los deberes hacia los derechos humanos es todavía más clara si entendemos los derechos humanos no como una noción jurídica o una convención social, sino como una exigencia ética, como una conclusión del razonamiento moral. Las normas jurídicas y los códigos de conducta convencionales pueden imponer al profesional deberes contrarios al deber ético de respetar los derechos humanos, sean éstos reconocidos o no por el Derecho o por tales códigos. Esta posibilidad de conflicto deontológico también ha de ser afrontada, y guarda relación estrecha con una pregunta tradicional de la filosofía del Derecho: ¿qué debe hacerse ante la norma injusta? Porque en definitiva nuestra pregunta es: ¿qué debe hacer el profesional del Derecho ante la norma injusta que no respeta los derechos humanos?

3.2 Principios de actuación ante el conflicto deontológico

Podría interesar una descripción más detallada de las ocasiones de conflicto deontológico, reales o hipotéticas. Sin embargo, prescindiré de ese preámbulo para ofrecer unas ideas sobre cómo habría que afrontar tales

³² Me atreveré a poner un ejemplo. El artículo 182 del Reglamento Notarial, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944, en su redacción dada por el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, dice así: "Son incapaces o inhábiles para intervenir como testigos en la escritura: 1. Las personas con discapacidad psíquica, los invidentes, los sordos y los mudos. (...)". Esta disposición es discriminatoria y posiblemente inconstitucional y contraria a diversos tratados internacionales de derechos humanos, pero de momento es

válida y obligatoria jurídicamente. El notario encargado de aplicarla puede verse ante un conflicto deontológico.

conflictos. Pues bien, creo que podemos enunciar los siguientes principios deontológicos para actuar en caso de conflicto entre deberes éticos, convencionales y jurídicos, en especial cuando están en juego los derechos humanos.

3.2.1 Prevalencia del deber ético

Primer principio: el deber prevalente es el deber ético, en su sentido de razón moral ya descrito. Al fin y al cabo es la ética la que proporciona la respuesta última a la pregunta ¿qué debo hacer? Este primer principio no puede ser eludido por quienes ven la deontología profesional como una moral social corporativa o como una regulación jurídica. En cualquier circunstancia en que una convención social o una disposición legal crea una prescripción, cabe preguntar: ¿debo obedecerla? Y como respuesta no basta insistir en que la convención o la ley demandan obediencia, porque a continuación la pregunta será: ¿debo obedecer esa convención o esa ley? La respuesta, en último término, ha de provenir de la ética.

3.2.2 Soberanía de la conciencia informada

Segundo principio: los deberes éticos se identifican con la razón y se reconocen en conciencia, pero ha de tratarse de una conciencia informada. Esta tesis puede explicarse en cuatro pasos.

1) Los deberes éticos prevalentes son los que cabe justificar racionalmente, y no necesariamente los que solemos de hecho justificar con base en nuestras convicciones o nuestras convenciones. La prevalencia de los deberes éticos tiene una explicación lógica por su condición de razones supremas para actuar (respuestas últimas a la pregunta ¿qué debo hacer?); pero sólo son razones supremas si son inobjetables, si su validez es absoluta. Los deberes éticos que han de primar en los conflictos deontológicos son los que cabe justificar en un razonamiento práctico ideal, impecable; porque sólo de ellos diremos que no tiene sentido preguntar si deben ser seguidos. Ahora bien, como las capacidades humanas de

raciocinio y de manejo de información son limitadas, no podemos confiar en que los deberes morales que nuestro razonamiento identifica como superiores sean propiamente los deberes éticos absolutos y prevalentes. A veces nuestra razón alcanza conclusiones que coinciden con las obtenidas por otros y que prácticamente no son objetadas, y un ejemplo de ello es la convicción de que la persona humana tiene una dignidad que merece respeto, y que éste puede ser exigido moralmente y da lugar a unos derechos humanos. Pero ni siquiera entonces podemos estar seguros de que estas conclusiones son *inobjetables*, pues podríamos todos errar en nuestro juicio. En consecuencia, no podemos confiar en conocer cuáles son los deberes éticos prevalentes.

2) A falta de un conocimiento fiable sobre los deberes éticos últimos, para dar respuesta provisional a la pregunta sobre las obligaciones deontológicas hemos de confiar en alguna fuente de conocimiento moral sucedánea del razonamiento práctico indiscutible. Hay varias fuentes de conocimiento moral cuya autoridad hay motivos para reconocer. Una de ellas es el consenso filosófico en torno a unos valores y normas morales, como precisamente los derechos humanos. Si lo que buscamos es aproximarnos al mejor razonamiento práctico, es natural que para guiarnos nos dirijamos a quienes han pensado sobre el deber moral cuidadosamente y con especial preparación. También tienen autoridad moral, aunque menor, las convenciones sociales mayoritarias sobre lo correcto e incorrecto, la llamada moral positiva; y las decisiones y reglas adoptadas democráticamente. En esta fuente, que por cierto también respalda los derechos humanos, hay que incluir los acuerdos internos de quienes ejercen una determinada profesión, tales como las buenas prácticas y los códigos deontológicos aprobados corporativamente. Tienen asimismo autoridad moral las normas jurídicas, aunque sólo sea cuando sintonizan con el consenso social o proceden de una decisión democrática. Sobre esto volveré luego. Finalmente, tienen autoridad moral también las convicciones personales íntimas sobre lo debido, es decir, aquello a lo que solemos llamar *conciencia moral*.

3) La conciencia moral personal es el filtro a través del cual interiorizamos los deberes morales y, en definitiva, el mecanismo que tenemos para reconocerlos como tales deberes. Algunos filósofos parecen ver la conciencia como la fuente misma de los deberes morales, que serían un producto autónomo del sujeto (ya sea de su raciocinio, o de su voluntad, o de su capricho, según las teorías). En este caso su autoridad moral es clara, y sólo cabría discutir si puede dar respuestas últimas (después de todo, no parece un sinsentido preguntar si es correcto seguir los dictados de la conciencia). Sin embargo no es preciso ver la conciencia como la fuente de los deberes morales para admitir su autoridad moral. En efecto, podemos entender nuestra conciencia moral como nuestra representación de aquellos deberes morales que se justifican por la razón independientemente de nuestra participación en ella. Según esta interpretación, la conciencia no crea los deberes morales, sino que los descubre y hace suyos. Sea como sea, la conciencia moral es el conjunto de criterios de conducta en los que de verdad creemos, y de ahí que su autoridad para el individuo sea innegable. Las convenciones sociales, el Derecho o la filosofía tienen sin duda autoridad moral, pero sus prescripciones han de pasar el filtro de nuestras conciencias para que las reconozcamos como vinculantes. Ahora bien, para tomar en serio la autoridad de la conciencia moral, ésta ha de estar suficientemente informada. Por ejemplo, sin ir más lejos, para conformar una conciencia moral que merezca ser atendida han de tenerse en cuenta los argumentos filosóficos, los consensos sociales y los acuerdos democráticos.

4) En la medida en que la conciencia moral está informada, e incluso cuando cabe suponer que lo está, sus dictados obligan como sucedáneo de los deberes éticos, y prevalecen sobre los deberes convencionales y jurídicos. Cada uno de nosotros, individualmente, no tenemos una autoridad más fiable para conocer nuestros deberes éticos, para resolver nuestros conflictos deontológicos, que nuestra propia conciencia moral informada. Por esta razón, hay que concluir que el deber moral último, en la práctica, es formar la conciencia y seguirla. Así pues, la obligación deontológica

suprema es tomar en cuenta todas las fuentes de normas morales –el consenso sobre los derechos humanos, los códigos éticos, el Derecho, la filosofía–, valorarlos cuidadosamente y actuar en consecuencia. Por lo tanto, cuando sostengo que los dictados de la conciencia prevalecen sobre los deberes jurídicos, no estoy sugiriendo que prevalece la moral sobre el Derecho, lo cual sería obvio por cuanto estamos hablando de prevalencia deontológica ética. Lo que sostengo es que el deber moral de obedecer el Derecho queda postergado por el deber moral de seguir la conciencia, cuando entran en conflicto, si la conciencia está informada (por ejemplo acerca del deber moral de obedecer el Derecho); porque no podemos renunciar a seguir nuestra conciencia si confiamos en ella más que en ninguna otra fuente para conocer nuestras obligaciones morales.

3.2.3 Autoridad del Derecho

Tercer principio: cuando el deber ético es dudoso, la obligación jurídica prevalece sobre las demás obligaciones convencionales y las informa. Cuando se da un conflicto deontológico entre lo prescrito por las convenciones sociales, tales como los códigos corporativos, y lo prescrito por las normas jurídicas, ha de prevalecer lo más próximo al deber ético. Pero, como vimos, éste puede ser dudoso; y ante la duda merece más crédito la fuente más próxima al consenso generalizado, o en otro caso la más democrática; y si lo son por igual, el Derecho. Cuando su legitimidad de origen es similar, las razones morales para seguir las normas jurídicas son más poderosas que las razones morales para seguir otras normas convencionales. Porque el Derecho tiene una autoridad que no poseen otras fuentes normativas, derivada de su posición privilegiada como instrumento para obtener fines morales: proteger la dignidad de la persona y los derechos humanos, asegurar la paz y el orden, obtener la coordinación social, promover el progreso económico y el bienestar, etcétera.

En cualquier caso, la posibilidad de conflicto deontológico entre los deberes corporativos convencionales y los deberes jurídicos no es seguramente más que una hipótesis en los

Estados de Derecho. En ellos no parece probable que un colectivo profesional asuma como deber una conducta contraria al Derecho. Esto sería todavía más insólito entre los profesionales del Derecho. Más bien lo que ocurre es que las convenciones exigen más que lo que exige el Derecho, pero sin contradecirlo. La prevalencia del Derecho sobre las convenciones profesionales, tanto en la teoría como en la práctica, puede apreciarse con la siguiente reflexión: supongamos que un colectivo profesional percibe como deber una determinada conducta y que lo plasma en una norma colegial vinculante, y supongamos que posteriormente una disposición jurídica o una sentencia prescriben una conducta opuesta; en tal caso lo natural y lo más probable –siempre en un Estado de Derecho– es que desde ese mismo momento cambie la percepción profesional sobre cuál es el deber, de modo que lo que figuraba en la norma colegial queda invalidado de hecho y no sólo de Derecho.

3.2.4 Fidelidad al Derecho

Cuarto y último principio: el jurista debe fidelidad al Derecho. Este principio también requiere algún desarrollo.

1) Los profesionales del Derecho se deben al Derecho, a veces explícitamente y en todo caso implícitamente. Es condición para ejercer muchas profesiones jurídicas la promesa o juramento expresos de fidelidad al Derecho.³³ Pero va de suyo que quienes tienen el cometido de aplicar el Derecho, tienen en principio (*prima facie*) la obligación moral profesional de respetarlo, se hayan comprometido o no expresamente a hacerlo, porque así lo requiere la función social que asumen voluntariamente. Además, por otra parte, el propio Derecho exige especial obediencia a quienes encomienda su aplicación, y comoquiera que el Derecho tiene autoridad moral, también por esta razón la fidelidad al Derecho es un deber moral. En suma, los profesionales del Derecho tienen un deber moral reforzado de obedecerlo, pues a las razones aplicables a todos se les añaden como

razones específicas su compromiso personal, su función social y su especial sujeción jurídica.

2) El Derecho al que debe fidelidad el jurista profesional es el conjunto del Derecho, y no estrictamente la ley. Con frecuencia se dice, porque ése suele ser el lenguaje legal, que el jurista está sujeto a la ley. Así la Constitución Española dice en su artículo 117 que la justicia se administra por Jueces y Magistrados “sometidos únicamente al imperio de la ley”; y dice en su artículo 124 que el Ministerio Fiscal está sujeto al principio de legalidad. Sin embargo nadie duda de que el sometimiento es en realidad al Derecho, o si se prefiere, al ordenamiento jurídico. La obligación deontológica hacia el Derecho no se reduce a seguir escrupulosamente la ley, ni siquiera entendiéndola en un sentido amplio, que incluya toda norma válidamente promulgada y publicada por escrito, empezando por la propia Constitución. Por supuesto la ley obliga destacadamente, pero ha de interpretarse teniendo en cuenta su integración en el Derecho. Ahora bien, cuál sea este Derecho que vincula más allá de la ley es enormemente difícil de precisar. Aquí nos enfrentamos a una cuestión irresuelta de la Teoría del Derecho, que en buena medida condiciona toda la argumentación que estoy siguiendo; la cuestión de qué es el Derecho.

Hay muy diferentes concepciones sobre el Derecho, las cuales implican diferentes modos de entender del deber de fidelidad. No procede entrar aquí en una discusión cabal sobre este asunto, pero sí interesa advertir que la posibilidad de conflicto deontológico se diluye, y puede llegar a desaparecer, en el seno de las concepciones sobre el Derecho más moralistas. Quienes ven el Derecho como un instrumento para conseguir un fin moral, y quienes no ven Derecho allí donde está ausente la justicia, o al menos la pretensión de obtenerla, considerarán que no procede invocar el deber de fidelidad al Derecho ante leyes que no respetan mínimamente los derechos humanos. Pero no continuaré este argumento, sino que me situaré en una perspectiva más positivista y legalista. El profesional que está sujeto y se compromete a guiarse por la ley debe sin duda atender al conjunto del Derecho, pero entendido éste como constituido primordialmente por las leyes, de modo que el

³³ Ver nota 18 *supra* para el caso de los jueces.

jurista no es fiel al Derecho si hace caso omiso de ellas para hacer valer una visión moral del Derecho distinta de la legal.

Ahora bien, este principio de fidelidad a la ley precisa algunas matizaciones. Hay que señalar, primero, que el deber de ser fiel a la legalidad es compatible con desatender una ley concreta para atender el mandato de otras más importantes, como la Constitución. No es necesaria una visión moralista del Derecho para negar el deber jurídico de seguir una norma legal contraria a los derechos humanos, garantizados como derechos fundamentales en la Constitución, o de otro modo incoherente con ésta y con los valores que las inspiran. También conviene insistir, en segundo lugar, en que el deber *moral* de ser fiel a la legalidad está supeditado al deber de comportarse éticamente, y por tanto no hay propiamente deber moral de ser fiel a la legalidad o al Derecho cuando la ética exige una conducta opuesta. Cuando el ordenamiento jurídico no sólo no protege los derechos humanos, sino que atenta gravemente contra ellos, el deber de fidelidad cede ante un deber moral más imperioso, y la conducta apropiada es la desobediencia. Y una tercera matización es que las leyes y el conjunto del Derecho han de ser interpretados, y la interpretación debe hacer del Derecho lo mejor que pueda ser desde el punto de vista ético. Como ya dije, no se trata de buscar la solución moral apartándose de la legalidad cuando sea preciso, sino de buscar la solución moral dentro de la legalidad. La obligación deontológica de los profesionales del Derecho es interpretar las normas guiándose por el respeto de los derechos humanos, estén o no positivados en su ordenamiento jurídico, aprovechando el amplio margen de actuación del que suelen disponer en esta tarea.

3) Una última e importante observación nos conducirá a un territorio que también merece ser explorado. La idea es sencilla pero su impacto es enorme: la legalidad o el Derecho al que el profesional debe fidelidad incluye el Derecho internacional y sus principios generales, y particularmente los que protegen los derechos humanos, que condicionan la validez y la

interpretación del ordenamiento jurídico nacional. Aunque hay razones morales para sostener esta tesis, el argumento quiere ser estrictamente jurídico.³⁴ Siendo así, la obligación *jurídica* hacia los derechos humanos existe aunque la legalidad nacional sea contraria a ellos. Y en tal caso no habría lugar para un conflicto deontológico entre el deber de salvaguardar los derechos humanos y el deber de fidelidad al Derecho. Sin embargo los conflictos siempre son posibles, porque es discutible cuáles son las normas internacionales que en cada momento vinculan por encima de la ley; es discutible cuáles son los derechos humanos que están jurídicamente protegidos *a pesar* de la ley. Este punto conduce a una interesante reflexión que tiene que ver con conocidos episodios históricos. Nos sitúa en el supuesto de los jueces en el régimen nacionalsocialista, y en otros muchos regímenes, que tuvieron y tienen que lidiar con normas con toda la apariencia de validez jurídica, pero radicalmente injustas. Tampoco aquí podemos entrar a fondo en el problema, pero para ilustrarlo baste con recordar el proceso del juez alemán Franz Schlegelberger, que tuvo lugar en 1947 en Nuremberg.³⁵ El tribunal militar lo

³⁴ La vinculación del juez a los principios del Derecho internacional de los derechos humanos más allá de la ley nacional, puede ilustrarse con la cita de dos magistrados. Escribe Perfecto Andrés Ibáñez: "El juez, en tanto que sujeto público y con deberes de esta clase, está obligado a inspirar su práctica en un acervo de principios básicos universalmente compartidos, hoy constitucionalmente consagrados. Así pues, tiene derecho a ser él mismo, pero, como jurisdicente, por imperativo legal, sólo dentro de esos límites" [ANDRÉS IBÁÑEZ, P., "Ética de la función de juzgar", en FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, J.L. y HORTAL ALONSO, A. (comps.), *Ética de las profesiones jurídicas*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 2001, pp. 67-81; p. 69]. Y escribe Carlos Pérez del Valle: "Junto a la ley, en sentido formal, es preciso considerar que el juez se somete a otro tipo de normas que pueden ser consideradas derechos: los principios y normas del derecho internacional, la autonomía privada, el derecho consuetudinario son citadas en la doctrina alemana" [PÉREZ DEL VALLE, C., "Prevaricación judicial y objeción de conciencia", en AA.VV., *Objeción de conciencia y función pública*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007, pp. 283-313; p. 289].

³⁵ *United States v. Alstötter et al.* Este caso es la fuente de inspiración de la conocida película *Judgement at Nuremberg* (traducida en España como *¿Vencedores o vencidos?*).

condenó por su colaboración activa con el régimen, más que por haber aplicado normas ilegítimas, y tuvo en cuenta que había llegado a renunciar, aunque tarde. Pero es de destacar la respuesta del tribunal a la alegación de que los acusados habían actuado de conformidad con el Derecho alemán entonces vigente. Argumenta el tribunal que el principio *nullum crimen sine lege*, que prohíbe condenar con base en una norma *ex post facto*, no se aplica en el ámbito internacional de la misma manera que en el ámbito doméstico regido por una constitución escrita, porque el Derecho internacional no es producto de leyes. Y añade:

“Aplicado en el ámbito del Derecho internacional, el principio requiere probar antes de la condena que el acusado conocía o debería haber conocido que en asuntos de interés internacional era culpable de participar en un sistema de injusticia y persecución organizado nacionalmente opuesto al sentido moral de la humanidad, y que conocía o debería haber conocido que sería sometido a castigo si era capturado.”

Según esto, entonces, el profesional el Derecho estaría obligado *jurídicamente* –y tendrá que responder de este deber– a examinar la conformidad de las normas formalmente válidas de su ordenamiento nacional al sentido moral de la humanidad, y a aplicar éste antes que aquéllas. Por lo demás, aceptemos o no esta interpretación jurídica de los deberes profesionales, parece claro que el profesional está obligado *éticamente* a hacer ese examen de conformidad moral, en el que juegan un papel central los derechos humanos; y que tendrá que responder de este deber, tanto moralmente como incluso también jurídicamente.³⁶

³⁶ Algunos autores evitan el argumento de que no hay Derecho contrario al sentido común de justicia y a los derechos humanos, porque prefieren separar el Derecho y la moral, pero no obstante abogan por condenar a quienes utilizaron el Derecho para atentar contra los derechos humanos. En este sentido, es célebre la argumentación de H.L.A. Hart: aunque la retroactividad penal sea odiosa, puede ser el menor de dos males, en cuyo caso más vale reconocerla que ocultarla fingiendo que la ley aplicada no era Derecho por ser inmoral [HART, H.L.A., "Positivism and the Separation of Law and Morals", *Harvard Law Review* 71:4, 1958, 593-629; p. 619]. De esta manera, el Derecho

3.3 Balance de deberes

Así las cosas, ¿qué ha de hacer el profesional del Derecho que quiere comportarse moralmente, ante una norma jurídica que entienda contraria a los derechos humanos? Ante todo, de acuerdo con los principios enunciados, deberá guiar su actuación por su deber de respetar y proteger los derechos humanos, tal como lo dicta su conciencia. Pero para poder asumir los dictados de conciencia, ésta habrá de estar informada y tomar en consideración destacada el deber de fidelidad al Derecho y la autoridad de éste y de las convenciones aceptadas en la profesión y en la sociedad.

A partir de este criterio marco, la respuesta concreta a qué hacer dependerá notablemente de la profesión donde se suscite la pregunta. En algunas profesiones, como en la abogacía, la solución es más sencilla, pues el abogado tiene amplia libertad para aceptar o rechazar casos, y para defender interpretaciones imaginativas de las normas. Con todo, su deber será actuar del modo en que los derechos humanos queden salvaguardados, ya sea defendiendo a una víctima de violaciones, ya sea absteniéndose de asesorar planes criminales, ya sea evitando las estrategias de defensa que vayan en merma de esos derechos (como por ejemplo desviar la culpabilidad hacia un inocente).

El problema se plantea obviamente con más gravedad a los profesionales más sujetos a la estricta legalidad, como los jueces o los fiscales. Pensemos por ejemplo en el supuesto de un juez en la tesitura de tener que aplicar a un caso una ley gravemente contraria a los derechos humanos. Probablemente su primera obligación deontológica será buscar la justificación jurídica para no aplicar esa norma, ya sea en la Constitución (puede y debe plantear una cuestión de inconstitucionalidad) o en la interpretación conjunta del ordenamiento, o en los principios del Derecho internacional. Pero supongamos que después de un cuidadoso análisis al juez no le caben dudas de que la norma tiene la

pedirá cuentas al profesional por su comportamiento moral y no sólo por su comportamiento jurídico.

validez formal y la coherencia material con el ordenamiento jurídico necesarias para ser vinculante y aplicable. En esta situación el juez todavía debe hacer lo posible para mantener su fidelidad al Derecho y reconocer la autoridad de éste, en la medida en que la merezcan. Debe, por tanto, aprovechar los mecanismos que el Derecho le ofrece para evitar la aplicación de la norma que considera gravemente inmoral aplicar. Uno de estos mecanismos es la abstención, por cuanto los jueces tienen el deber de abstenerse cuando tengan “interés directo o indirecto en el pleito o causa” (art. 219.10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Aunque es discutible, el juez podría sostener que sus prejuicios respecto de la moralidad del Derecho aplicable le inhabilitan como juez imparcial y son causa de abstención.³⁷ Otro mecanismo jurídico sería la objeción de conciencia admitida en Derecho. Pero la posibilidad de una objeción de conciencia en la función judicial es polémica. Aunque hay voces que reclaman la tolerancia de hecho con las desobediencias excepcionales de los jueces motivadas por convicciones personales

³⁷ Rafael de Asís ha defendido el mecanismo de la abstención como una vía jurídica para canalizar la objeción de conciencia judicial [Asís ROIG, Rafael DE, “Juez y objeción de conciencia”, *Sistema*, 113:3, 1993, 57-72]. A su juicio, aunque el interés ideológico del juez en un asunto no es causa suficiente para recusarlo, sí lo es para crearle un derecho y una obligación de abstenerse para garantizar su imparcialidad. Una opinión similar, citando como apoyo el Auto del Tribunal Constitucional 178/2005, de 9 de mayo, en: PÉREZ DEL VALLE, C., *op. cit. supra* (nota 33), pp. 310-312. También es partidario de una interpretación extensiva del motivo de abstención por interés en la causa, para incluir las discrepancias radicales de conciencia: MORAL GARCÍA, A. DEL, “La objeción de conciencia de los miembros del Ministerio Fiscal”, en AA.VV., *Objeción de conciencia y función pública*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007, pp. 233-182. Dice este autor: “Es preferible que un Juez contrario por motivos de conciencia a una ley se abstenga, a la situación contraria: imponerle su aplicación provocando, bien que abdique de su conciencia, bien que sitúe de una manera subrepticia sus postulados de conciencia por encima de la ley emanada del Parlamento” (ibídem, p. 268). En todo caso ha de advertirse que esta última idea —el rechazo de la manipulación de la ley para acomodarla a la conciencia— es defendida en el contexto de un Estado de Derecho, y no con respecto a regímenes contrarios a los derechos humanos.

firmes, e incluso la regulación legal de una cláusula de conciencia para dar salida jurídica a estos casos,³⁸ no obstante es más frecuente subrayar la especial vinculación de los jueces hacia la ley y, con base en ella, negar que la objeción judicial tenga cabida en el Derecho.³⁹

Agotadas todas las vías jurídicas, al juez le quedan pocas opciones deontológicas admisibles. Una sería acogerse a una Teoría del Derecho que negase carácter jurídico a las normas gravemente contrarias a los derechos humanos. Si no es posible interpretar el Derecho positivo de modo respetuoso con los derechos humanos, siempre queda la posibilidad de argumentar la superioridad jerárquica de un Derecho suprapositivo. En otro caso, si por ejemplo cree que este argumento no prosperaría, el deber del juez será eludir de algún

³⁸ Según Aparisi, “la separación del conocimiento de un asunto por parte de un juez, bien por la vía de la abstención o a través de un futuro reconocimiento legal de la “cláusula de conciencia” o de la objeción de conciencia judicial, sería absolutamente razonable” [APARISI, A., *op. cit. supra* (nota 2), p. 383]. Esta razonabilidad se funda, a su juicio, en el carácter central de la conciencia: “En definitiva, la obligatoriedad de las normas deriva de su justificación racional. (...) La obediencia al Derecho es algo que, en última instancia, la persona —y también el jurista lo es—, debe ponderar en su conciencia” (ibídem, pp. 366-367); “el jurista debe asumir la realidad de su compromiso, no sólo con la letra de la ley, sino también con la justicia” (ibídem, p. 379).

³⁹ Rafael de Asís (en *op. cit.* en nota 36, p. 58) considera que el principio de sometimiento al Derecho impide un reconocimiento jurídico de la objeción de conciencia. Carlos Pérez del Valle (en *op. cit. supra* nota 33) hace referencia a la libertad ideológica y parece admitir “que no existiría imposibilidad de que el juez pudiese alegar su objeción de conciencia a la aplicación de una ley concreta en un caso concreto, siempre y cuando ello no implique una falta de acatamiento a la Constitución” (p. 310); pero a la postre reconduce la objeción a una causa de abstención que garantiza la imparcialidad. En realidad la doctrina suele manifestarse con cautela al tratar este problema, y deja su solución a la ponderación de principios en el caso concreto. Ver al respecto otras dos contribuciones en la obra colectiva de AA.VV., *Objeción de conciencia y función pública*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007: PRIETO SANCHÍS, L., “Desobediencia civil y objeción de conciencia”, en pp. 13-42, especialmente p. 42; y BUXADÉ VILLALBA, J., “La objeción de conciencia en la función pública”, en pp. 151-186, esp. p. 175, citando a la STC 154/2002, de 18 de julio.

modo la aplicación de la norma injusta. Porque ha de saber que podrá responder por ello en el futuro. Podría mentir sobre cuál sea el Derecho,⁴⁰ o acudir a algún subterfugio formal, o causar baja por algún motivo, o renunciar a su función, o buscar alguna otra escapatoria. Aquí procederían nuevas consideraciones sobre si el juez debe renunciar o debe mantenerse en su puesto para evitar que otros jueces menos escrupulosos lo reemplacen. Pero en algún momento habrá que poner fin a estas reflexiones.

⁴⁰ Es la sugerencia de Ronald Dworkin al juez cuyo sentido de justicia le impide aplicar una ley esclavista que considera parte integral del ordenamiento jurídico: DWORKIN, R., *Law's Empire*, London, Fontana, 1986, p. 219.