

Manual de ética profesional para la abogacía



PROGRAMA DE FORMACIÓN
EN ÁREAS DE VACANCIA
DE LA ABOGACÍA

2017

ÉTICA PROFESIONAL

Manual de Ética Profesional para la Abogacía

Cuadernillo para Docentes

**Escuela de Derecho, Universidad Torcuato
Di Tella**

Director: Eduardo Rivera López

**Colaboradores: Paola Bergallo, Celeste
Braga Beatove, Martín Hevia y Ezequiel
Spector**

Asistente: Diego Hammerschlag

Borrador - Septiembre de 2017

Prólogo

El presente trabajo ha sido elaborado en el marco del proyecto PFAVA “Ética profesional y derecho” del Ministerio de Justicia de la Nación, concedido a la Escuela de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella. Agradecemos el apoyo otorgado para realizarlo.

El material elaborado consiste en un cuadernillo para docentes que estén a cargo de un curso de ética profesional dentro de una carrera de grado o de posgrado en derecho. Este cuadernillo puede tomarse como un material autónomo, pero ha sido escrito como complemento de un manual para estudiantes (de próxima aparición). Al igual que el presente material, será de acceso abierto.

Si bien el trabajo ha sido en gran medida colectivo, corresponde indicar las responsabilidades principales de las diferentes unidades que componen este cuadernillo:

- Eduardo Rivera López ha realizado la coordinación y revisión general, y ha elaborado la Introducción, las Unidades 2, 3, 6 y 8, y la segunda parte de la Unidad 5 (sobre la jurisprudencia disciplinar).
- Paola Bergallo ha elaborado la Unidad 4 y, junto con Celeste Braga Beatove, la primera parte (sobre regulación) de la Unidad 5.
- Celeste Braga ha elaborado la Unidad 9 y, junto con Paola Bergallo, la primera parte de la Unidad 5.
- Martín Hevia ha elaborado la Unidad 7.
- Ezequiel Spector ha elaborado la Unidad 1.
- Diego Hammerschlag, como asistente del proyecto, además de haber realizado numerosas tareas de búsqueda bibliográfica y de jurisprudencia, de revisión y de asistencia técnica, es el autor principal de los ejercicios (salvo los de las Unidades 4 y 5) y de las sugerencias para el docente.

El trabajo que ofrecemos, si bien puede ser provechoso en su estado actual, no deja de ser un borrador, que pretendemos perfeccionar conjuntamente con la redacción del manual para estudiantes.

Esperamos que el material sea de utilidad como un elemento más en la renovación de la educación jurídica en nuestro país y en el mundo de habla castellana.

Tabla de contenido

INTRODUCCIÓN	8
UNIDAD 1: FUNDAMENTOS DE FILOSOFÍA MORAL.....	13
1. INTRODUCCIÓN	13
2. TEORÍAS DE ÉTICA NORMATIVA	14
A) RELATIVISMO MORAL.....	14
B) TEORÍAS MORALES OBJETIVISTAS: CONSECUENCIALISMO VS. DEONTOLOGISMO	15
3. BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA PARA EL DOCENTE	17
1) RELATIVISMO MORAL	17
2) CONSECUENCIALISMO.....	17
3) DEONTOLOGISMO.....	17
4) ÉTICA DE LA VIRTUD.....	17
4. BIBLIOGRAFÍA GENERAL.....	18
5. EJERCICIOS CON SUGERENCIAS PARA EL DOCENTE.....	19
1) EL DILEMA DEL TRANVÍA.....	19
2) LA GRAN ABOGADA	21
3) EL REGALO	23
UNIDAD 2: NATURALEZA DE LA ÉTICA PROFESIONAL	26
1. INTRODUCCIÓN	26
2. ÉTICA UNIVERSAL VERSUS ÉTICA DEL ROL.....	26
3. ÉTICA PROFESIONAL Y REGULACIÓN PROFESIONAL	27
4. BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA PARA EL DOCENTE	28
1) CONCEPTO DE PROFESIÓN	28
2) ÉTICA UNIVERSAL VERSUS ÉTICA DE ROL	28
3) COLEGIACIÓN OBLIGATORIA.....	28
5. BIBLIOGRAFÍA GENERAL.....	29
6. EJERCICIOS CON SUGERENCIAS PARA EL DOCENTE.....	30
1) MÉDICOS Y ABOGADOS	30
2) CEOS Y ABOGADOS	31
3) CLIENTES Y PACIENTES	34
4) ABOGACÍA Y DEPORTES	36
5) ABOGADOS Y MAFIOSOS.....	37
UNIDAD 3: CONCEPCIONES DE LA ÉTICA PROFESIONAL DE LA ABOGACÍA	39
1. INTRODUCCIÓN	39

2. LA CONCEPCIÓN “ESTÁNDAR” DE LA ÉTICA PROFESIONAL DE LA ABOGACÍA.....	39
3. LA RELACIÓN ABOGADO-CLIENTE. PATERNALISMO VERSUS AUTONOMÍA.....	41
4. BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA PARA EL DOCENTE	42
1) NORMATIVA DISCIPLINARIA SOBRE EL DEBER DE LEALTAD Y TEMAS CONEXOS.....	42
2) DEFENSA Y CRÍTICAS DE LA “CONCEPCIÓN ESTÁNDAR”	42
3) SISTEMA ADVERSARIAL.....	43
4) PATERNALISMO Y AUTONOMÍA.....	43
5. BIBLIOGRAFÍA GENERAL.....	43
6. CASOS Y EJERCICIOS CON SUGERENCIAS PARA EL DOCENTE.....	45
1) BEBIDAS QUE DAÑAN.....	45
2) A PRUEBA DE DERRUMBE	46
3) SECRETOS Y MENTIRAS.....	47
4) OBRERO PATRIOTA.....	49
5) EL INTERÉS DEL NIÑO	50
UNIDAD 4: SOCIOLOGÍA DE LAS PROFESIONES DEL DERECHO.....	52
1. INTRODUCCIÓN	52
2. LAS PROFESIONES DEL DERECHO.....	52
A) LAS PROFESIONES DEL DERECHO: UN MAPA DE ROLES	52
B) LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS LEGALES DE ABOGACÍA: ASESORÍA Y PATROCINIO JURÍDICO	53
C) EL TAMAÑO DE LA PROFESIÓN LEGAL: ALGUNOS DATOS EN ARGENTINA.....	55
D) LA TRANSFORMACIÓN DE LA PRÁCTICA DE LA ABOGACÍA EN EL PAÍS Y EL MUNDO.....	57
E) SEGMENTACIÓN Y DESIGUALDAD EN LAS PROFESIONES DEL DERECHO	59
3. BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA PARA EL DOCENTE	60
1) BIBLIOGRAFÍA SOBRE LA ENSEÑANZA Y PERFILES DE LA PRÁCTICA PROFESIONAL.....	60
2) BIBLIOGRAFÍA SOBRE DIVERSIDAD Y DESIGUALDAD EN LA PROFESIÓN JURÍDICA	60
3) PERFILES DE LA ABOGACÍA DE DERECHOS HUMANOS E INTERÉS PÚBLICO	60
4. BIBLIOGRAFÍA GENERAL.....	60
5. EJERCICIOS CON SUGERENCIAS PARA EL DOCENTE.....	62
1) UN CAMBIO DE CONTEXTO Y PROTAGONISTAS.....	62
2) UNA COMPARACIÓN DE LOS ÁMBITOS DE PRÁCTICA PROFESIONAL	62
3) TRANSFORMACIONES ESTRUCTURALES DE LA PROFESIÓN	64
4) ¿LOS PROFESIONALES DEL DERECHO TAMBIÉN DISCRIMINAN?.....	65
UNIDAD 5: REGULACIÓN Y JURISPRUDENCIA DISCIPLINAR DE LAS PROFESIONES DEL DERECHO	67
1. INTRODUCCIÓN	67
2. LAS REGULACIONES DE LA ABOGACÍA	68
A) LA REGULACIÓN DE LA PROFESIÓN JURÍDICA EN LA ARGENTINA	68
B) REGULACIONES COMPARADAS	77

C) LA REGULACIÓN DE LA ABOGACÍA INTERNACIONAL Y TRANSNACIONAL	83
3. JURISPRUDENCIA DISCIPLINAR.....	84
A) DEFENSA DILIGENTE.....	84
A. 1. NEGLIGENCIA EN EL EJERCICIO DE LA DEFENSA DE LOS INTERESES DEL CLIENTE	85
A.2. INCUMPLIMIENTO DE DEBERES DE CONTROL.....	86
A.3. CONDUCTAS FRAUDULENTAS.....	86
A.4. DEBER DE ATENCIÓN PERSONAL	87
B) DEBERES DE ESTILO O DIGNIDAD PROFESIONAL	87
B.1. FALTA DE JERARQUÍA O ESTILO FRENTE A LOS MAGISTRADOS.....	87
B.2. FALTA DE JERARQUÍA O ESTILO FRENTE A LOS COLEGAS O LA CONTRAPARTE	87
B.3. ALCANCE DE LOS DEBERES DE DECORO	88
C) DEBERES DE JUEGO LIMPIO	88
C.1. CAPTACIÓN DE CLIENTES DE OTROS ABOGADOS	88
C.2. USO DE GESTORES (ART. 17 DEL CÓDIGO DEL CPAFC)	89
C.3. PUBLICIDAD INADECUADA (ART. 10.F) DEL CÓDIGO DEL CPACF)	89
C.4. ARREGLO DIRECTO CON EL ADVERSARIO SIN LA INTERVENCIÓN DE SU ABOGADO (ART. 15, TERCER PÁRRAFO, DEL CÓDIGO DEL CPACF).....	89
4. BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES NORMATIVAS Y JURISPRUDENCIALES:	90
1) NORMATIVA DISCIPLINARIA	90
2) JURISPRUDENCIA.....	90
3) BIBLIOGRAFÍA SOBRE LA REGULACIÓN DE LA PROFESIÓN	90
5. EJERCICIOS CON SUGERENCIAS PARA EL DOCENTE.....	91
1) LA REGULACIÓN COMPARADA	91
2) LAS REGULACIONES PROVINCIALES	92
UNIDAD 6: CONFIDENCIALIDAD	93
1. INTRODUCCIÓN	93
2. LA CONFIDENCIALIDAD EN LOS CÓDIGOS	94
3. LA JUSTIFICACIÓN DEL DEBER DE CONFIDENCIALIDAD	94
A) ARGUMENTOS CONSECUENCIALISTAS	94
B) ARGUMENTO BASADO EN DERECHOS	95
4. LOS LÍMITES DEL DEBER DE CONFIDENCIALIDAD. CASOS DIFÍCILES	95
5. BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA PARA EL DOCENTE	96
1) LA CONFIDENCIALIDAD EN LOS CÓDIGOS	96
2) LA JUSTIFICACIÓN DEL DEBER DE CONFIDENCIALIDAD	97
3) DISCUSIÓN DE CASOS.....	97
6. BIBLIOGRAFÍA GENERAL.....	97
7. CASOS Y EJERCICIOS CON SUGERENCIAS PARA EL DOCENTE.....	99

1)	CASO TARASOFF	99
2)	EL CASO SPAULDING	100
3)	EL CASO LOGAN	101
4)	EL CASO DEL “POSIBLE DERRUMBE”	102
5)	EL CASO DE DONATA DELULIO (HULL VS. CELANESE)	103
6)	LAS NIÑAS DEL JARDÍN	105
7)	TOSTADORAS EXPLOSIVAS	107
8)	EL MEJOR INTERÉS DEL CLIENTE	110
9)	EL CASO PURCELL	112
	UNIDAD 7: CONFLICTOS DE INTERESES	114
1.	INTRODUCCIÓN	114
2.	DISTINCIIONES CONCEPTUALES	115
3.	LOS CONFLICTOS DE INTERESES EN LOS CÓDIGOS	116
4.	CONFLICTOS DE INTERESES ESPECÍFICOS	117
5.	BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA PARA EL DOCENTE	118
1)	DISTINCIIONES CONCEPTUALES:	118
2)	LOS CONFLICTOS DE INTERESES EN LA NORMATIVA	118
3)	CONFLICTOS DE INTERESES Y COBRO DE HONORARIOS	119
4)	CONFLICTOS DE INTERESES EN ACCIONES DE CLASE	119
5)	CONFLICTOS DE INTERESES EN ORGANIZACIONES	119
6)	NATURALEZA Y JUSTIFICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE LOS CONFLICTOS DE INTERESES	119
6.	BIBLIOGRAFÍA GENERAL	119
7.	EJERCICIOS CON SUGERENCIAS PARA EL DOCENTE	120
1)	ACCIDENTE EN LA LÍNEA 13	120
2)	Hijo OCULTO	123
3)	TRES ASESINOS PARA EL ABOGADO	125
4)	ARGENTINA DE AVIACIÓN	127
5)	HONORARIOS INMORALES	130
6)	¿QUIÉN ES EL CLIENTE?	131
	UNIDAD 8: ACEPTACIÓN Y RECHAZO DE CLIENTES	133
1.	INTRODUCCIÓN	133
2.	¿ES LA ELECCIÓN DE LOS CLIENTES UNA ELECCIÓN MORAL?	134
3.	LA ELECCIÓN DE CLIENTES COMO ELECCIÓN MORAL	135
4.	BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA PARA EL DOCENTE	135
1)	NORMATIVA DISCIPLINARIA	136
2)	CONTROVERSIAS FREEDMAN-TIGAR	136
3)	MODELOS DE ABOGADO SEGÚN FREEDMAN	136

4) DISCUSIÓN SOBRE LOS LÍMITES MORALES PARA LA ACEPTACIÓN DE CAUSAS INJUSTAS	136
5. BIBLIOGRAFÍA GENERAL.....	137
6. EJERCICIOS CON SUGERENCIAS PARA EL DOCENTE.....	138
1) CUANDO LOS NAZIS VAN MARCHANDO	138
2) SI NO LE GUSTAN MIS CLIENTES, TENGO OTROS	140
3) LO QUE ELLAS QUIEREN	142
UNIDAD 9: ACCESO A LA JUSTICIA	144
1. INTRODUCCIÓN	144
2. EL PROBLEMA DEL ACCESO A LA JUSTICIA Y DE LA DESIGUAL DISTRIBUCIÓN DE RECURSOS JURÍDICOS DURANTE EL PROCESO.....	145
A) LOS ALCANCES DEL DERECHO DE ACCEDER A LA JUSTICIA: EL PROBLEMA DESDE LA MIRADA DEL CASO	145
B) EL ACCESO A LA JUSTICIA COMO PROBLEMA ESTRUCTURAL. DIAGNÓSTICOS.....	145
3. LA ABOGACÍA Y EL ACCESO A LA JUSTICIA. JUSTIFICACIÓN Y DEBERES.....	146
A) ACCESO A LA JUSTICIA Y LA JUSTIFICACIÓN DEL MONOPOLIO	146
B) SOBRE LA REGULACIÓN.....	147
4. ABOGACÍA PARA EL ACCESO A LA JUSTICIA.....	148
A) EL ACCESO A LA JUSTICIA COMO UN PROBLEMA DE ESCASEZ O DISTRIBUCIÓN DE RECURSOS.....	149
B) ACCESO A LA JUSTICIA COMO IGUALDAD RELATIVA DE LAS PARTES EN EL PROCESO	149
5. BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA PARA EL DOCENTE	150
1) EL PROBLEMA DEL ACCESO A LA JUSTICIA Y DE LA DESIGUAL DISTRIBUCIÓN DE RECURSOS JURÍDICOS DURANTE EL PROCESO	150
2) LA ABOGACÍA Y EL ACCESO A LA JUSTICIA. JUSTIFICACIÓN Y DEBERES	151
3) ABOGACÍA PARA EL ACCESO A LA JUSTICIA	151
4) DOCUMENTOS Y NORMATIVA INTERNACIONAL SOBRE ACCESO A LA JUSTICIA.....	151
6. BIBLIOGRAFÍA GENERAL.....	152
7. EJERCICIOS CON SUGERENCIAS PARA EL DOCENTE.....	153
1) SIN TIEMPO	153
2) FAIR PLAY.....	156
3) JUGANDO A SER DIOS	158
4) MONEDAS Y MENSAJES	160
5) CONSULTA GRATUITA	162

Introducción

El presente cuadernillo para docentes de una asignatura de “Ética profesional de la abogacía” acompaña al manual para estudiantes que ha sido preparado conjuntamente, aunque, naturalmente, también puede ser útil en forma autónoma, para cualquier docente que desee preparar su curso con sus propios materiales.

La idea de escribir un manual para estudiantes, además del presente cuadernillo, se debe a la situación peculiar de esta disciplina dentro de la formación jurídica en nuestro país (y, quizás, en todo el mundo de habla castellana). En efecto, la carencia de material académico en castellano, apto para ser utilizado por estudiantes de derecho, es extrema. Existen en nuestro idioma escasísimos materiales para enseñar ética profesional y, hasta donde sabemos, ninguno de los recursos disponibles discute los problemas éticos importantes de la práctica de la abogacía con el abordaje que propone nuestro trabajo. En definitiva, la ética profesional de la abogacía, como materia y como disciplina (o inter-disciplina entre la filosofía y el derecho), no existe hasta este momento en nuestro medio. En este sentido, dictar un curso de ética profesional (al menos con las características que proponemos en este cuadernillo y en el manual) es fundacional.

La escasez de material bibliográfico en castellano, además de ser un impedimento para los estudiantes (a los que normalmente no se les exige la lectura en otros idiomas), es también un desafío para el docente.¹ Al menos desde la perspectiva que nosotros proponemos, un

¹ Hacemos aquí una aclaración general, válida para todo el resto del cuadernillo, en relación con el uso del género en el lenguaje. En efecto, hemos utilizado en esta frase “los estudiantes” y “los docentes”, en masculino. En el resto del cuadernillo, aparecerán muy frecuentemente “el abogado”, “el cliente”, “los abogados”, “los clientes”, entre muchas otras expresiones, también en masculino. Es evidente que, en todos los casos, nos referimos también a “las estudiantes”, “las docentes”, “las abogadas”, “las clientas”, etc. Hay diversos recursos para contrarrestar el uso predominantemente masculino del lenguaje. Hasta ahora, no hemos encontrado un modo que combine de modo satisfactorio la referencia neutral a ambos géneros simultáneamente y el uso de un lenguaje llano, legible y no entorpecido por constantes signos extraños (tales como “abogadxs”, “abogad@s”, “abogados/as”). El uso del femenino (en todos los casos o en algunos aleatoriamente) es un recurso posible, aunque también puede ser distractivo. Hasta este momento, hemos optado solamente por realizar esta advertencia preliminar y explicar las razones de nuestra elección. Queda claro, entonces, que (salvo indicación en contrario) en todos y cada uno de los casos en los que utilizamos el masculino, debe interpretarse que nos referimos tanto a varones como a mujeres. Es posible que en una

docente que desee expandir sus conocimientos más allá de lo explicado en el manual tendrá necesariamente que acceder a materiales escritos en inglés.

Como hemos dicho, el presente cuadernillo acompaña al manual, pero puede utilizarse independientemente. La estructura de los capítulos (aquí llamados “unidades”) es la misma. En cada una de las unidades perseguimos básicamente tres objetivos:

1. Indicar uno o varios modos posibles de encarar la temática, los puntos que deben ser enfatizados a nuestro juicio, las actividades que se pueden realizar y los casos que es conveniente discutir.
2. Sugerir un conjunto de textos para que el docente amplíe sus conocimientos más allá de la eventual lectura del manual o directamente prepare su clase.
3. Proponer (en las unidades en las que corresponde) un conjunto de ejercicios y casos, de los cuales el docente podrá elegir aquellos que considere más aptos para la discusión en clase. Estos ejercicios son los mismos que figuran en el manual para estudiantes, salvo que aquí agregamos, en cada ejercicio, algunas sugerencias para el docente acerca de cómo encarar la respuesta o la discusión con los alumnos.

En el caso de las Unidades 4 y 5, el lector notará que hay un desarrollo más amplio de contenidos que en otras unidades. Ello se debe (tal como se explica en su momento) a que se trata de contenidos más difíciles de reunir para un docente de modo independiente.

Aunque también es apto para estudiantes de posgrado, el curso que este cuadernillo desea acompañar está pensado fundamentalmente para alumnos avanzados de abogacía, en cualquiera de las carreras de grado existentes en universidades públicas o privadas de nuestro país. Con algunos ajustes menores, puede ser utilizado en cualquier país de habla castellana.

El contenido de las diferentes unidades del programa tiene un énfasis en la ética profesional de la abogacía entendida como profesión liberal. Sin embargo, ha sido uno de nuestros

edición definitiva del presente cuadernillo y del manual para estudiantes lleguemos a una solución más satisfactoria al respecto.

En el lenguaje oral, el docente puede manejar este problema más fácilmente, dado que puede optar por expresiones como “abogados y abogadas” en algunas ocasiones, sin que se requiera el mismo grado de coherencia que en el lenguaje escrito. El docente, en sus clases, puede tematizar brevemente el asunto y optar por alguna de las soluciones disponibles.

objetivos mostrar que el ejercicio del derecho abarca también otras actividades y, al menos en algunos casos, tematizamos los problemas de esas otras formas de ejercer la profesión (por ejemplo, el caso de los jueces, los defensores de oficio, etc.). De hecho, la Unidad 4 pretende dar un panorama de esa enorme diversidad de profesiones ligadas al derecho. En futuras ediciones del manual (y del correspondiente cuadernillo para docentes), esperamos ampliar aún más y profundizar los problemas éticos de estas otras actividades.

Las tres primeras unidades, que componen la primera parte del curso, son teóricas. Tratan de dar las herramientas conceptuales necesarias para abordar los problemas que se analizan en el resto del curso.

La Unidad 1 es un breve panorama de la filosofía moral normativa. La idea es que, para entender los problemas específicos de la ética profesional, es imprescindible conocer al menos las principales corrientes del pensamiento filosófico en materia de ética o filosofía moral contemporáneas. Esta unidad es prescindible en aquellos casos en los que los estudiantes hubieran tomado previamente un curso de filosofía moral o tengan conocimientos en la materia. Como generalmente esto no ocurre (no hay este tipo de cursos en las carreras de derecho habituales), es necesario incluir este tema en el programa.

La Unidad 2 se refiere a la ética profesional en general (no sólo de la abogacía, sino de cualquier profesión). Aquí se incluye también la discusión acerca de si las profesiones deberían auto-regularse a través de un sistema de colegiación obligatoria. Es importante hacer ver a los estudiantes que el sistema vigente (colegiación obligatoria y control disciplinario por parte de la propia profesión), si bien no ha sido seriamente cuestionado judicialmente, no es el único posible y puede ser discutido. El tratamiento de este tema es, en este punto del curso, teórico, y será retomado en unidades posteriores (fundamentalmente en las Unidades 4 y 9) desde una perspectiva más aplicada.

La Unidad 3 es central, dado que discute de un modo muy general las diferentes concepciones del rol del (buen) abogado. Esta unidad es el núcleo del programa, dado que abarca tanto la pregunta acerca de cómo concebir el rol del abogado frente a la sociedad como la referida al rol del abogado frente a su propio cliente. Aquí se incluyen las concepciones más tradicionales y las alternativas. Las unidades de la tercera parte del

programa son, en gran medida, desarrollos de esta unidad en relación con temas específicos.

Así como la primera parte del programa es teórica, la segunda es eminentemente aplicada, en el sentido de que trata de describir la práctica profesional, su regulación y la jurisprudencia relevante, tal como existe en la práctica. En la Unidad 4, se trata de hacer un panorama sociológico de la profesión en nuestro país. El objetivo es que los estudiantes tomen conciencia de la enorme variedad de actividades que realizan los abogados, cómo están distribuidos geográficamente, entre otros datos relevantes para el ejercicio de la profesión. El objetivo es eminentemente informativo acerca de la realidad profesional en la cual se realiza el control disciplinario de los abogados. Por otro lado, en la Unidad 5 se presentan las principales fuentes normativas de regulación de la profesión, así como los lineamientos de la jurisprudencia disciplinar de algunos tribunales colegiados de nuestro país. Esta segunda parte del programa puede tener mayor o menor peso dentro de un curso, cuestión que queda a criterio del docente. Creemos que, aunque siempre adoptando una actitud crítica, es importante que los estudiantes conozcan cuáles son las prácticas reales en materia de control disciplinario en nuestro país. Obviamente, esta parte es también la más contextual. Si bien incluimos algunas regulaciones y fallos de otros tribunales, el análisis se concentra en la regulación y la jurisprudencia del Tribunal de Disciplina del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (CPACF) y los tribunales de apelación.² Esto no significa que la jurisprudencia del CPACF o de otro tribunal que incluimos en el manual no sea inútil para un curso dictado en otra jurisdicción. Los deberes éticos de los abogados consagrados en las diferentes normativas se repiten. Suele haber diferencias, pero son de grado. El docente que imparte el curso en una jurisdicción diferente deberá adaptar parcialmente estos contenidos a ese entorno.

La tercera parte del curso está destinada a discutir algunos problemas éticos específicos del ejercicio de la profesión: confidencialidad, conflictos de intereses, elección de clientes y acceso a la justicia. El docente puede elegir, en función del tiempo y las posibilidades,

² A partir de ahora, y a lo largo de todo el cuadernillo, usaremos “CPACF” para abbreviar “Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”.

todos o algunos de estos temas. La única sugerencia es no prescindir del último (acceso a la justicia), quizá el problema más acuciante y con mayor impacto social.

Queremos finalmente resaltar dos ideas que, a nuestro juicio, deben recorrer y dar sentido a todo el curso de ética profesional. La primera es que la ética profesional es mucho más que el cumplimiento de un código de ética escrito. Ciertamente, las comunidades profesionales han plasmado reglas en códigos, y es parte de un curso de ética profesional conocer esas reglas y su aplicación por los tribunales. Pero la ética profesional es mucho más que eso. Creemos que es fundamental preguntarse también, entre muchas otras cosas, cuál es el modelo de comportamiento de un buen abogado, cuáles son los criterios para resolver dilemas morales, cómo debería ser un código de ética ideal, todas cuestiones que no se resuelven simplemente leyendo un código o examinando la propia conciencia. Es necesario discutirlos racionalmente.

La segunda idea es que el objetivo de un curso de ética profesional no debe ser el de dictaminar o pontificar cuáles son las conductas correctas o incorrectas ante cada problema ético posible. El objetivo debe ser, más bien, ayudar al estudiante a adquirir las herramientas adecuadas para detectar y comprender los dilemas éticos de la profesión. En todos los casos, el docente debe estimular la discusión y no pretender que, para cada dilema o situación problemática posible, existe una solución. No buscamos que el alumno llegue a una respuesta determinada, sino que sea capaz de encontrar racionalmente su propia respuesta.

Unidad 1: Fundamentos de filosofía moral

1. Introducción

Una unidad introductoria sobre filosofía moral (o “ética normativa”) resulta especialmente importante a la hora de abordar un curso de ética profesional. Esta unidad sólo es prescindible en los casos en los que los alumnos tengan conocimientos previos de filosofía moral.

Es esencial que los estudiantes comprendan la relevancia de la filosofía moral desde el comienzo. A tales efectos, lo primero que el profesor debería hacer es trazar la distinción entre enunciados descriptivos y enunciados normativos, lo que a su vez posibilitará entender la diferencia entre el derecho positivo y la moral.

Una vez hecho esto, el docente está en condiciones de explicar específicamente por qué la ética normativa es tan importante cuando se estudian las normas jurídicas de ética profesional. La mejor forma de ilustrarlo es comparando esta área del derecho con otras.

En general, las normas positivas que regulan el ejercicio de una determinada profesión son fieles traducciones de valores morales. A diferencia de otras áreas del derecho, la *ética profesional* es un campo profundamente moralizado (el propio nombre ya lo indica). Tales normas tienen el objetivo de obligar a los abogados a realizar acciones que la moral requiere que hagan, y prohibir o sancionar acciones vedadas por la moral. Las normas jurídicas de la ética profesional son generalmente vistas como reglas que se limitan a positivizar valores éticos específicos del rol profesional en cuestión. Esta visión profundamente moralizada, sin embargo, no está presente en otras áreas del derecho. Si bien se considera que hay una cierta relación entre el derecho y la moral (por ejemplo, la mejor razón para castigar el homicidio probablemente sea su inmoralidad), no se considera que la moralidad o inmoralidad de las acciones sean *siempre* determinantes a la hora de permitirlas o prohibirlas jurídicamente. Este contraste puede ayudar al docente a hacer

comprendible por qué conocer las principales teorías morales es un elemento fundamental para encarar el estudio de la ética profesional de la abogacía.

2. Teorías de ética normativa

a) Relativismo moral

Luego de esta introducción, el docente puede proceder a la explicación de las diferentes teorías morales. Conviene que la primera a tratar sea el relativismo moral. La razón es que es la teoría que la gente suele aceptar por defecto. Generalmente, tienden a adjudicarle virtudes que en realidad no tiene. Los estudiantes deben comprender desde un principio que el relativismo moral carece de muchas de las características positivas que en general la gente le atribuye. De lo contrario, si se intentara explicar antes teorías no relativistas, los estudiantes probablemente las desacreditarían, por considerar que la mejor teoría es el relativismo moral. En definitiva, explicar el relativismo moral al principio predispone mejor a los estudiantes a estudiar, luego, teorías no relativistas.

El estudio del relativismo moral crea un contexto adecuado para repasar la distinción entre enunciados descriptivos y normativos y, en particular, para introducir la falacia naturalista (confundir lo que es con lo que debe ser). Básicamente, muchos filósofos han acusado al relativismo de incurrir en esta falacia, al considerar que las reglas sociales que efectivamente rigen en una cierta cultura valen también como reglas genuinamente morales.

Uno de los rasgos que la gente encuentra más atractivo en el relativismo moral es su aparente compromiso con el valor de la tolerancia. Ocupar unos minutos explicando por qué esta idea es incorrecta suele ser provechoso, y estimula a los estudiantes a replantearse varias de las creencias que tenían sobre el relativismo moral.

b) Teorías morales objetivistas: consecuencialismo vs. deontologismo

1) Las primeras teorías objetivistas (o no relativistas) que usualmente se introducen son el consecuencialismo y el deontologismo, en ese orden. Es conveniente hacer una breve introducción a ambas teorías, y luego proceder a la explicación detallada de ellas (la ética de la virtud, que es la tercera teoría objetivista a explicar, ni siquiera debería mencionarse en este estadio, dado que puede generar confusiones).

La mejor forma de introducir el consecuencialismo y el deontologismo es mediante un ejemplo entretenido de dilema moral. El ejemplo de un criminal que nos da a elegir entre que matemos a una persona o que él mate a diez es, en general, sumamente útil para distinguir entre un razonamiento típicamente consecuencialista y uno deontológico. A menudo, algunos estudiantes muestran incomodidad por lo irreal del ejemplo. Por eso, es necesario que, antes de introducirlo, el profesor aclare que el objetivo de los ejemplos en filosofía moral no es preparar a la gente para cuando esta situación ocurra (probablemente, nunca), sino testear intuiciones. Con este tipo de ejemplos, los estudiantes suelen entender bien la idea general de cada teoría.

Luego, es sumamente importante dar otro ejemplo algo más realista, aunque quizás menos entretenido, para que los estudiantes vean la utilidad de estas teorías para el derecho. Se recomienda el ejemplo de la pena de muerte. La idea es discutir con los estudiantes qué harían si tuvieran que decidir entre que el Estado mate a unos pocos asesinos para disuadir a los demás; o que no los mate, en cuyo caso no se verán disuadidos y habrá muchas más muertes por homicidio.

2) Al explicar consecuencialismo, es esencial, desde un principio, introducir el término “utilitarismo”, y advertir que la relación entre ambas es de “género-especie”. Entonces, el docente queda en condiciones de explicar el tipo de consecuencia al que le da importancia el utilitarismo (“bienestar general”), e incluso advertir que hay una discusión interna en el utilitarismo, sobre cuál es la mejor forma de interpretar este último concepto.

Luego, el profesor debería destacar la principal virtud del utilitarismo, que es su absoluta imparcialidad (según esta teoría, no hay “títulos de nobleza”). Una vez explicado ello, se puede mostrar cómo esta característica tiene doble filo: también sirve para criticar el utilitarismo por no darles importancia a los compromisos personales y a las relaciones afectivas. Luego puede avanzarse con la crítica más conocida: el poco compromiso del utilitarismo con los derechos individuales.

3) Esta última crítica deja al estudiante en condiciones de entender mejor el deontologismo, que precisamente reafirma este compromiso. Resaltar la importancia de la corriente kantiana en la tradición deontológica es relevante, así como también explicar brevemente los imperativos categóricos. Luego, el docente podrá presentar las principales críticas a la teoría deontológica.

4) Finalmente, proponemos que el docente introduzca la ética de la virtud. La clave para que el estudiante comprenda la idea general de esta teoría es trazar claramente la distinción entre la preocupación del consecuencialismo y el deontologismo (“¿Qué debemos hacer?”) y la preocupación de la ética de la virtud (“¿Cómo debemos ser?”). Al mismo tiempo, debe aclararse que eso no implica que la ética de la virtud no establezca deberes morales. El punto es que estos deberes se infieren de consideraciones sobre cómo debe ser una persona, a diferencia del deontologismo, que toma el camino inverso: puede llegar a conclusiones sobre cómo debe ser alguien, pero infiriéndolo de sus deberes.

Las dos teorías de ética de la virtud seleccionadas en el manual para estudiantes son la corriente aristotélica y la ética del cuidado. La primera fue seleccionada por su valor histórico. La segunda, por la importancia que cobró en los últimos años. Luego de explicar estas dos teorías, el profesor está en condiciones de introducir las objeciones a las premisas generales de la ética de la virtud.

3. Bibliografía recomendada para el docente

A continuación, resumimos las recomendaciones bibliográficas para el docente. Se reiteran las ya mencionadas en cada sección y se agregan algunas adicionales. Los datos bibliográficos completos de estos textos se encuentran en la Bibliografía general.

1) Relativismo moral

- Para una explicación general de la teoría y sus críticas, véase Timmons 2002, pp. 37-63, o Rachels 2007, pp. 38-62.
- Para una defensa de la inexistencia de la moral objetiva, véase Prinz 2007.

2) Consecuencialismo

- Para una explicación general del utilitarismo y algunas críticas, el docente puede leer Rachels 2007, pp. 147-185 o los capítulos 5 y 6 de Timmons 2002 (pp. 103-150)
- Para una explicación sobre el utilitarismo de reglas, el docente puede leer Mill 1998, capítulo V.
- Para analizar a un utilitarista contemporáneo y cómo aplica a la teoría en distintos contextos, véase Singer 2011.

3) Deontologismo

- Para una explicación general del deontologismo y algunos problemas con la teoría, el docente puede leer Rachels 2007, pp. 186-218 o Timmons 2002 pp. 151-187.

4) Ética de la virtud

- Para una explicación de la ética de la virtud, el docente puede leer Rachels 2007, pp. 264-289 o Timmons 2002, pp. 211-243 y Nussbaum 1999.
- Para una explicación detallada de la ética del cuidado, el docente puede leer Sander-Staudt 2016.

4. Bibliografía general

La siguiente lista contiene los textos citados y otros que pueden ser de utilidad para el docente:

- Amaya, Amalia, “Virtudes y filosofía del derecho”, en Jorge Fabra y Ezequiel Spector (eds.), *Enciclopedia de Teoría y Filosofía del Derecho*, volumen III. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.
- Fischer, Martin y Ravizza, Mark (comps), *Ethics. Problems and Principles*, San Diego: Harcourt Brace Jovanovich, 1992.
- Foot, Philippa, “Abortion and the Doctrine of the Double Effect”, *Oxford Review* 5, 1967.
- Kant, Immanuel, *Groundwork of the Metaphysics of Morals*, traducción de H.J. Paton, Indianapolis: Hackett Pub. Co., 1965. Traducción española: Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Madrid: Editorial Tecnos, 2006.
- Kymlicka, Will, *Contemporary Political Philosophy: An Introduction*, segunda edición. Oxford: Oxford University Press, 2002. Traducción española de la primera edición: Kymlicka, Will, *Filosofía Política Contemporánea*. Buenos Aires: Editorial Ariel, 1995.
- Mill, John Stuart, *Utilitarianism*, Roger Crisp (ed.). Oxford: Oxford University Press, 1998.
- Nussbaum, Martha, “Virtue Ethics: A Misleading Category?”, *The Journal of Ethics*, volumen 3, número 3, 1999
- Prinz, Jesse, *The Emotional Construction of Morals*. New York: Oxford University Press, 2007.
- Rachels, James, *Introducción a la Filosofía Moral*. México: Fondo de Cultura Económica, 2007.
- Sander-Staudt, Maureen, “Care Ethics”, *The Internet Encyclopedia of Philosophy*, www.iep.utm.edu, 22 de marzo de 2016.
- Schmidtz, David, “Islands in a Sea of Obligation: Limits of the Duty to Rescue”, *Law and Philosophy*, volumen 19, número 6, 2000.
- Singer, Peter (ed.), *Compendio de Ética*. Madrid: Alianza Editorial, 1995.
- Singer, Peter, *Practical Ethics*. Cambridge: Cambridge University Press, tercera edición, 2011.
- Thomson, Judith Jarvis, “Killing, Letting Die, and the Trolley Problem”, *The Monist*, volumen 59, número 2, 1976.
- Thomson, Judith Jarvis, “The Trolley Problem”, *Yale Law Journal*, volumen 94, número 6, 1985.
- Timmons, Mark, *Moral Theory: An Introduction*. Oxford: Rowman and Littlefield, 2002.

5. Ejercicios con sugerencias para el docente

1) *El dilema del tranvía*³

El siguiente es un famoso ejemplo, conocido como “El Dilema del Tranvía”:

Hay un tranvía fuera de control. Más adelante, en las vías, hay cinco personas trabajando. El tranvía se dirige hacia ellas. Usted se encuentra en la playa de maniobras, junto a una palanca. Si usted acciona esa palanca, el tranvía cambiará de dirección y se dirigirá a una vía lateral. Sin embargo, usted se da cuenta de que hay una persona atada a esa vía lateral. Usted tiene dos opciones:

1. No hacer nada, y el tranvía matará a las cinco personas que se encuentran trabajando.
2. Accionar la palanca, desviar el tranvía y que mate a una persona.

Preguntas:

- 1) ¿Qué haría usted en esa situación? ¿Qué cree que haría la mayoría de las personas?

Sugerencias para el docente: En esta pregunta el docente debe abstenerse de intervenir en lo posible y dejar que los alumnos elijan y fundamenten por qué eligen dejar que mueran los cinco trabajadores o matar a uno. No hay respuestas correctas ya que lo que se pretende, en primer lugar, es observar las intuiciones de las personas.

- 2) No es inusual que muchas personas elijan la solución de desviar el tranvía para matar sólo a una persona. Sin embargo, analice la siguiente variante propuesta por Judith Thomson:

Un tranvía se dirige por las vías hacia cinco personas. Usted se encuentra en un puente mirando la situación desde arriba, y puede detener el tranvía si arroja a una persona muy corpulenta a las vías. Por suerte, hay alguien con esta característica a su lado. Si la empujara, el tranvía la mataría, pero salvaría a las otras cinco personas. ¿Debería hacerlo?⁴

En esta variante, ¿cambia su respuesta a la pregunta anterior? Si su respuesta es afirmativa, ¿por qué cree que cambia? ¿Hay alguna diferencia relevante con el ejemplo original?

³ Este ejemplo fue introducido por Foot, 1967, p. 10.

⁴ Thomson, 1976, pp. 207-208.

Sugerencias para el docente: A diferencia de la pregunta anterior, el ejemplo que ofrece Thomson no sólo busca observar intuiciones, sino también llegar a algunas conclusiones. Según Thomson, empujar a esta persona no es correcto, a pesar de que de esa manera se salvarían otras cinco. Por lo tanto, no se justifica matar a una persona para salvar a cinco. El docente puede preguntar a los alumnos qué creen al respecto. Una diferencia que encuentran las personas que defienden matar a uno para salvar a cinco se relaciona con las emociones que surgen de un caso y del otro. Mientras que empujar a una persona a su muerte nos genera rechazo, no nos genera ese rechazo accionar una palanca. Sin embargo, desde el punto de vista de la moral, no es claro que esa diferencia sea relevante. En efecto, lo que es correcto o incorrecto no tiene por qué depender de nuestras emociones. El profesor podría esperar a que un alumno llegue a esa conclusión o proponer esa conclusión y observar la reacción de sus alumnos.

3) Thomson también compara el ejemplo del tranvía con este otro:

Imagine que usted es un cirujano. Entre sus funciones se encuentra la de trasplantar órganos. Ingresan al hospital cinco pacientes: dos necesitan un riñón cada uno, dos necesitan un pulmón cada uno y el quinto necesita un corazón. Si no reciben un trasplante hoy mismo, morirán. El mismo día ingresa al hospital un joven y paciente, que viene por un chequeo habitual. El joven tiene los pulmones, riñones y el corazón sanos usted que necesita para salvar a los cinco pacientes. ¿Sería correcto matarlo para realizar los trasplantes?⁵

Thomson considera que este ejemplo muestra una inconsistencia: ¿Por qué parecería correcto desviar el tranvía, pero no transplantar los órganos? ¿Qué diferencia relevante cree que existe entre ambos ejemplos? ¿O no existe una diferencia relevante?

Sugerencias para el docente: El docente puede preguntarles a los alumnos si encuentran esa diferencia y, si no la encuentran, qué reflexión pueden hacer al respecto. Luego, el docente puede ofrecer una respuesta a esta pregunta. La diferencia que encuentran algunos autores (como Schmidtz 2000) es que lo que está en juego en el caso del trasplante es la confianza que tenemos en las instituciones. Los hospitales y los médicos requieren que confiemos en ellos para que asistamos a los hospitales y pidamos ayuda a los médicos cuando tenemos un problema que sólo ellos pueden solucionar. Obviamente, no confiaremos en los hospitales

⁵ Thomson 1985.

si corremos el riesgo de que nos quiten nuestros órganos. En el caso del tranvía, la confianza en las instituciones no está en juego. Seguiremos usando tranvías aunque suceda un evento desafortunado como éste. Esta es una solución consecuencialista al problema que, obviamente, no sería compartida por un deontologista. Un deontologista podría afirmar, por ejemplo, que no se debe desviar el tranvía, o que sí es permisible hacerlo, pero no se trata de un acto intencional de matar (como en el caso del trasplante), sino que la muerte de la persona que se encuentra en la vía lateral es un efecto colateral no intencional (esto hace referencia a la conocida Doctrina del Doble Efecto).⁶

2) La gran abogada

Ludmila Hernández es una joven abogada recién recibida. Hernández acaba de ingresar como abogada junior al estudio “Marbury, Madison & Marshall”. Tiene la fortuna de entrar al área de derecho societario, su materia favorita durante la carrera. Además, tendrá que responder ante Melisa Madison, una de las especialistas en derecho societario más requerida por las empresas de primera línea en el país. Madison es, a su vez, una prolífica autora de doctrina de derecho societario. Hernández leyó todos y cada uno de sus libros en la universidad. Para Hernández, Madison es un modelo a seguir. Es un ejemplo de cómo una mujer que, en una profesión sumamente machista como la de la abogacía, logró triunfar hasta ser una de las socias de uno de los estudios más importantes del país.

Durante sus primeros meses en el estudio, Madison no decepciona a Hernández. De hecho, Hernández confirma que Madison es todo lo que una abogada debe ser: atenta y diligente con los clientes y, al mismo tiempo, implacable con los abogados rivales. También es meticulosa: a pesar de que tiene tres abogados que la asisten, Hernández entre ellos, no deja de revisar hasta la última coma de todo documento, desde una demanda hasta el más irrelevante memo.

Sin embargo, Hernández nota que el comportamiento de Madison con sus empleados no parece tan elogiable. Se da cuenta de que casi todos sus compañeros en el área son mujeres. Hernández consulta con una de sus compañeras por qué creé que esto es así: “Es claro lo que pasa. Es un secreto a voces, pero está más que confirmado. Madison trata de sabotear la carrera de todas nosotras. No quiere que lleguemos lejos. ¿Cuántas socias hay? Una: Madison. Y es obvio que quiere que se mantenga así. Una cosa es que una mujer triunfe. Eso es importante. Pero ser la única mujer es especial”.

Hernández se encuentra con Micaela, una ex compañera de estudios en la facultad de derecho y otra gran admiradora de Madison. Micaela, en una mezcla de sentimientos

⁶ Para ampliar conocimientos sobre esta doctrina, véase Timmons 2002, capítulo 4.

entrecruzados entre la envidia y la emoción, le pregunta a Hernández cómo es en persona Madison. La respuesta de Hernández sorprende a Micaela: “La verdad, no sabría decirte”.

Preguntas:

- 1) Hernández parece ver a Madison a la luz de dos teorías morales no relativistas. ¿Cuáles son esas teorías morales?

Sugerencias para el docente: El docente debe esperar que sus alumnos comprendan que se tratan de teorías de ética de la virtud. El docente puede explicar que Hernández observa el comportamiento de Madison no por lo que hace, sino por cómo es (como abogada y como persona).

- 2) ¿Qué rasgos de la personalidad son los que hacen a un abogado un buen abogado? ¿Son los mismos que hacen a una persona una buena persona? ¿Qué diría la ética de la virtud sobre Madison?

Sugerencias para el docente: Esta pregunta no tiene una respuesta obvia. El docente debe esperar respuestas diversas.

- 3) ¿Tiene Madison una relación con deberes especiales hacia sus empleados? ¿Tiene deberes especiales con sus empleadas? ¿Por qué las respuestas a estas preguntas son relevantes para la ética de la virtud?

Sugerencias para el docente: El docente puede explicar la ética del cuidado y qué relación tiene con el modo en que Madison se comporta con sus empleados. La ética del cuidado, una forma de ética de la virtud, define lo correcto en términos de las relaciones personales. En el manual se sugiere el ejemplo de compañeros de trabajo, pero el docente puede aportar otros: la relación entre padres y madres con sus hijos, las relaciones de amistad, entre otras. La ética del cuidado pone énfasis en aquellas relaciones en las que tenemos algún tipo de vínculo especial (claramente no son los mismos los deberes que tengo con mi hijo que con el hijo de otra persona). Las relaciones de subordinación entre jefe y empleado no son claramente una relación especial como la que una persona tiene con su hijo, aunque es debatible. Quizás tenemos algún vínculo, pero no es tan especial. En cambio, las relaciones que tiene Madison con sus empleadas puede considerarse especial en el sentido de que

Madison puede reflejarse en ellas como la abogada que está recién iniciando la carrera. Es posible argumentar que Madison tiene deberes especiales con sus empleadas y, cuanto menos, debería no tratar de sabotear sus carreras.

3) El regalo

Ian Levy es un abogado que trabaja para el importante estudio transnacional “Levy & Mizrahi”. El “Levy” del estudio corresponde a Marcelo Levy, el padre de Ian, su mayor influencia profesional. Los valores que Ian tiene como profesional son los mismos que los de su padre. Ian siempre recuerda el primer consejo que le dio su padre como profesional cuando comenzó a trabajar en el estudio: “El cliente es todo. Hay que hacer todo lo legalmente posible para que gane. Somos abogados. No defendemos otro interés que el del cliente. Siempre hay que poner los intereses del cliente sobre los nuestros”.

Ian, que trabaja para el área de Oil & Gas del estudio, se especializa en el litigio transnacional. Debido a su trabajo, viaja a lugares cuyas costumbres y procedimientos judiciales son muy distintos a los que está acostumbrado, por lo que su trabajo requiere que pueda rápidamente adaptarse a contextos extraños. En muchos de esos países, Levy debía evitar hechos muy comunes de corrupción en el extranjero, especialmente el soborno a jueces. El estudio tenía una política sencilla en la práctica transnacional: los abogados no deben involucrarse en actos de corrupción.

Ian Levy se encuentra en Siam, una pequeña nación que se independizó al sur de Tailandia hace escasos cinco años. El país es tan nuevo para el mundo como para Levy: jamás estuvo en Siam, así que espera sorprenderse con los procedimientos judiciales de un país tan nuevo. Además, también es un país nuevo para su cliente, “Gaxxon S.A.”. Gaxxon había celebrado un acuerdo con el Gobierno de Siam por el cual le otorgaba derechos a explotar unos pozos petrolíferos hallados en el sur del país. Sin embargo, el Rey de Siam, Thaskin Ayutthaya, quien es la cabeza del Estado, decidió incumplir con lo pactado y darle los derechos de exploración y explotación a “Siam Gas & Oil”, cuyo dueño casualmente es el hermano del Rey, Apichatpong Ayutthaya.

Gaxxon decide demandar al Estado de Siam. Levy contrata un abogado local, Bhumibol Sukothai, para que le informe e interiorice sobre los procedimientos judiciales en Siam. Sukothai le explica que los procedimientos judiciales son muy distintos a los de occidente:

-Miré, en este país hay una separación clara de poderes entre el judicial y el Rey. Un tribunal puede tranquilamente fallar en contra del Rey sin temor a que pidan su cabeza.

-Bueno, es un alivio, pero entonces, ¿qué diferencia hay con mi país?

-Tiene que llevar un regalo.

-¿Un regalo?

-Sí, un regalo. Cuanto más caro, mejor. Debe dárselo al juez. No en su oficina, sino en la primera audiencia.

-¿No es eso corrupción?

-Esa es la diferencia entre su cultura y la mía. Acá los jueces son probablemente las personas más importantes del país. En Siam, es costumbre honrar a los jueces con un regalo. No creemos que esté mal. De hecho, creemos que está perfecto. Es una muestra de nuestro respeto a la investidura judicial.

-¿Es necesario?

-Depende de una pregunta: ¿Quiere ganar? Un juez puede ofenderse si no recibe un obsequio, y no se lo va a perdonar. No lo hará el juez de primera instancia ni el de apelación, al que de todas formas no llegará porque el de primera instancia no se lo permitirá. Si quiere un juicio justo, pague.

El consejo de Sukothai no era el que Levy esperaba. De hecho, lo dejó profundamente descorazonado. El no creía correcto sobornar jueces, y la política del estudio se lo prohibía explícitamente, pero para la cultura siamana esto no es un soborno, sino prácticamente un paso previo consuetudinario para cualquier juicio. Sin embargo, recuerda que su padre siempre le dijo que debe anteponer los intereses a los suyos, así que su concepción sobre lo que es correcto le debería resultar irrelevante.

Preguntas:

1) ¿Es participar de un acto de corrupción siempre incorrecto? ¿De qué depende?

Sugerencias para el docente: Esta pregunta tampoco tiene una respuesta clara. El docente puede remitirse a la discusión sobre el consecuencialismo y el deontologismo. El docente puede proveer un ejemplo por el cual la corrupción puede llevar a buenas consecuencias. Por ejemplo, el presidente de un país donde sigue existiendo la esclavitud soborna a legisladores opositores para que apoyen su proyecto de ley para abolir la esclavitud. El docente puede hacer la distinción de que un consecuencialista, concentrado en las consecuencias de las acciones, puede considerar sobornar a los legisladores como una acción obligatoria, mientras que un kantiano, concentrado en los rasgos inherentes a las acciones, llegaría, probablemente, a la conclusión opuesta.

2) Si usted cree que todo hecho de corrupción es siempre incorrecto, ¿es usted un relativista moral?

Sugerencias para el docente: La respuesta es claramente no. Un relativista moral sólo puede afirmar que la corrupción es siempre incorrecta si en todas las culturas existentes la corrupción es considerada incorrecta. Pero la pregunta anterior no se refiere a lo que los alumnos creen que dice cada cultura, sino sólo a lo que piensan sobre la corrupción. Lo que pienso sobre la corrupción es irrelevante para el relativismo moral ya que no es una cuestión que pueda decidirse objetivamente para esta teoría. Por lo tanto, si llego a la conclusión de que la corrupción es siempre incorrecta en toda cultura, no puedo ser relativista (a menos que, de nuevo, en todas las culturas la corrupción fuese incorrecta).

3) ¿Es Levy un relativista moral?

Sugerencias para el docente: Para esta pregunta, la respuesta parece ser la inversa a la anterior. Levy se debate entre varias culturas: la cultura de su empresa, la del país donde está ejerciendo, la de su familia y, además, su propia conciencia. Sin embargo, si una persona no es relativista, mucho no le debería importar lo que se debe hacer según la cultura de un país ya que un no relativista cree que los deberes son universales y se nos aplican en cualquier ocasión

4) Levy parece debatirse entre varios principios morales: los de su familia, los de su estudio, los de Siam y los de su conciencia. ¿Es posible resolver estos conflictos? ¿Es un problema para el relativismo moral?

Sugerencias para el docente: El relativismo no tiene una solución para este conflicto de deberes. Es, de hecho, un problema para la estructura interna del relativismo moral. El relativismo moral sostiene que lo correcto o incorrecto depende de la cultura en la que uno se encuentre. Sin embargo, es difícil determinar en qué cultura me encuentro: a la vez que Levy se encuentra trabajando en Siam, forma parte de un estudio y de una familia con valores contrapuestos. El relativismo moral no logra dar una respuesta a cuál es la cultura que debe responder a la pregunta “¿qué es lo correcto?”.

Unidad 2: Naturaleza de la ética profesional

1. Introducción

El curso de ética profesional propiamente dicho comenzaría con esta unidad. Lo desarrollado en la unidad anterior, como se ha dicho, puede haber sido estudiado en un curso independiente de filosofía moral.

La idea de esta unidad es tratar dos problemas. Por un lado, la naturaleza de la ética profesional en general, no solamente de la abogacía. Por otro lado, la justificación de la auto-regulación de las profesiones a través de un sistema de colegiación obligatoria.

Antes de comenzar, es importante que el docente dé algunas precisiones conceptuales sobre los dos términos que componen la noción de ética profesional:

1. Concepto de profesión.
2. Concepto de ética. Para este punto se remite a la unidad anterior.

2. Ética universal versus ética del rol

El primer punto es motivar en los alumnos la idea de una moralidad de rol. Para ello, se pueden dar ejemplos de profesiones (abogacía, medicina, periodismo, etc.), pero también de roles sociales o naturales (padre, amigo, político, etc.), mostrando la tensión entre los deberes propios del rol y otros deberes generales.

En segundo lugar, se debe discutir si una ética de rol se puede justificar racionalmente. En el manual presentamos un argumento consecuencialista indirecto en dos versiones, siguiendo la presentación de David Luban (Luban 2003). El docente puede apelar también a otros autores o materiales (ver más adelante en las recomendaciones bibliográficas). También puede conectar con los contenidos vistos en la unidad anterior, respecto de la ética del cuidado.

El objetivo aquí es que los alumnos entiendan que los roles (profesionales o de otro tipo) generan ciertos deberes (deberes de rol) y que esos deberes pueden estar en conflicto con otros deberes especiales o (más probablemente) con deberes generales. Es importante recurrir a ejemplos y trabajar sobre ejercicios (como los que se proponen aquí), de modo que esos conflictos resulten vívidos. Estos conflictos, a su vez, deberían generar la necesidad de una justificación especial (más allá de la afirmación “debo hacer X porque es lo que determina mi rol”). El argumento de Luban (u otros) son el intento de dar esa justificación.

3. Ética profesional y regulación profesional

Una vez discutida la naturaleza de la moralidad de roles y de la ética profesional en general, proponemos tratar la cuestión de si las profesiones deben tener sistemas de control a través de la matriculación obligatoria y la auto-regulación disciplinaria.

El objetivo es desafiar algo que, al menos en nuestro medio, se da por sentado: que el sistema es obviamente legítimo.

Como cualquier otra institución o práctica jurídica o social, para saber si se justifica o no es necesario conocer los argumentos con que se defiende esa institución o práctica. Puede haber diversos argumentos. En el manual proponemos discutir el que es, quizá, más habitual: la colegiación obligatoria se justifica por razones de eficiencia económica (fallas de mercado). El mercado de los servicios profesionales sería uno en el que típicamente existen asimetrías y costos elevados de información. Sin pretender saldar la controversia, es importante dejar claro que el argumento económico es discutible.

El tema de la colegiación y su justificación es planteado aquí de un modo muy general y aplicable a cualquier profesión. En la Unidad 5 se trata el régimen y la regulación de la abogacía en particular, desde una óptica más descriptiva y detallada. El docente puede conectar ambas partes del programa o directamente unificarlas en un mismo núcleo temático.

4. Bibliografía recomendada para el docente

A continuación, resumimos las recomendaciones bibliográficas para el docente. Se reiteran las ya mencionadas en cada sección y se agregan algunas adicionales. Los datos bibliográficos completos de estos textos se encuentran en la Bibliografía general.

1) Concepto de profesión

- Para una descripción somera del concepto de profesión, véase Wasserstrom 1986. Una explicación más centrada en la profesión de la abogacía se encuentra en Rhode 1998.

2) Ética universal versus ética de rol

- Para un texto introductorio sobre la justificación de la ética profesional, véase Luban 2003.
- En Gewirth 1986 se encuentra una visión crítica de la ética profesional, desde el punto de vista de una ética no consecuencialista.
- Para otra propuesta alternativa para justificar la ética de las profesiones, véase Freedman, B. 1978.

3) Colegiación obligatoria

- Para el argumento económico a favor de la colegiación, véase Barton 2001, y Ribstein 2004.
- En Barton 2001; Adlin y Haw 2013-2014; Levin 2014 se encuentran críticas a este argumento.

5. Bibliografía general

La siguiente lista contiene los textos citados y otros que pueden ser de utilidad para el docente:

- Alegre, Marcelo, “Opresión a conciencia: la objeción de conciencia en la esfera de la salud sexual y reproductiva”, *SELA 2009. Seminario en Latinoamérica de teoría constitucional y política*, Buenos Aires: Libraria, 2009.
- Applbaum, Arthur, *Ethics for Adversaries. The Morality of Roles in Public and Professional Life*. Princeton: Princeton University Press, 1999.
- Barton, Benjamin Hoorn, “Why Do We Regulate Lawyers?: An Economic Analysis of the Justifications for Entry and Conduct Regulation”, *Arizona State Law Journal*, volumen 33, 2001.
- Edlin, Aaron y Haw, Rebecca, “Cartels by Another Name: Should Licensed Occupations Face Antitrust Scrutiny”, *University of Pennsylvania Law Review*, volumen 162, número 5, 2014.
- Ferrel, O.C., y Fraedrich, John, *Business Ethics: Ethical Decision Making & Cases*. Cincinnati: South-Western College Pub, undécima edición, 2016.
- Freedman, Benjamin, “A Meta-Ethics for Professional Morality”, *Ethics*, volumen 89, número 1, pp. 1-19, 1978.
- Gewirth, Alan “Professional Ethics: The Separatist Thesis”, *Ethics*, volumen 96, número 2, 282-300, 1986.
- Kipnis, K., “A Defense of Unqualified Medical Confidentiality”, *The American Journal of Bioethics*, Vol. 6, Nº 2, 2006.
- Levin, Leslie C., “The Monopoly Myth and Other Tales About the Superiority of Lawyers”, *Fordham Law Review*, volumen 82, número 6, 2014.
- Luban, David, “Professional Ethics”, en R. G. Frey y C. H. Wellman (eds.), *A Companion to Applied Ethics*. Oxford: Blackwell, 2003.
- Martin, Clancy, Vaught, Wayne, y Solomon, Robert C., *Ethics Across the Professions*. Oxford: Oxford University Press, segunda edición, 2017.
- Pence, Gregory, *Medical Ethics: Accounts of Ground-Breaking Cases*. Nueva York: McGraw-Hill, séptima edición, 2014.
- Ribstein, Larry E., “Lawyers as Lawmakers: A Theory of Lawyer Licensing”, *Missouri Law Review*, volumen 69, número 2, 2004.
- Rhode, Deborah L., *Professional Responsibility: Ethics by the Pervasive Method*, segunda edición. Nueva York: Aspen Publishers, 1998.
- Stout, Lynn A., “Bad and Not-so-Bad Arguments for Shareholder Primacy”, *Southern California Law Review*, volumen 75, número 5, 2002.
- Wasserstrom, Richard: “Lawyers as Professionals: Some Moral Issues”, en Davis, Michael y Elliston, Frederick (eds.), *Ethics and the Legal Profession*. Amherst: Prometheus Books, 1986.

6. Ejercicios con sugerencias para el docente

Si bien los ejercicios que proponemos a continuación deberían corroborar la lectura o la comprensión de la unidad, el objetivo más importante es simplemente testear las intuiciones y los argumentos que los estudiantes son capaces de elaborar sin conocimientos específicos previos. En algunos casos, los ejercicios adelantan problemas que se verán en unidades posteriores, por lo cual puede ser útil tratarlos nuevamente luego de haber visto las teorías correspondientes, para evaluar si hubo un cambio en el modo de resolverlos.

1) Médicos y abogados⁷

- a. Ruperto Gómez es el médico de Alan Levy. Alan se atiende con Gómez hace apenas unos meses. En un chequeo general, Alan le confiesa a Gómez que padece de VIH. Gómez, a su vez, tiene como paciente a Aldana, la esposa de Alan. Gómez decide que la información de Alan es confidencial y decide no contarle a Aldana que Alan padece VIH.
- b. Mariana Ferrari es la abogada de Alan y Aldana Levy. Los representa en un caso de daños y perjuicios contra una empresa de seguros por un choque que sufrieron hace unos meses. En una reunión, Alan le confiesa a Gómez que padece de VIH. Gómez decide que la información de Alan es confidencial y decide no contarle a Aldana que Alan padece VIH.

Preguntas:

En la Unidad 6 se verá cuáles son o deberían ser los deberes del abogado respecto a las confidencias de sus clientes. Sin embargo, muchas profesiones tienen normas que regulan qué deben hacer los profesionales con la información confidencial. Estos deberes, por supuesto, no son los mismos para todas las profesiones.

- 1) ¿Qué tan diferentes pueden ser estos deberes? ¿De qué depende?

Sugerencias para el docente: El docente puede comenzar mencionando algunos aspectos del deber de confidencialidad de los abogados. A diferencia de los médicos, los abogados tienen acceso a una información más amplia de los clientes que la que puede tener un

⁷ La versión médica del ejemplo está basada en el que aparece en Kipnis 2006.

médico de sus pacientes, que generalmente se limitará a la historia clínica. Por otro lado, los deberes de confidencialidad, podría sugerir el docente, tienen el mismo objetivo: fortalecer la confianza en la relación médico-paciente y abogado-cliente de manera tal de que los pacientes y los clientes revelen toda la información relevante sin temor a que esta sea revelada por el médico o el abogado a terceros.

2) ¿Debería el médico Gómez revelar que Alan padece de VHI? ¿Debería la abogada Ferrari revelar que Alan padece de VIH?

Sugerencias para el docente: El docente podría hacer una distinción entre la profesión médica y la legal. Mientras es claramente normal que un médico sepa qué enfermedades padece el cliente, no es, claramente, el tipo de información que un abogado tiene a disposición sobre su cliente. El rol del abogado no está relacionado necesariamente con la averiguación de la historia clínica de sus clientes. Por lo tanto, es discutible que revelar esta información sea una violación de la ética profesional de los abogados.

Sin embargo, el docente puede citar una opinión, la 1998-2, del Comité de Ética de la *Delaware Bar Association*. En ese caso, un abogado del Estado de Delaware tiene un cliente que convive con una mujer, que le confiesa que tiene SIDA. El abogado le consultó al *bar* (colegio) estadal si puede revelar esa información. El Comité sostuvo que, como el abogado no tiene certeza de que la mujer será contagiada de SIDA, tampoco tiene certeza sobre si su vida corre peligro o que sufrirá un daño físico significativo. Como veremos en la Unidad 7, en Estados Unidos, el riesgo a la vida y a la integridad física es el estándar típico en los códigos de ética estadales para autorizar la revelación de las confidencias de un cliente. Como su vida y su integridad física no corrían peligro, el abogado, concluyó el Comité, no debía revelar esa información.

2) CEOs y abogados

La compañía “Gas Company S.A.” está involucrada en varios casos de contaminación. El último de estos casos es el más serio.

La compañía, especializada en la extracción de petróleo, tiene su filial en la ciudad de Santa Clarita, a orillas del río Paraná, en la provincia de Santa Fe. La mayoría de los 2.500

habitantes Santa Clarita son muy pobres y muchos se bañan en ese río. La compañía está acusada de desechar productos tóxicos en el río Paraná. Se trata de residuos del petróleo refinado. Si bien Gas Company podría comprar equipos que conviertan esos desechos en material recicitable, ello implicaría una gran inversión, algo que nunca fue considerado seriamente por los directivos de la empresa. Como consecuencia de la contaminación, alrededor de 500 habitantes de Santa Clarita han sufrido consecuencias severas de salud.

La Asociación por el Derecho a un Ambiente Sano (“ADAS”) inicia una acción de amparo colectivo contra Gas Company. ADAS exige que la compañía detenga la contaminación del río Paraná. A su vez, quiere representar a varios de los afectados en acciones de daños y perjuicios, algo que le puede costar millones a Gas Company.

El CEO de la Gas Company, Rodolfo Magnano, se solidariza con los afectados y con las causas de la ADAS. Si bien sabe que Gas Company tiene alguna probabilidad cierta de ganar el juicio de daños y perjuicios, cree que tienen el deber de asistir por ser responsables de la contaminación. Magnano les ofrece a las víctimas de la contaminación de Gas Company montos que, si bien no son los que recibirían en un eventual juicio de daños y perjuicios, sí les ahorraría costos y desgastantes procesos legales ante los tribunales. Además, les promete que Gas Company se encargará del saneamiento del río y de la compra de los equipos de reciclado. Las víctimas aceptan el acuerdo y deciden abstenerse de iniciar todo tipo de acción legal.

Cuando los accionistas de Gas Company se enteran del acuerdo, le exigen explicaciones a Magnano, ya que, de haber ganado el juicio, se habrían ahorrado las pérdidas enormes del acuerdo que celebró con los habitantes de Santa Clarita. Magnano les explica que su rol como CEO no es sólo maximizar los beneficios de la empresa, sino cuidar los intereses de todos los afectados por las operaciones de Gas Company. Además, sostiene que es el mejor curso de acción para la empresa. Con este acuerdo, sostiene Magnano, la opinión pública sobre Gas Company mejorará y las ventas subirán, dejando un saldo positivo en el largo plazo.

Preguntas:

- 1) ¿Cree que la respuesta de Magnano es correcta? ¿O por el contrario cree que el rol de un CEO es siempre maximizar las ganancias de la empresa sin importar las consecuencias?

Sugerencias para el docente: Esta pregunta es abierta. Puede ser respondida de varias maneras. El docente tiene que tener en cuenta de que hay dos posiciones clásicas: el CEO debe tener en cuenta sólo a los accionistas o debe tener en cuenta los intereses de personas que se encuentran dentro de la estructura empresarial, pero no tienen acciones (como los empleados), e, incluso, los intereses de quienes no forman parte de la empresa (los clientes, por ejemplo).

- 2) Imagínese que a Magnano le importan poco los habitantes de Santa Clarita y está convencido de que su rol es, sencillamente, hacer que Gas Company sea cada vez más rentable. Esta vez, es ADAS, en representación de los afectados de Santa Clarita, los que se acercan a Magnano proponiendo el acuerdo. En este escenario, Magnano desecha el acuerdo y les advierte que la producción de crudo en Santa Clarita “aumentará exponencialmente”. ¿Cambia en este escenario su respuesta a la pregunta anterior? ¿Deberían tener límites las acciones que toma un CEO en favor de los accionistas para los que trabaja?

Sugerencias para el docente: Nuevamente, no hay una respuesta obvia para esta pregunta.

- 3) ¿Cómo debe lidiar un abogado con los conflictos de intereses? ¿Es distinto a cómo lo hace un CEO? ¿Puede considerar otro interés más allá de los de su cliente?

Sugerencias para el docente: El docente puede citar algunas de las normas sobre conflictos de intereses que existen en los códigos de ética. La principal diferencia es que mientras los abogados tienen un interés definido que deben defender, no es tan obvio qué intereses deben defender los CEOs. En muchas ocasiones, el abogado debe evitar un conflicto de intereses renunciando a una representación. En cambio, un CEO puede tener mayor margen para armonizar distintos intereses contrapuestos, como intenta hacerlo Magnano.

- 4) La justificación que ofrece Magnano a los accionistas, según la cual hacer lo mejor por los afectados es lo mejor por la compañía, es un argumento clásico basado en la llamada “Stakeholder Theory”. Esta teoría sugiere que un CEO debe administrar una empresa en beneficio de *todos* sus interesados, y no sólo de los accionistas. En su artículo “Bad and Not-So-Bad Arguments for Shareholder Primacy”,⁸ Lynn Stout llama a este argumento “producción en equipo”. Según Stout, la producción de una empresa requiere del aporte de muchos grupos. Los accionistas, por sí solos, no pueden hacer una empresa. Los grupos que no son accionistas aportan a la empresa esperando que se van a beneficiar por sus operaciones. Stout afirma que al beneficiar a todos estos grupos, y no sólo a los

⁸ Stout 2002.

accionistas, se promueven tanto los intereses de los accionistas como los de los grupos que aportan a la empresa pero no son accionistas. Es decir, que se consideren los intereses de otros grupos no significa que se dejen de lado los intereses de los accionistas. ¿Es posible imaginar un argumento similar para los abogados y sus clientes? ¿O la consideración de otros intereses que no sean los del cliente implica siempre un perjuicio para el cliente?

Sugerencias para el docente: Más allá de la plausibilidad de la propuesta de Stout, parece más difícil imaginar que un abogado pueda beneficiar dos intereses contrapuestos. El objetivo de un abogado es, por lo general, obtener un resultado favorable para su cliente. El cliente, por lo general, tiene como interés obtener ese resultado favorable. Los intereses que pueden contraponerse con el interés del cliente (sean intereses del propio abogado o de otro cliente) pueden implicar un interés por que el cliente *no* tenga un resultado favorable o no tenga el mejor resultado favorable.

3) Clientes y pacientes

Aldana quedó embarazada producto de una violación. Aldana acude a un hospital público, el único de su pueblo, en el cual solicita que se le practique un aborto. Firma una declaración jurada en la cual afirma que su embarazo es producto de una violación. Sin embargo, el médico encargado se rehúsa a realizar la operación o a derivarla con otro profesional que esté dispuesto a hacerla. Según el médico, el aborto es contrario a sus creencias religiosas y no puede verse involucrado en el homicidio de un niño por nacer.

Como ni Aldana ni su familia tienen dinero para trasladarse a un hospital fuera del pueblo, acuden a uno de los pocos abogados de su pueblo para que demande al hospital y lo obligue a llevar a cabo la operación. Sin embargo, el abogado al que acude Aldana con su familia se rehúsa a tomar su caso. También él sostiene que los preceptos de su religión no le permiten participar del homicidio de un inocente.

Preguntas

- 1) ¿Cuánta libertad debería tener un abogado a la hora de elegir a sus clientes? ¿Cuánta libertad debería tener un médico a la hora de elegir a sus pacientes?

Sugerencia para el docente: El docente puede comenzar por señalar que los códigos de ética, en general, ofrecen una libertad amplia para rechazar clientes. También puede señalar los diferentes intereses en juego (en caso de los médicos, la salud, y en el caso de los

abogados, la defensa de intereses jurídicos) que pueden echar luz sobre por qué los abogados tienen tanta libertad para elegir clientes y los médicos no tienen una libertad semejante para elegir pacientes.

- 2) En “Opresión a conciencia: la objeción de conciencia en la esfera de la salud sexual y reproductiva”,⁹ Marcelo Alegre ofrece una serie de argumentos por los cuales el derecho a la objeción de conciencia de los médicos para rechazar un aborto debería ser limitado. Uno de sus argumentos es el siguiente:

“Las prestaciones de salud sexual reproductiva están a cargo de profesionales. Los profesionales actúan como monopolios regulados [...]. Los profesionales tienen acceso exclusivo a ciertas prácticas que la sociedad valora de manera especial. Ser un profesional es formar parte de un monopolio: los no profesionales están excluidos de la práctica en cuestión [...]. Al ocupar un lugar de privilegio, el profesional no puede limitar sus obligaciones con la misma facilidad que quien no lo es. No es irrazonable imponer como parte de las obligaciones profesionales la exclusión de la objeción de conciencia en el ejercicio de la profesión, cuando por vía de la objeción se ponen en riesgo valores como la vida o la salud de terceros...”¹⁰

Alegre está pensando en la profesión médica. Sin embargo, ¿sería este argumento válido también para la profesión de la abogacía?

Sugerencias para el docente: Suponiendo que el argumento de Alegre sea válido para la medicina (supuesto que, obviamente, es discutible), uno podría concluir que sí es válido para la abogacía. La abogacía, como la medicina, es una profesión que monopoliza quién puede ejercer la profesión. A su vez, al igual que con los médicos, el ingreso a la profesión de la abogacía es voluntario, a diferencia de otras profesiones, como la militar, que es obligatoria. Sin embargo, el docente podría dar algunos argumentos para afirmar que hay diferencias relevantes. Por ejemplo, los derechos en juego son diferentes. En el caso del médico se trata de la salud reproductiva y en el caso del abogado de la defensa de ese interés. Uno podría afirmar que el que debe ser responsable debe satisfacer su interés a tener control sobre su salud reproductiva es el médico, no el abogado.

⁹ Alegre 2010.

¹⁰ Alegre 2010.

- 3) Si usted cree que los abogados deberían gozar de cierta libertad a la hora de elegir a sus clientes, ¿cree que debe justificar por qué no elige a ciertos clientes? Por ejemplo, ¿debería justificar por qué no desea tomar casos de mujeres que desean abortar? ¿Son las razones religiosas que se presentan en este caso válidas para rechazar a un cliente? (sobre este punto, volveremos en detalle en Unidad 8).

Sugerencias para el docente: Esta es otra pregunta abierta a discusión, sin una respuesta obvia. Como el tema será tratado más adelante con mayor profundidad (Unidad 8), el docente puede comentar a sus alumnos que sus respuestas serán reanalizadas más adelante en el curso.

4) Abogacía y deportes

En algunas ligas deportivas profesionales, como la National Basketball Association (más conocida como la “NBA”), los equipos tienen límites salariales. Es decir, pueden gastar sólo cierta cantidad en salarios. De esta manera, un único equipo no puede tener a los mejores jugadores y hay una distribución más equitativa de talento entre los equipos.

En la profesión de la abogacía, por lo menos en Argentina, no existe un límite a lo que un cliente puede pagar por un abogado. Como consecuencia, dos clientes pueden enfrentar un proceso civil con recursos muy distintos: un equipo legal más pequeño, un abogado menos calificado, etcétera. A diferencia de la NBA, el talento se termina distribuyendo por quién ofrece la mayor cantidad de dinero.

Preguntas:

- 1) ¿Hay alguna diferencia relevante entre una profesión como la legal y un deporte como el baloncesto? ¿Tiene algunas semejanzas relevantes?

Sugerencias para el docente: Este es un tema sobre el que se volverá en la Unidad 9: la igualdad entre las partes dentro de un proceso civil. De cualquier modo, el objetivo es, por ahora, discutir esta cuestión que, por lo demás, no tiene una respuesta obvia.

- 2) ¿Debería existir un límite a lo que se puede gastar en recursos legales? ¿Un límite salarial, por ejemplo? ¿O alcanza con que el Estado brinde un abogado gratuito a quien

no puede pagar un abogado privado? (volveremos en detalle sobre este punto en el capítulo 9).

Sugerencias para el docente: Como con la pregunta 1, no hay una respuesta obvia.

5) *Abogados y mafiosos*

En el capítulo 9 de la segunda temporada de la serie “The Sopranos” el protagonista, Tony Soprano, un mafioso de Nueva Jersey, trata de justificar a su terapeuta, Jennifer Melfi, las acciones delictivas de su sobrino, Christopher, que pertenece a su red mafiosa, que se encuentra hospitalizado:

“-Melfi: ¿Cree que irá al infierno?

- Soprano: No, no es el tipo de persona que merece irse al infierno

-Melfi: ¿Quién cree que lo merece?

-Soprano: Las peores personas. Los dementes y los degenerados que matan por placer, los caníbales, los bastardos degenerados que abusan y torturan niños. Los Hitlers. Los Pol Pots. Esas son las mierdas que merecen morir, no mi sobrino.

Melfi: ¿Y usted?

Soprano: ¿Qué? No, por las mismas razones. Somos soldados. Los soldados no van al infierno. Es una guerra. Los soldados matan a otros soldados. Nos encontramos en una situación en donde todos los involucrados saben qué está en juego y si aceptás lo que está en juego tenés que hacer ciertas cosas. Es un negocio. Somos soldados. Seguimos órdenes, códigos”.

Preguntas:

- 1) A lo largo del capítulo 2 se desarrolló el concepto de la ética de rol. ¿Hace Tony Soprano una descripción de la ética de rol?

Sugerencias para el docente: Pareciera ser que sí. Es un rol que Soprano claramente delimita por reglas que se aplican sólo a aquellas personas que asuman ese rol (en este caso, el rol de criminal). Sin embargo, si el argumento de Luban es correcto, entonces no cualquier rol es éticamente justificado, porque depende de cuál sea la justificación de la institución a la que pertenece. Y la mafia no parece ser una institución socialmente valiosa.

- 2) Si la respuesta a la pregunta anterior fuera negativa, ¿qué diferencia encuentra entre Tony soprano, que defiende su rol de mafioso porque sigue un rol y reglas claras, con un abogado que defiende culpables sobre la base de que su rol es defender a personas y no juzgarlas? ¿Son ambas conductas incorrectas?

Sugerencias para el docente: Siguiendo en la línea de la sugerencia anterior, el docente puede hacer también referencia al argumento que será desarrollado con más detalle en la Unidad 3: el rol del abogado, incluso cuando tiene que hacer conductas que parecieran incorrectas, son necesarias para el funcionamiento de una institución muy relevante para la sociedad como es la institución de la justicia. Por lo tanto, el comportamiento de rol del abogado se encuentra justificado. Por el contrario, los mafiosos no son necesarios para el correcto funcionamiento de ninguna institución socialmente valiosa.

Unidad 3: Concepciones de la ética profesional de la abogacía

1. Introducción

Esta unidad es central en el programa. Abarca dos cuestiones fundamentales de la ética profesional de la abogacía: cuál debe ser el rol del abogado en la sociedad y cuál debe ser el rol del abogado frente al cliente.

La unidad está pensada fundamentalmente para el ejercicio profesional del abogado privado. No se discuten otros roles, como el de juez o fiscal. Muchas de las discusiones sí pueden afectar al rol de abogado de oficio.

El objetivo fundamental de la unidad es motivar la discusión acerca de cuál es el modelo de abogacía más convincente desde el punto de vista ético o, puesto de otra manera, acerca de si un “buen” abogado puede ser, al mismo tiempo, una “buena persona”.

2. La concepción “estándar” de la ética profesional de la abogacía

En la primera parte, el núcleo del problema es cuál es el límite del deber de lealtad del abogado hacia su cliente y cuál es la responsabilidad del abogado cuando la lealtad está en conflicto con deberes que el abogado tiene frente a otros o frente a la sociedad.

El docente puede comenzar discutiendo alguno de los casos que se adjuntan para testear intuiciones en casos en los que los deberes profesionales están en conflicto con deberes generales de evitar daños.

Esta discusión debería llevar a considerar más sistemáticamente lo que en la literatura se denomina “concepción estándar” de la abogacía (o “modelo estándar”). Esta se resume en tres principios (O’dair 2001: 134):

- a. Principio de parcialidad.

- b. Principio de neutralidad.
- c. Corolario: Principio de no responsabilidad.

Esta concepción es un constructo teórico que no coincide con lo establecido normalmente en los códigos de ética. Al respecto, puede compararse esta visión con las reglas de fidelidad existentes en diversos códigos (por ejemplo, “lealtad, probidad y buena fe” en el art. 10, a del código del CPACF, o las reglas 1.2.(a) y (b) de las *Model Rules*).

A continuación proponemos discutir la justificación más habitual de la concepción estándar, que es la que sostiene que el rol estándar del abogado se justifica porque es necesario para que funcione un sistema adversarial de justicia.

Utilizando alguno de los textos recomendados (o el manual que acompaña este cuadernillo) se pueden discutir diversos argumentos que justifican el sistema adversarial. Un texto clásico al respecto es Luban 2007 (el artículo original es de 1983).

En el curso de la discusión, hay un punto importante (que hace Luban) que debe ser advertido: el sistema adversarial sólo se justifica (en el mejor de los casos) para situación litigiosas, en las que hay un juez y reglas procesales explícitas. En cambio el modelo estándar se suele aplicar también a situaciones extrajudiciales, como negociaciones de contratos o de otro tipo. Allí los argumentos en defensa del sistema adversarial resultan mucho más discutibles.

En general, el esquema de la discusión sobre el sistema adversarial sería distinguir entre argumentos consecuencialistas y no consecuencialistas, basándose en lo estudiado en la Unidad 1. Un punto importante es también distinguir entre el sistema adversarial en el ámbito del derecho penal y su aplicación en el derecho civil.

Además de la discusión en torno del sistema adversarial, la controversia sobre la concepción o modelo estándar puede plantearse en clase desde otros puntos de vista. En este sentido, la primera parte del artículo seminal de Richard Wasserstrom (1975) puede ser un punto de partida. Sin ser un artículo que defienda una posición específica, allí están

planteadas varias inquietudes plausibles, que pueden generar un debate interesante en la clase.

Finalmente, puede contrastarse el modelo estándar con un modelo alternativo concreto como el de Luban, que representa el modelo del abogado “activista”. Este modelo establece una serie de restricciones morales al deber de lealtad (véase Luban 1988, pp. 157). Alternativamente, puede tratarse una visión como la de Kronman, también alternativa al modelo estándar, que intenta rescatar una concepción (según Kronman, perdida) del abogado “estadista”, es decir, aquel que asume el ejercicio del derecho con la virtud de quien piensa en el bien común. Aun el abogado que defiende a un cliente frente a terceros, debe adoptar esta actitud, según Kronman, en la medida que su principal “arma” es la argumentación y la palabra. Para este punto, puede consultarse especialmente Kronman 1993, pp. 146-154.

3. La relación abogado-cliente. Paternalismo versus autonomía

El segundo tema de esta unidad se refiere al modo en que el abogado debe relacionarse con su cliente, en cuanto a quién de los dos debe tener el “control” de las acciones que se llevan a cabo dentro de la representación legal. Las posiciones posibles sobre este problema van desde un extremo paternalismo hasta la desprofesionalización total.

Un primer punto para tratar en clase es el concepto de paternalismo, para lo cual puede recurrirse a la discusión clásica de Gerald Dworkin (Dworkin 2017). Una vez elucidado el concepto, el problema puede abordarse, nuevamente, utilizando la segunda parte el artículo de Wasserstrom como punto de partida.

Allí se plantean las razones por las cuales existe una desigualdad entre el abogado y el cliente. Básicamente el abogado se encuentra en una posición superior por la posesión de un conocimiento experto (que el cliente no tiene) y un lenguaje técnico (que el cliente no comprende). Es importante discutir estas razones y, tomando como base los argumentos de Wasserstrom, evaluar si es posible lograr una relación más horizontal, que respete en mayor

medida la autonomía del cliente, sin que ello implique (necesariamente) la desprofesionalización total de la abogacía.

En este sentido, un punto que consideramos importante para evitar actitudes paternalistas injustificadas, es el referido al uso y abuso de terminología o jerga supuestamente técnica. El manejo de un vocabulario y un estilo esotérico muchas veces se confunde con el conocimiento experto. Sin embargo, es claro que existe un abuso del vocabulario inútilmente rebuscado, recargado de latinismos, vocablos incomprensibles, en el lenguaje utilizado por abogados y funcionarios judiciales. Sin embargo, el contenido de cualquier escrito judicial (fallos, recursos, etc.) puede ser comprensible (con el debido asesoramiento) por cualquier persona de cultura media. Los escritos reales, sin embargo, suelen ser imposibles de comprender.

La educación jurídica debe contribuir a detectar estos abusos y promover el uso de un lenguaje claro, sencillo y sin tecnicismos innecesarios que protejan a los abogados (y jueces) de la crítica de la sociedad y de sus propios clientes (o juzgados).

4. Bibliografía recomendada para el docente

A continuación, resumimos las recomendaciones bibliográficas para el docente. Se reiteran las ya mencionadas en cada sección y se agregan algunas adicionales. Los datos bibliográficos completos de estos textos se encuentran en la Bibliografía general.

1) Normativa disciplinaria sobre el deber de lealtad y temas conexos

- Artículo 10 del Código del CPAFC y las reglas 1.2. (a) y (b) de las *Model Rules*.

2) Defensa y críticas de la “concepción estándar”

- Para la descripción de la concepción estándar, véase O’dair 2001 y Wasserstrom 1986.

- Para una discusión sobre la concepción estándar, véase Pepper 1981, Luban 1981b y Kaufman 1981.
- Para una defensa de la posición estándar, véase Smith 2000; Dare 2009.
- Posiciones alternativas al modelo estándar se pueden encontrar en Luban 1988; Kronman 1993; Bohmer 1999; Markovits 2008.

3) Sistema adversarial

- Para argumentos que justifican la concepción estándar sobre la base del sistema adversarial, véase Luban 2007 y Wasserstrom 1986 (aunque desde una posición crítica).

4) Paternalismo y autonomía

- Para el concepto de paternalismo en general, véase Dworkin 2017.
- Para una descripción y crítica al paternalismo en la relación abogado-cliente, véase Wasserstrom 1986.
- Para una descripción de casos sobre paternalismo en la relación abogado-cliente, véase Luban 1981a.
- Se pueden encontrar ejemplos interesantes del problema en Rhode 1998, capítulo 9.

5. Bibliografía general

- Applbaum, Arthur, *Ethics for Adversaries. The Morality of Roles in Public and Professional Life*. Princeton: Princeton University Press, 1999.
- Basten, John, “Control and the Lawyer-Client Relationship”, *The Journal of the Legal Profession*”, volumen 6, número 1, pp. 7-38.
- Binder, Alberto, “La abogacía y la defensa de los derechos”, *SJA* 24/2/2010, Citar Lexis N° 0003/014865.
- Böhmer, Martín (comp.), *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*. Barcelona: Gedisa, pp. 13-19, 1999.

- Braga Beatove, María Celeste, *La ética en el ejercicio de la abogacía. Diversos enfoques*. Mimeo. Tesis Maestría. Universidad de Girona.
- Dare, Tim, *The Counsel of Rogues? A Defence of the Standard Conception of the Lawyer's Role*. Farnham: Ashgate, 2009.
- Dworkin, Gerald, “Paternalism”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, en <https://plato.stanford.edu/entries/paternalism/#MoraVsWelfPate>.
- Farrow, Trevor C.W., “Sustainable Professionalism”, *Osgoode Hall Law Journal*, volumen 46, pp. 51-103, 2008.
- Finnis, John, “What Is the Common Good, and Why Does It Concern the Client's Lawyer?”, *South Texas Law Review*, volumen 40, 1999.
- Freedman, Monroe H., “Personal Responsibility in a Professional System”, *Catholic University Law Review*, volumen 27, pp. 191-205, 1977-1978.
- Freedman, Monroe H., “Professional Responsibility of the Criminal Defense Lawyer: The Three Hardest Questions”, en Davis/Elliston 1986.
- Freedman, Monroe H., “Arguing the Law in the Adversary System”, *Georgia Law Review*, volumen 16, pp. 833-839.
- Freedman, Monroe H., “A Critique of Philosophizing About Lawyer's Ethics”, *Georgia Law Review*, volumen 25, pp. 91-105, 2012.
- Fried, Charles, “The Lawyer as Friend: the Moral Foundation of the Lawyer-Client Relation”, *Yale Law Journal* 85 (1976): 1060-1089.
- Kaufman, Andrew L., A commentary on Pepper's “The Lawyer's Amoral Ethical Role”, *American Bar Foundation Research Journal*, volumen 11, número 4, pp. 651-655, 1981.
- Kronman, Anthony, *The Lost Lawyer, Failing Ideals of the Legal Profession*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1993.
- Kronman, Anthony, “Vivir en el derecho”, en Böhmer, Martín (comp.), *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*. Barcelona: Gedisa, 1999, pp. 213-239.
- Luban, David, *Lawyers and Justice: An Ethical Study*. Princeton: Princeton University Press, 1988.
- Luban, David, “Paternalism and the Legal Profession”, *Wisconsin Law Review*, pp. 454-493, 1981a.
- Luban, David, “The Adversary System Excuse”, en Luban, David, *Legal Ethics and Human Dignity*. Cambridge: Cambridge University press, pp. 19-65. 2007.
- Luban, David, The Lysistran Prerogative: A Response to Stephen Pepper, *American Bar Foundation Research Journal*, volumen 11, número 4, pp. 637-649, 1981.
- Markovits, Daniel, “Legal Ethics from the Lawyer's Point of View”, *Yale Journal of Law and the Humanities*, volume 15, número 2, 2003.
- Markovits, Daniel, “Adversary advocacy and the authority of the adjudication”, *Fordham Law Review*, Vol. 75, número 3, p. 1367, 2006.
- Markovits, Daniel, *A Modern Legal Ethics. Adversary Advocacy in a Democratic Age*. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2008.
- Maurino, Gustavo, Lealtades de la abogacía: ¿un equilibrio imposible?, *SJA* 24/2/2010, Citar Lexis N° 0003/014868.
- O'dair, Richard, *Legal Ethics. Texts and Materials*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

- Pepper, Stephen L., “The Lawyer’s Amoral Ethical Role: A Defense, a problem and some possibilities”, *American Bar Foundation Research Journal*, volumen 11, número 4, pp. 613-635, 1981
- Smith, Abbe, “Defending Defending: The Case for Unmitigated Zeal on Behalf of People Who do Terrible Things”, *Hofstra Law Review*, volumen 28, pp. 925-961, 2000.
- Vischer, Robert K., “Legal Advice as Moral Perspective”, *Georgetown Journal of Legal Ethics*, volumen 19, pp. 225-273.
- Wasserstrom, Richard: “Lawyers as Professionals: Some Moral Issues”, en Davis, Michael y Elliston, Frederick (comps.), *Ethics and the Legal Profession*. Amherst, New York: Prometheus, 1986.
- Wendel, Bradley W., *Lawyers and Fidelity to Law*. Princeton: Princeton University Press, 2010.

6. Casos y ejercicios con sugerencias para el docente

A continuación se presentan casos y ejercicios para el tratamiento de esta unidad. En los casos reales, el docente puede acceder a las fuentes indicadas para obtener mayor detalle. En los ejercicios, se sugiere brevemente cómo tratar en clase las preguntas.

I) Bebidas que dañan¹¹

Usted es un abogado de un gran estudio de Buenos Aires que representa a una gran compañía de bebidas azucaradas (gaseosas). Durante las últimas dos décadas, el estudio representó a la compañía en diversos asuntos, incluyendo tareas de lobby en cuestiones regulatorias, contratos internacionales y casos de defensa del consumidor. Esta tarea insume aproximadamente un 20% de las ganancias del estudio.

Numerosos estudios clínicos, publicados en revistas médicas de primer nivel, vienen advirtiendo, desde hace algunos años, que las gaseosas son un factor causal determinante en el desarrollo de la diabetes, la obesidad y la consiguiente mortalidad por razones cardíacas. Dichos estudios sugieren, además, que las bebidas con edulcorantes artificiales, además de otras contraindicaciones, no reducen esta incidencia.

Algunos abogados del estudio quieren desvincularse de la compañía totalmente. Otros quisieran limitar la actividad del estudio a la defensa de conductas pasadas, y no continuar con las tareas de lobby y marketing.

Otros argumentan cosas tales como: las personas consumen esas bebidas voluntariamente, hay muchas actividades riesgosas que están permitidas (fumar, realizar deportes peligrosos, etc.). Además, las compañías se encuentran abocadas a aceptar regulaciones que limiten los efectos negativos en la salud.

¹¹ Adaptamos aquí un caso clásico en los Estados Unidos referido a las compañías tabacaleras. Seguimos de cerca la formulación de Rhode 1998, pp. 136-137.

Por otro lado, renunciar (o limitar la actividad del estudio) tendría un impacto económico importante en el estudio, entre otras cosas, tener que reducir el personal de abogados y empleados administrativos.

Sugerencias para el docente: Aquí el docente puede discutir libremente el caso con los alumnos y compararlo con el original referido a las compañías tabacaleras.

2) *A prueba de derrumbe*

Mariana Carballo es la abogada de la Asociación por la Restitución del Patrimonio Histórico (ARDH). ARDH es una ONG que se dedica a la defensa del patrimonio histórico en todos los ámbitos, desde campañas en contra de la demolición de sitios de relevancia histórica hasta la interposición de amparos colectivos para defender espacios que son de patrimonio histórico. Carballo es la directora del área de litigio, pero recibe órdenes directamente del director de la ONG, Conrado Hubner, un famoso abogado ambientalista, que es quien elige los casos a litigar. Carballo se encarga de llevar adelante los procesos judiciales.

En su más reciente caso, ARDH interpuso una acción de amparo contra la Building Corporation S.A., una famosa constructora de edificios de lujo, que se ha destacado precisamente por demoler unos cuantos edificios que ARDH considera de patrimonio histórico. Para su nuevo emprendimiento, la Building Corporation planea construir una torre de 20 pisos. Para hacerlo, deben demoler una vieja casa en el barrio de Palermo que ARDH considera que está protegida por la ley 30.000 (“Ley de Patrimonio”).

Carballo tiene serias dudas sobre la necesidad de iniciar esta acción. El edificio sobre el que la Building Corporation va edificar no parece ser necesariamente de patrimonio histórico. Según Hubner, en esa casa se crió Alfredo Palacio, una figura histórica del Congreso de la Nación, entre principios y mediados del siglo XX. Sin embargo, Carballo afirma que no es claro que la ley proteja el hogar de cualquier figura política de relevancia (de hecho, la ley protege las viviendas de “las figuras políticas de la mayor relevancia”). Finalmente, Hubner le explica que, según su plan, no importa si terminan ganando el juicio: “es verdad, no es claro, pero por eso queremos iniciar esta acción de amparo. El juez tardará como mínimo 6 meses en decidir sobre si es patrimonio histórico. La Building Corporation está en serios problemas económicos y, de no empezar la construcción rápidamente, le retirarán los fondos que se les entregó para la construcción y probablemente vaya a quiebra. ¿Entendés? Ganemos el juicio o no, nosotros ya ganamos”.

Durante el proceso, Carballo descubre una consistente, pero desconocida jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la que se afirma: “La declaración de patrimonio histórico otorga una protección especial a un bien inmueble, que hace extremadamente difícil su demolición. Sin embargo, un edificio antiguo que no se puede demoler es un obstáculo para el desarrollo de nuevas viviendas. Por eso, la calificación de un inmueble como patrimonio histórico debe limitarse a aquellos en los que ocurrieron

hechos de relevancia histórica o aquellos donde se criaron los próceres o presidentes de la Argentina”.

Preguntas

- 1) ¿Es legal iniciar una acción con un fin que no sea el de obtener una sentencia favorable? Si su respuesta a esta pregunta es positiva, ¿hace ello a esa acción una acción correcta?

Sugerencias para el docente: El objetivo de esta pregunta es que los alumnos discutan cerca de una diferencia fundamental: que una acción sea legal/illegal no hace de esta una acción correcta/incorrecta. También el docente podría notar que lo que hace una acción correcta/incorrecta no es necesariamente, tampoco, el hecho de que el Código de Ética pertinente señale a esa conducta como contraria a la responsabilidad profesional de los abogados.

- 2) Éste es un caso donde los fines y los medios pueden ser considerados inmorales. ¿Es incorrecto buscar la quiebra de un contrincante? ¿Es incorrecto valerse de medios legales para que se produzca esa quiebra?

Sugerencias para el docente: El objetivo de esta pregunta, más allá de lo que los alumnos respondan, es que se distinga una diferencia también fundamental: un abogado puede tener fines cuestionables (que su cliente culpable evada la justicia, por ejemplo) o puede tener fines legítimos, pero medios cuestionables para lograrlo.

- 3) Imagínese que Carballo considera que es incorrecto iniciar esta acción de amparo, pero de todas formas continúa su representación de ARDH en el caso, ¿sería correcto que le informe a la parte contraria de la existencia de la jurisprudencia de la Corte?

Sugerencias para el docente: Nuevamente, es abierto a discusión. Lo que los alumnos deberían notar que, al informar a la parte contraria, Carballo está haciendo algo claramente en contra de los intereses de la parte cuyos intereses debería defender.

3) *Secretos y mentiras*

Mónica Garay es defensora en casos penales. Su especialidad son los delitos contra la vida. Su último cliente, Gerardo Blanco, está involucrado en un caso de homicidio junto a su hermano, Miguel Blanco, quien es representado por otro abogado. Además de estar acusados por un mismo delito, los hermanos Blanco fueron condenados por robo agravado

por haber sido cometido en poblado. Los hermanos Blanco salieron de prisión hace apenas dos años.

Lo único cierto del caso es que hay un muerto, Luis Aguirre, el peluquero del barrio en el que viven tanto Gerardo como Miguel, que fue encontrado muerto en su negocio. Lo que no se ha esclarecido es quién fue el autor del homicidio. Hay huellas dactilares de ambos sospechosos en la escena del crimen, pero el delito, concluyen los investigadores, fue cometido por una sola persona. Durante sus primeras reuniones, Gerardo le contó varias versiones sobre los hechos que tenían en común a Miguel como el autor del delito, pero cada una de estas versiones tenía alguna incongruencia con la anterior. Después de que Garay confronta a Gerardo sobre las incongruencias de sus relatos, Gerardo le confiesa a Garay que fue él quien mato al peluquero y por qué: le cortó el pelo demasiado corto. No le gustó, se enojó y lo asfixió hasta matarlo. Después trató de revivirlo, pero fracasó. Miguel se encontraba afuera de la peluquería de mera casualidad, esperando a su hermano. Cuando se dio cuenta de que Gerardo tardaba demasiado en salir, entró, vio el cadáver de Luis y le tomó del cuello para tomarle el pulso. Como resultado, las huellas dactilares de ambos se encontraban en el cuerpo.

Gerardo le pregunta a Garay si mentir durante el juicio e inventar una historia alternativa era un delito. Garay le asegura que no, por lo que Gerardo le consulta sobre su estrategia: quiere afirmar que Miguel mató a Luis porque mantenía una relación extramatrimonial con la esposa del peluquero (esto era, de hecho, cierto), entró a la peluquería y trató de salvar a Luis, pero sin suerte (esto último, de hecho, también era cierto). Después de escuchar la versión de los hechos que Gerardo quería brindar en juicio, Garay sencillamente dijo “puede funcionar”.

Y funcionó. Cuatro años después, la hipótesis de que Miguel deseaba quedarse él sólo con la esposa de Luis tomó fuerza para el Tribunal Oral, y lo condenó a prisión perpetua por cometer el delito de homicidio agravado por ensañamiento. Tampoco encontraron razones para sospechar de Gerardo ya que, de hecho, él trató de salvar a Luis.

Un año después, Gerardo, rendido por la culpa, le pide a Garay que revele que él fue el verdadero culpable de la muerte de Luis.

Preguntas:

- 1) ¿Existe en la Argentina el delito de perjurio? ¿Es, sin embargo, incorrecto que un abogado participe de la mentira de su cliente?

Sugerencias para el docente: No existe el delito de perjurio, pero nuevamente los alumnos deben notar que el hecho de que una acción no sea ilegal no implica que sea correcta.

- 2) ¿Qué debería haber hecho Garay cuando Gerardo le comenta que piensa mentir en juicio? ¿Debería haber corregido su conducta?

Sugerencias para el docente: La discusión para esta pregunta debería girar en torno a si el abogado tiene el deber de controlar la conducta moral de cliente. Nada de esto surge de la concepción estándar, que sencillamente postula que el abogado debe ejercer una defensa celosa de su cliente. Por lo tanto, debería ser una discusión abierta de los alumnos.

4) *Obrero patriota*

Vicente Vega es un abogado especializado en derecho laboral y en la defensa de empleados despedidos. Vega se destaca particularmente por ser sumamente honesto. Cuando considera que un cliente no puede afrontar los costos de un juicio, a pesar de que pueda ser en contra de su propio beneficio como abogado, le aconseja que acuerde en la conciliación obligatoria.

Vega nunca ha tenido un cliente que no siga sus consejos, con la excepción Roberto Altavista. Altavista era empleado de una famosa empresa de gaseosas. Después de que los directivos de la empresa detectaran “conductas gremiales peligrosas” en Altavista, deciden despedirlo antes de que contagie sus prácticas proselitistas a sus colegas.

Según la empresa, Altavista había bajado su rendimiento, faltando varios días de la semana para participar de actividades gremiales. Altavista está convencido de que su reciente afiliación al Partido Obrero y su elección como delegado gremial de la empresa fueron las causas de su despido. Cuando Vega le preguntó si había dejado sus obligaciones laborales por su actividad gremial, Altavista le respondió que “todo lo que hice y dejé de hacer fue en beneficio de la causa obrera”, lo que Vega tomó como una afirmación implícita de que, efectivamente, había bajado su rendimiento en el trabajo.

Llegada la etapa de conciliación, Vega le asegura que aceptar el acuerdo conciliatorio es su mejor posibilidad. Su desinterés por sus obligaciones laborales es palpable, por lo cual su capacidad de afrontar los costos económicos del juicio y la manutención de su familia es nula. Tampoco está convencido, aunque no le informa a Altavista, de que pueda pagar sus honorarios durante todo el juicio, que puede durar años. Sin embargo, Altavista quiere iniciar el juicio “porque conformarme con el vil dinero del capitalismo no es hacer justicia a la causa obrera”.

Preguntas:

- 1) ¿Qué debería hacer un abogado cuando un cliente insiste con tomar una decisión que el abogado está convencido que es perjudicial para los propios intereses del cliente?

Sugerencias para el docente: En este caso los alumnos deben hacer una distinción fundamental: no es lo mismo un cliente con sus capacidades desarrolladas que otro que no (por ejemplo, un menor de edad). El paternalismo de la relación abogado-cliente es

especialmente cuestionable cuando, precisamente, se trata al cliente como una persona que no puede tomar sus propias decisiones.

- 2) ¿Qué debería hacer Vega en este caso si, en contra su consejo, insiste con no aceptar el acuerdo conciliatorio y quiere iniciar el juicio?

Sugerencias para el docente: El docente debe girar la discusión sobre si Altavista es, precisamente, una de esas personas que no tienen sus capacidades desarrolladas. Lo cual es dudoso. La pregunta, de todas formas, es abierta. No hay una respuesta clara. Sin embargo, pareciera que, dado que es una persona adulta y consciente, no habría grandes razones para cuestionar su decisión. El abogado sí podría insistirle sobre las consecuencias de su decisión.

- 3) ¿Cambiaría su respuesta si su cliente no sufriera un perjuicio irreparable? Imagínese que el cliente, una persona que tiene mucho dinero, insiste en apelar a la Corte Suprema de la Justicia de la Nación a pesar de que su abogado insiste que es un desperdicio de dinero o, viceversa, el abogado cree que vale la pena apelar, pero su cliente insiste en no apelar. ¿Hay alguna diferencia relevante?

Sugerencias para el docente: Ésta, nuevamente, es una pregunta abierta a la discusión de los alumnos. La discusión debería girar en torno en si hay alguna diferencia relevante entre el caso del cliente adinerado y Altavista.

5) *El interés del niño*

Guido Batista el abogado de Marcelo y Débora Bronchowitz. Los Bronchowitz son los tutores de Lea, una menor de 14 años.

La tutela de Lea les fue otorgada después de un accidente que se produjo en la casa de los padres biológicos de Lea, Marina y Román Tavares. Cuando a Lea se la llama para cenar, ella no aparece en la mesa, en la que ya se encontraban Marina, Román y sus dos hermanos: Mariano y Dante. Cuando Román va a la habitación de Lea, ve que está escribiendo mensajes con sus amigos con el celular. Román toma con fuerza el celular, grita “¡siempre con este aparato de porquería!” y lo tira fuertemente al piso, destrozándolo. Lea acude a la mesa familiar, toma un chuchillo y se lo clava en el estómago. La herida no fue profunda, pero los psicólogos que consultaron los padres de Lea determinaron que debía ser internada. Por este episodio, los padres de Lea pierden la responsabilidad parental por considerar que corría peligro la salud de Lea bajo su cargo y su tutela es otorgada a los Bronchowitz, una familia amiga de los Tavares.

Tiempo después, los Tavares desean recuperar a su hija, e inician el proceso para que se les rehabilite la responsabilidad parental. Argumentan que es en el mejor interés de Lea que vuelva con sus padres, dado que ese episodio fue aislado y siempre fueron una familia muy amorosa.

Batista le pregunta a Lea qué es lo que desea y le aclara que lo que ella quiera será tomado muy en cuenta por el juez. Para su sorpresa, Lea quiere quedarse con sus tutores. Batista cree que sigue confundida por el episodio durante la cena. Está convencido de que Lea cree que lo que sucedió fue su culpa, y que lo mejor sería que quede a cargo de los Bronchowitz. Sin embargo, Batista cree que lo mejor sería que vuelva con su familia biológica.

Preguntas:

- 1) ¿Quién es el cliente de Batista? ¿El matrimonio Bronchowitz o Lea?

Sugerencias para el docente: Ésta es una pregunta abierta, y la discusión debería girar en torno a cuáles son los intereses que Batista debería defender: los intereses de los Bronchowitz de quedarse con la tutoría de Lea o de Lea de quedarse con los Bronchowitz.

- 2) ¿Qué debería hacer Batista si cree que lo conviene para Lea es quedarse con sus padres?

Sugerencias para el docente: Esto depende, obviamente, de cuál es la respuesta a la pregunta anterior. Si sus clientes son los Bronchowitz, entonces debería abstenerse de intentar cambiar la decisión de Lea. Si su cliente es Lea, Batista debería escuchar a Lea e intervenir, dependiendo de si, realmente, va en su mejor interés quedarse con los Bronchowitz y no con su familia.

Unidad 4: Sociología de las profesiones del derecho

1. Introducción

El propósito principal de esta unidad es ofrecer a docentes y estudiantes un conjunto de datos para contextualizar el abordaje del resto de las temáticas del programa con información empírica. A tal fin, la unidad presenta un paneo de las distintas profesiones del derecho, acompañado de una selección de datos sobre los ámbitos de práctica de la abogacía, su transformación y algunos aspectos sociodemográficos de quienes la practican. El objetivo de esta unidad es advertir a los estudiantes que las cuestiones de ética profesional que enfrentarán en el resto de las unidades del curso plantean desafíos diversos según las funciones ejercidas por los profesionales del derecho en los diversos roles que pueden ejercer. La unidad espera que los estudiantes comprendan, por ejemplo, que las normas de conflicto de intereses aplicables a un fiscal y un profesional que practica de forma privada la profesión pueden diferir en función de su rol. Aunque el contenido del curso, tal como está planteado en el resto del cuadernillo, está concentrado en la práctica profesional liberal, creemos que es importante comparar, aunque sea lateralmente, con las otras actividades profesionales ligadas al derecho. Al ofrecer el panorama de esas actividades, se pretende contribuir a que esa comparación sea informada.

2. Las profesiones del derecho.

a) *Las profesiones del derecho: un mapa de roles*

El objetivo en este punto es ofrecer a los alumnos un panorama de la enorme variedad de trayectorias profesionales que incluyen la práctica de la abogacía, la magistratura y otras funciones del empleo judicial, el desempeño como fiscal o defensor público, la investigación y enseñanza académica del derecho y, en algunas jurisdicciones, el notariado.

Es importante identificar esta diversidad de roles y ámbitos de práctica dado que los marcos regulatorios de la profesión y el desarrollo de los conflictos éticos estudiados en este

cuadernillo pueden presentar variaciones sustantivas según las funciones desempeñadas en práctica profesional, tal como lo sintetiza el siguiente Gráfico I:

Gráfico 1. Las profesiones del derecho.



b) La prestación de servicios legales de abogacía: Asesoría y patrocinio jurídico

Los Gráficos II y III completan el panorama de variaciones que puede observarse en la práctica profesional de la abogacía definida como aquella que consiste en brindar consejo legal y patrocinio ante conflictos.

Gráfico II. Los ámbitos de práctica de prestación de servicios de abogacía

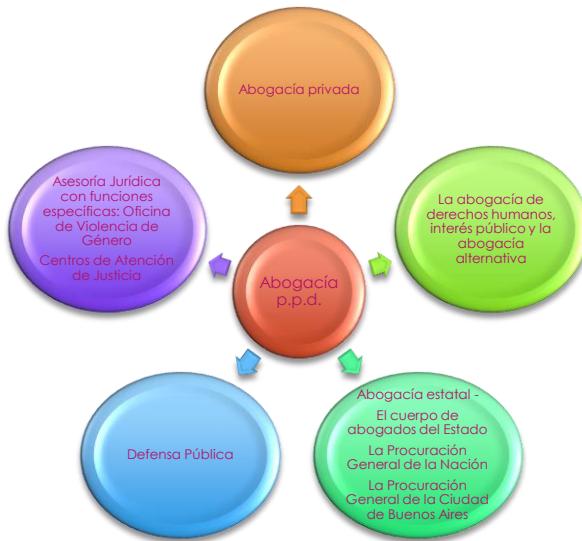


Gráfico III. Los ámbitos, estilos y funciones de práctica de la abogacía en el sector privado con o sin fines de lucro



Los gráficos anteriores pueden ser presentados a los estudiantes por el docente o puede resultar más útil realizar una sesión de preguntas sobre los roles que los estudiantes imaginan y con sus respuestas elaborar en el pizarrón los gráficos transcriptos. Para acompañar cualquiera de las modalidades de este ejercicio, el capítulo 4 del manual para estudiantes ofrece una breve caracterización de cada uno de estos perfiles junto a referencias de una selección de escenas cinematográficas o de series con las que se propone ejercitarse a los estudiantes en la visualización de la dispersión de roles abogadiles y sus implicancias. En este último caso, los materiales audiovisuales pueden emplearse cuando se estime que no será suficiente con la descripción del manual para que educandos jóvenes puedan imaginar la variación de trayectorias y situaciones profesionales sin observarlas en acción.

c) El tamaño de la profesión legal: Algunos datos en Argentina

El Capítulo 4 del manual contiene un perfil cuantitativo de la profesión en las 24 jurisdicciones sub-nacionales del país elaborado en base a datos disponibles en los colegios de abogados. Hemos incluido esta información para ofrecer a los estudiantes una noción del tamaño y la distribución de la oferta de servicios jurídicos a nivel provincial pero también para ilustrar la importante variación existente entre jurisdicciones.

Para una caracterización básica de los sistemas de justicia y sus distintas instituciones, la educación y la profesión legal en las 23 provincias y la Ciudad de Buenos Aires se puede encargar a los alumnos la lectura del documento *Información y Justicia IV* elaborado por la organización Unidos por la Justicia (2014), incluido en la bibliografía.

Según este informe, para el año 2011, en el CPACF se registraban como empadronados 65.536 abogados, es decir, 2138 profesionales cada 100.000 habitantes. Para el mismo año, en la Provincia de Buenos Aires había 65.635 abogados matriculados en un total 18 colegios, lo cual implica una tasa sustancialmente menor de 420 abogados cada 100.000 habitantes. Esta tasa a su vez presenta grandes variaciones entre los colegios regionales de la provincia. La siguiente Tabla I muestra además la cantidad de matriculados en las jurisdicciones judiciales de la Provincia de Buenos Aires, lo que también permite ver la disparidad de tamaños entre sub-jurisdicciones y el fenómeno de concentración territorial

que sugieren los datos de matriculados en San Isidro, La Plata, Lomas de Zamora, y Morón. Al leer los números de la Tabla I, es importante tener presente que algunos matriculados lo están en más de un colegio profesional dado que su práctica se extiende a más de una circunscripción judicial.

Tabla I: Abogados matriculados en la Provincia de Buenos Aires (2013)

Departamentos	Abogados matriculados	
	En ejercicio	Total
Azul	1.176	2.128
Bahía Blanca	1.553	2.573
Dolores	893	1.414
Junín	931	1.638
La Matanza	2.505	3.802
La Plata	10.374	14.094
Lomas de Zamora	6.933	12.824
Mar del Plata	3.428	6.460
Mercedes	1.739	3.709
Morón	4.995	10.266
Necochea	390	641
Pergamino	547	865

Quilmes	2.822	4.304
San Isidro	10.560	22.442
San Martín	4.445	9.056
San Nicolás	933	1.963
Trenque Lauquen	614	1.126
Zárate-Campana	735	1.251
Total	55.573	100.556

Fuente: Unidos por la Justicia, *Información y Justicia (IV)*, (2014).

d) La transformación de la práctica de la abogacía en el país y el mundo

En las últimas décadas, distintos investigadores han descripto el proceso de trasformación que vive la profesión en el mundo. Estos cambios se han dado también en América Latina y en nuestro país también y, en ocasiones, han incluido otras transformaciones comprensibles en el contexto de la historia cívico política de nuestras naciones. Más recientemente, además, se han comenzado a identificar nuevos desafíos como consecuencia ya no solo de la globalización creciente sino de la automatización de múltiples funciones antes impensables como realizables por máquinas o algoritmos. El informe reciente publicado en Australia sobre “The Future of Law and the Profession” (FLIP 2017) es un ejemplo de las preocupaciones que involucran a los líderes de la profesión pensando en su futuro incierto a partir de los desafíos del desarrollo de la inteligencia artificial y otros patrones de cambio. La bibliografía incluida al final de esta unidad incorpora una selección de lecturas para profundizar el análisis de estos procesos en perspectiva internacional.

Para un mapeo de los cambios más importantes experimentados por la profesión en América Latina, puede consultarse el trabajo de María Inés Bergoglio (2007) donde se destacan la expansión de la educación jurídica, el crecimiento de los tribunales y la

litigiosidad judicial, y el surgimiento y consolidación de los grandes despachos de abogados. El trabajo de Bergoglio ofrece una variedad de datos que permiten observar estas dimensiones del cambio a nivel regional.

Desde el retorno de nuestro país a la democracia a comienzos de los años ochenta, también la abogacía practicada localmente ha sufrido varias transformaciones que se suman a las que han afectado a la profesión en otras latitudes. Para ofrecer a los estudiantes un panorama de estos cambios hemos seleccionado un conjunto de artículos incluidos en la bibliografía que caracterizan el surgimiento y desarrollo de las grandes firmas de abogados corporativos en el país (Bergoglio 2010 y 2015), la ampliación significativa de la matrícula a partir de los cambios operados en las universidad públicas (González et al. 2014), y la transformación del rol de los tribunales como centros de disputas privadas pero también del debate sobre la política y las políticas públicas.

Otros artículos dan cuenta del surgimiento de “nuevas profesiones del derecho” a partir del desarrollo de generaciones de abogados comprometidos con su dedicación de tiempo completo a la defensa de los derechos humanos, el interés público, la tarea educativa en las clínicas jurídicas, y la abogacía alternativa, lo cual implica una re-significación de las formas de concebir el ejercicio profesional en el derecho (Manso 2014 y Vecchiolli 2012).

Completando estos datos, otro conjunto de lecturas describe los cambios institucionales operados tanto en la creación de diversos servicios de provisión de asistencia jurídica como en el proceso de modernización puesto en marcha al interior de la defensa pública en distintas jurisdicciones del país. Aquí el objetivo es ilustrar otras transformaciones que se han llevado a cabo en el marco de organizaciones estatales clave en la garantía del acceso a la justicia.

Esta selección de textos queda a disposición del docente para encarar algunos de los ejercicios propuestos al final de esta unidad pero puede ser entregada también a mero título informativo para que los estudiantes lean más allá de las clases del curso.

e) Segmentación y desigualdad en las profesiones del derecho

La bibliografía incluida en esta unidad también incorpora algunas investigaciones que observan a ciertos grupos de profesionales en los distintos ámbitos de práctica del derecho, incluyendo la función judicial y la práctica con y sin fines de lucro de la abogacía. Ejemplo de estos trabajos incluyen las investigaciones de Beatriz Kohen sobre mujeres juezas (2008) y su trabajo junto a Roberta Ruiz (2016) sobre el género en el poder judicial de la Ciudad de Buenos Aires, el estudio sobre las mujeres en las grandes firmas (Bergoglio y Gastiazoro 2014), la investigación llevada a cabo por la Corte Suprema de Justicia sobre el género y el proceso de selección de magistrados (OM-CSJN 2015), y la caracterización de las nuevas institucionalidades de género en el poder judicial (Bergallo y Moreno 2017). Se trata nuevamente de una selección de lecturas que pueden emplearse para mostrar a los estudiantes otro tipo de variaciones en las experiencias de distintos grupos al interior de una profesión.

Es importante tener en cuenta aquí que no hemos incluido bibliografía que revise todas las dimensiones identitarias o de otro tipo que dan lugar a experiencias diversas, desiguales o discriminatorias en el ingreso, el trabajo y la permanencia de las profesiones del derecho. Por lo cual recomendamos a los docentes complementar esta bibliografía con materiales adicionales que indaguen, por ejemplo, sobre la desigualdad resultante de posiciones de clase, la situación de las poblaciones indígenas, migrantes, personas LGBTT, de razas destratadas o pertenecientes a otros grupos discriminados en la profesión, la magistratura o cualquier otra de las trayectorias profesionales del derecho revisadas arriba. En este sentido, puede resultar de utilizad la disponibilidad de investigaciones llevadas a cabo en Estados Unidos en el marco de las comisiones de investigación sobre distintos temas de discriminación en el poder judicial. En particular, las investigaciones realizadas en Puerto Rico suelen ser más fáciles de usar ya que se encuentran disponibles en español.¹²

¹² Para más información sobre la experiencia de las *Gender Bias Task Forces* que desde los años ochenta investigaron los sesgos de género en el sistema de justicia a nivel estadual y luego federal en los Estados Unidos, véase el informe: *Gender Fairness in the Courts: Action for the New Millennium*, disponible en: <http://womenlaw.stanford.edu/pdf/genderfairness-strategiesproject.pdf>

3. Bibliografía recomendada para el docente

A continuación, resumimos las recomendaciones bibliográficas para el docente. Se reiteran las ya mencionadas en cada sección y se agregan algunas adicionales. Los datos bibliográficos completos de estos textos se encuentran en la Bibliografía general.

1) Bibliografía sobre la enseñanza y perfiles de la práctica profesional

- Bergoglio 2007^a; Bergoglio 2007b; Bergoglio 2010, pp. 553.568; Bergoglio 2015; De La Maza 2015; González 2014.

2) Bibliografía sobre diversidad y desigualdad en la profesión jurídica

- Bergoglio y Carballo 2005; Bergoglio Gastiazoro en prensa; Kohen 2008; Kohen y Ruiz 2016; Gastiazoro 2014; Gastiazoro 2016.

3) Perfiles de la abogacía de derechos humanos e interés público

- Epp 2014; Manso 2015; Santamaría 2008; Vecchioli 2012.

4. Bibliografía general

La siguiente lista contiene los textos citados y otros que pueden ser de utilidad para el docente:

- Bergallo, Paola y Aluminé Moreno, *Hacia políticas judiciales de género*. Buenos Aires: Ediciones Jusbaires, Buenos Aires, 2017.
- Bergoglio, María Inés, “Cambios en la profesión jurídica en América Latina. Academia”, *Revista sobre enseñanza del derecho*, año 5, número 10, 2007a, pp. 9-34.
- Bergoglio, María Inés “El papel del abogado litigante”, en Pásara, Luis (ed.), *La justicia latinoamericana. El papel de los actores.*, Salamanca: Ed. Universidad de Salamanca, 2007b, pp. 57-85.
- Bergoglio, María Inés, “Cambios en la organización temporal del trabajo jurídico: La mirada de los abogados”, *Anuario XII del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales*, Universidad Nacional de Córdoba, 2010, pp. 553-568.

- Bergoglio, María Inés, *Law Firms in Argentina: Challenges and Responses to Crisis*. Mimeo, 2015.
- Bergoglio, María Inés y Carballo Jerónimo, “Segmentación en la profesión jurídica: Cambios ocupacionales de los abogados argentinos, 1995 – 2003”, *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, volumen 3, número 5, 2005, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.
- Bergoglio, María Inés y Gastiazoro, María Eugenia, “Procesos de cambio y desigualdades de género en la profesión: un análisis desde Argentina”, en Daniel Palacios Muñoz y Darío Rodríguez, *Transformaciones de la Profesión Legal*, Universidad Diego Portales, Chile, en prensa.
- De La Maza, Iñigo, *Lawyers: from State to Market*. Tesina de Maestría, Stanford Program in International Legal Studies, Stanford Law School, 2015.
- Epp, Charles, *La revolución de los derechos: Abogados, activistas y tribunales en perspectiva comparada*. Siglo XXI Editores: Buenos Aires, 2014.
- Gastiazoro, María Eugenia, *Profesiones jurídicas. De la dominación masculina al discurso de la diversidad*. Tesis de doctorado, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, 2014.
- Gastiazoro, María Eugenia, *Inserción de las mujeres en las grandes firmas jurídicas de Argentina*. Sociología del Trabajo, 2016.
- González, Manuela Graciela y María Gabriela Marano, *La formación de abogadas y abogados. Nuevas configuraciones*. La Plata: Imás, 2014.
- Kohen, Beatriz., *El género en la justicia de familia: Miradas y protagonistas*. Ediciones Ad Hoc: Buenos Aires, 2008.
- Kohen, Beatriz y Roberta Ruiz, *El género en la justicia porteña: Percepciones y Desigualdad*. Ediciones Buenos Aires: Jusbaires, 2016.
- Manso, Mariana., “Identidades profesionales: El lugar que ocupa el derecho y la política en el ejercicio profesional de la abogacía de los abogados activistas en Argentina”, *Revista Direito and Praxis*, 2015.
- Santamaría, Angela y Virginia Vechioli, *Derechos humanos en América Latina. Mundialización y circulación internacional del conocimiento experto jurídico*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2008.
- Sarat, Austin y Stewart Scheingold, *Cause Lawyering: Political Commitments and Professional Responsibility*. New York: Oxford University Press, 1998.
- Vecchioli, Virginia, “Expertise jurídica y capital militante: los abogados de derechos humanos en la Argentina”, en Moresi, S. y Vommaro, G. (comp.), *Saber lo que se hace. Expertise y política en Argentina*. Buenos Aires: Prometeo, 2012.

Documentos informativos

- Garavano, Germán C., “Información & justicia IV.” – 1^a ed. – Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Konrad Adenauer Stiftung, 2014. Disponible en: <http://unidosjusticia.org/61información-justicia-iv/>.
- International Bar Association (IBA), *Directory of Regulators of the Legal Profession*, 2016. Disponible en: https://www.ibanet.org/Legal_Regulators_Directory.aspx.

- Law Society of New South Wales, *The FLIP Report 2017. The Future of Law and Innovation in the Legal Profession*, 2017.
- Oficina de la Mujer, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *El acceso de las mujeres a la magistratura*, 2015. Disponible en: <http://www.csjn.gov.ar/om/docs.html>.

5. Ejercicios con sugerencias para el docente

A diferencia de lo que ocurre en el resto de las unidades (salvo la unidad 5), estos ejercicios no contienen sugerencias para el docente como un ítem separado, dado que lo que se presenta son actividades cuya descripción está dirigida directamente al docente.

1) Un cambio de contexto y protagonistas

Un primer ejercicio para comprender el sentido de esta unidad puede consistir en tomar cualquiera de los ejercicios presentados en otras unidades del cuadernillo y proponer una variación en los roles profesionales que podría implicar, por ejemplo, reemplazar a un abogado privado por uno de la defensa pública en alguno de los casos previstos. También se podría proponer alterar el entorno de un caso, como el que se plantea sobre la socia del Estudio Jurídico (“La gran abogada”, Unidad 1) a un espacio institucional en el Estado. Luego de alterar el contexto, se sugiere discutir con los estudiantes cuáles son los cambios que detectan desde el punto de vista fáctico y sus consecuencias, de las reglas aplicables, la eventual variación de la justificación del marco regulatorio, y su impacto en la solución del caso.

2) Una comparación de los ámbitos de práctica profesional

Pensamos que puede ser interesante proponer a los estudiantes comprender las diferencias y continuidades que puede plantear el ejercicio de la profesión en un ámbito como una firma corporativa y una organización de derechos humanos. Para ello, se les puede proponer a los estudiantes que identifiquen 5 similitudes y 5 diferencias en el ejercicio de la abogacía en

esos dos contextos. También se puede dividir a los estudiantes y agregar otro eje de comparación con la misma consigna, como puede ser el contraste de 5 similitudes y 5 diferencias entre la práctica del patrocinio desde la defensa pública y una organización de derechos humanos.

El ejercicio puede completarse con la tarea de contrastar los roles a partir de datos empíricos o caracterizaciones basadas en dos de los artículos incluidos en la bibliografía ofreciendo información sobre distintos ámbitos de práctica profesional. Por ejemplo, pueden contrastarse el trabajo de Inés Bergoglio sobre grandes firmas con el trabajo de Mariana Manso sobre abogados alternativos.

Finalmente, se puede sugerir a los estudiantes la consigna de un caso como el que se agrega a continuación e imaginar las posiciones si fueran (a) abogados del estudio corporativo que asesora a la empresa, (b) abogados de las supuestas víctimas de contaminación, y (c) abogados de la ONG que está luchando en las dimensiones más preventivas de la intervención judicial para sanear el área ambientalmente.

Consigna para un caso imaginario: Tres abogados y el daño ambiental:

Imagine una situación en la que su cliente, la Empresa TT&I está interesada en adquirir un predio en el que ha funcionado durante años una empresa dedicada al ensamblaje de computadoras. Su cliente le encarga que coordine el trabajo de previo para asegurar si la compra es una inversión razonable dadas las contingencias ambientales estimables. Con ese objetivo, usted trabaja con los expertos ambientales en llevar adelante una auditoría ambiental del suelo de la propiedad que TT&I está interesada en adquirir. El informe ambiental le sugiere que existe contaminación suficiente en el suelo como para que el negocio no sea conveniente.

Poco tiempo después de abandonar el proyecto de adquirir el terreno, su cliente y usted reciben una citación como testigos en un juicio que tramita sobre la empresa que iba a venderle el terreno por la contaminación de un arroyo cercano en el que han estado bebiendo agua y jugando los niños que viven en un asentamiento precario ubicado a pocas cuadras del terreno en cuestión. El caso llevado ante los tribunales de la zona presenta dos equipos de abogados distintos. Por un lado, los dos abogados independientes que litigan por la compensación de los daños y perjuicios ocasionados a sus clientes, tres niños que han contraído cáncer por contacto con el plomo en las napas de agua. Por otro lado, está la ONG Ambiente Seguro que está reclamando la recomposición del ambiente en la zona y en especial la limpieza de arroyos y napas.

La citación le ha llegado a usted y a su cliente porque se divulgó en la zona que se estaban realizando evaluaciones de impacto ambiental para la compra del terreno, que terminó frustrándose.

Preguntas para los estudiantes:

En este caso no nos interesa concentrarnos en los dilemas éticos y jurídicos planteados por el caso, sino en las distintas posiciones de los tres tipos de abogados. El ejercicio puede considerarse también en el marco de la resolución legal y ética del caso sobre el alcance del secreto profesional (Unidad 6) y sobre conflictos de intereses (Unidad 7), pero el objetivo pedagógico aquí se centra en comprender cómo varían los desafíos según el rol.

- 1) ¿Cuáles son los deberes que le conciernen a usted como abogado de TT&I respecto de la presentación como testigo suya y de su cliente?
- 2) ¿Puede existir alguna tensión entre los roles de los tres tipos de abogados? ¿Y entre los abogados de las víctimas del daño y los de la ONG?
- 3) ¿Qué intereses representa cada uno de estos grupos de profesionales?
- 4) ¿Qué tensiones sobre la estrategia legal de defensa de los distintos clientes pueden generar las distintas posiciones de las partes y sus abogados?
- 5) ¿Cómo imagina que se han pautado los honorarios de las partes en cada una de estas relaciones de representación? En otras palabras, ¿cómo se financia el trabajo de cada uno de estos abogados?

3) Transformaciones estructurales de la profesión

Varios de los trabajos sociojurídicos incluidos en la bibliografía dan cuenta de transformaciones sufridas en la práctica de la profesión en las últimas décadas. Las hipótesis sobre la explicación de estos patrones de cambio pueden formar parte de un debate con los estudiantes en los que se intente identificar una serie de variables independientes que luego se pueden discutir en perspectiva comparada a nivel de América Latina y también sub-nacional.

El debate puede provocarse a partir de la pregunta: ¿En qué medida estas transformaciones responden a cambios económicos, o son, por el contrario, consecuencia de la juridización

de la vida cotidiana explicable por la expansión del estado de derecho? Luego se pueden ofrecer otras hipótesis: la globalización, la complejidad creciente de los negocios, el aumento significativo de la oferta de servicios jurídicos producido por el ingreso masivo a la universidad, y otros que el docente propongan agregar.

4) ¿Los profesionales del derecho también discriminan?

Este ejercicio puede iniciarse con extractos de la película *La Costilla de Adán (Adam's Rib)*, en particular, las escenas del comienzo donde se ven los roles abogadiles de los dos protagonistas y algunas de las escenas del juicio en las que testimonian mujeres expertas.

Varios de los textos seleccionados sobre desigualdad en la profesión o la carrera judicial resaltan experiencias o dimensiones de la discriminación por sexo intencional o por resultados en la práctica de las profesiones del derecho. Se recomienda asignar alguna de estas lecturas y proponer un debate en clase que proponga primero describir la discriminación en el plano de alguna situación individual y la dimensión más estructural de las formas de segregación vertical y horizontal por sexo.

A continuación se puede sugerir distinguir algunas de las explicaciones de la discriminación basadas en el sexo (discriminación de demanda u oferta, intencional o inconsciente, individual o estructural, el acoso sexual), para luego proponer herramientas posibles y reformas institucionales para enfrentarlas. En este sentido, pueden ser de utilidad extractos de los textos la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema, o trabajos como los de Kohen y Ruiz (2016) o Bergallo y Moreno (2017) producidos dentro del poder judicial federal o por el Observatorio de Género en la Justicia del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires. Se recomienda también revisar las secciones propositivas para enfrentar cuestiones de discriminación previstas en las lecturas.

También puede debatirse con los estudiantes la propuesta de una regla de paridad para la integración de las comisiones directivas y el Tribunal de Disciplina del CPACF. Al respecto, puede ser de utilidad el paneo de argumentos incluido en el texto de Isabel Jaramillo compilado en la publicación de Bergallo y Moreno (2017).

Finalmente, puede resultar útil hacer que los estudiantes tomen el test sobre sesgos implícitos ofrecido en sitios como www.implicit.harvard.edu o www.tolerance.org para luego discutir cómo pueden expresarse estos sesgos en la contratación de abogados o su promoción. En el caso argentino, puede ser útil testear otros sesgos como los de raza y etnia, y el origen sub-nacional de las personas.

Unidad 5: Regulación y jurisprudencia disciplinar de las profesiones del derecho¹³

1. Introducción

Esta unidad tiene dos partes. La primera se enfoca en la regulación de la abogacía desde una perspectiva local y comparada. Con ese propósito, se identifican primero las principales fuentes normativas aplicables en la práctica profesional independiente para el caso de la Ciudad de Buenos Aires. La exposición se concentra en la normativa regulatoria aplicable y no incluye los estándares interpretativos desarrollados en la jurisprudencia judicial y disciplinaria, que son contemplados en la segunda parte de esta unidad. También se ofrece información sobre regulaciones comparadas de otros países para poner en perspectiva crítica la regulación local. Finalmente, se hace una referencia breve a las regulaciones de la práctica transnacional e internacional de la profesión. El objetivo es informativo y pretende contextualizar las normas y debates éticos que se estudiarán en funcionamiento y con mayor detalle en el resto del programa.

Dado que el objetivo de esta primera parte, referida a la regulación, es (al igual que en el caso de la Unidad 4) fundamentalmente informativo, hemos creído oportuno ofrecer al docente contenidos más detallados de los que aparecen en el resto del cuadernillo (donde se remite en mayor medida al manual para estudiantes). Los datos acerca de las regulaciones son difícilmente accesibles, dado que se encuentran diseminados en diversas normativas, bases de datos o fuentes bibliográficas. Creemos que ofreciendo estos datos (que también aparecen en el manual para el alumno) dotamos al docente del material suficiente para poder encarar la clase adecuadamente.

La segunda parte de esta unidad es una descripción esquemática de cómo los tribunales locales aplican las regulaciones previamente estudiadas. Centralmente, se busca identificar las principales líneas jurisprudenciales de algunos tribunales disciplinarios importantes de nuestro país. Aquí se hace referencia a fallos de dichos tribunales, aunque no se los cita textualmente (en su mayoría están accesibles por internet). El docente podrá observar que las líneas jurisprudenciales identificadas, en general, no coinciden con los temas tratados en el resto del cuadernillo. En efecto, si bien algunos

¹³ Para la elaboración de la presente unidad se ha contado con la colaboración de Celeste Elorriaga y Leopoldo Pérez Obregón.

casos (claros) de conflictos de intereses son resueltos por los tribunales locales de disciplina, no se ven en cambio enfrentados a casos de confidencialidad, elección de clientes o acceso a la justicia. Por ello, el docente puede abordar esa jurisprudencia con un espíritu crítico, intentando discutir con los estudiantes cuáles son las razones por las que la jurisprudencia adopta ciertos temas y no otros.

2. Las regulaciones de la abogacía

Esta sección se propone informar a los estudiantes sobre: (a) los modelos de regulación de la profesión vigentes en el país y las principales reglas que le dan forma en el caso del ejercicio en la Ciudad y la Provincia de Buenos Aires, (b) su comparación con una selección de criterios de regulación de la abogacía en otros países, y (c) ejemplos básicos de pautas regulatorias cuando el ejercicio profesional se produce a nivel transnacional e internacional. Para ello, el capítulo 5 del manual para alumnos contiene tres secciones descriptivas con datos sobre nuestro país, las provincias y otras naciones como Chile, Colombia, Canadá, Estados Unidos y países europeos, que ofrecen abundante información para profundizar estas dimensiones. En este cuadernillo destacamos algunas de las dimensiones de la regulación que sugerimos incluir en alguna instancia del dictado del curso para que los estudiantes puedan ubicar las discusiones éticas y regulatorias que plantean el resto de las unidades en el trasfondo de un proyecto regulatorio más amplio con sus diversos objetivos, tensiones, y estadios de desarrollo.

a) La regulación de la profesión jurídica en la Argentina

La regulación de la abogacía se integra con un conjunto de principios previstos en la Constitución Nacional y las provinciales, diversas normas de alcance general como las que rigen los contratos en el Código Civil o la responsabilidad penal en el Código Penal, y normas específicas de competencia local enfocadas en la regulación profesional (dado que se trata de una de las potestades no delegadas por las provincias en el gobierno federal, según los artículos 121 y 122 de la Constitución Nacional). Entonces, comprender los marcos regulatorios aplicables al ejercicio de la profesión en nuestro país requiere conocer las normas de derecho de fondo que la impactan y en cada

jurisdicción un conjunto de reglas adicionales de estatus local. Además, resulta clave conocer las prácticas interpretativas que a través de los años ha producido la jurisprudencia de los tribunales y los órganos administrativos encargados del control disciplinario (cuestión en la que ingresamos someramente en la segunda parte de esta unidad).

Las normas relevantes de la Constitución Nacional incluyen el artículo 1 que establece el principio republicano de gobierno, el artículo 16 que regula el derecho de asociación, el artículo 75 incisos 18 y 19, y los artículos 121 y 122 que establecen las competencias no delegadas de las provincias, además de las que establecen los requisitos de poseer título de abogado para desempeñar funciones judiciales. Las normas de los códigos de fondo son diversas. Sólo a título ilustrativo mencionamos las del Código Civil que regulan la representación en general (artículos 358 y 361), el mandato (artículos 1319 a 1334) o la locación de servicios (artículos 1278 y 1279), las cuales suelen enmarcar los contratos celebrados con abogados y a las que deben sumarse todas las que establecen el régimen de responsabilidad contractual y extracontractual. También varias normas del Código Penal regulan la responsabilidad penal de los abogados y otras específicas como las que establecen el régimen penal del secreto profesional (artículo 156), las cuales también operan como pautas reglamentarias disuadiendo o mandando la revelación de información obtenida en el marco de la relación profesional (como según veremos en la Unidad 6, sobre confidencialidad).

A estas normas de status constitucional y de derecho de fondo se suman las regulaciones locales encabezadas por la Constitución provincial y reglas procesales o de competencia local para aplicar la legislación de fondo. Por ejemplo, las normas del Código Penal sobre secreto profesional deben sopesarse con las normas locales de procedimiento penal que suelen establecer deberes procesales de revelación de información para ciertos funcionarios o roles.

Dada la competencia en la regulación de la abogacía proponemos a continuación caracterizar la regulación de la Ciudad de Buenos Aires como ejercicio que habrá que adaptar a cada jurisdicción donde se dicte el curso.

En la Ciudad de Buenos Aires la primera fuente normativa local aplicable a la regulación de la abogacía surge de la Constitución de la Ciudad que incluye normas

como el artículo 1 sobre la forma republicana de gobierno, el artículo 12.6 sobre acceso a la justicia y la garantía de asistencia jurídica gratuita, el artículo 45 que reconoce la participación de colegios profesionales en el Consejo Económico Social, y la cláusula transitoria 18 sobre la vigencia de los colegios profesionales preexistentes. A estas normas deben sumarse las referencias en cláusulas que exigen el título de abogado para la práctica de ciertas funciones como las judiciales.

Además de las normas federales listadas arriba y la Constitución local, en la Ciudad otras reglas relevantes incluyen: (a) leyes sancionadas por el Congreso federal antes del reconocimiento de autonomía realizado en la reforma constitucional de 1994 para la Ciudad de Buenos Aires y las aplicables a la práctica de la abogacía ante o en el gobierno federal, y (b) normas locales aprobadas por los tres poderes de la Ciudad y el CPACF. Veamos un listado de las más importantes que los alumnos deberían consultar online para familiarizarse especialmente con el primer grupo:

- La Ley 23.187 de Ejercicio de la Abogacía.
- La Ley 10.996 y 22.892 de Ejercicio de la Procuración.
- La Ley 12.990 de Ejercicio de la Escribanía.
- La Ley 21.839 de Aranceles y Honorarios de Abogados y Procuradores.
- La Ley 24.591 de Educación Superior.
- La Ley 25.188, Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública.
- El Decreto 41/99 que establece el Código de Ética de la Función Pública.
- El Código de Ética del CPACF.
- El Reglamento de Procedimiento para el Tribunal de Disciplina del CPACF.
- Ley 5134 de Honorarios Profesionales de Abogados y Procuradores de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Otro conjunto de leyes regula también aspectos de la práctica profesional de la abogacía pública a nivel del Estado federal y el gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y en los ministerios públicos de ambos niveles. Entre estas normas, en el campo de las aplicables a la práctica en la Ciudad de Buenos Aires cabe citar, nuevamente sin pretensión de exhaustividad:

- La Ley 74 que establece la creación del cargo de Procurador del Tesoro de la Nación.
- La Ley 12.954 que crea el Cuerpo de Abogados del Estado.
- La Ley 17.516 que establece las pautas de Representación del Estado en Juicio.
- La Ley 24.667 sobre la Procuración General del Tesoro de la Nación.
- El Decreto 754/94 de creación de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado.
- La Ley 24.946 que establece la Ley Orgánica del Ministerio público.
- La Ley 25.164 que prevé el Marco de Regulación del Empleo Público Nacional.
- La Ley 26.338 de Ministerios. Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos. Asesoramiento jurídico; representación y defensa del Estado en juicio.
- El Decreto 1486/11 que regula el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y la Estructura Organizativa del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y la Procuración del Tesoro de la Nación.
- La Ley 440 que regula la Escribanía en la Ciudad de Buenos Aires.
- Ley 1218 de creación de la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires.

Por último, otras regulaciones también aplicables en la práctica de las profesiones del derecho en la Ciudad incluyen:

- Las normas de ética de la Federación Argentina de Colegios de Abogados (FACA).

- El Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial.

Para comenzar, estas regulaciones especializadas en la profesión a nivel de las jurisdicciones locales (es decir, excluyendo las normas de fondo) pueden ser observadas además desde dos perspectivas: la relacionada con las creaciones de organismos de control y la de asignación de competencias. Entonces, se puede proponer a los estudiantes observar primero a qué organismos estas normas atribuyen las funciones de (a) regular la profesión, (b) admitir el ingreso, (c) controlar el ejercicio de conductas debidas, los regímenes contractuales y de honorarios, y la sanción ante incumplimientos, y (d) establecer las reglas de salida. En segundo término, se puede invitar a los estudiantes a identificar los requisitos o criterios que definen el quehacer de los ámbitos regulatorios. En esta categoría se incluyen por ejemplo las reglas que regulan los deberes profesionales, las pautas que establecen la obtención del título universitario o el proceso de acreditación para la obtención de la matrícula profesional, y las que determinan las sanciones y el procedimiento de su aplicación. La lectura de las normas listadas arriba puede usarse entonces para labrar un perfil de la regulación profesional de la abogacía en la Ciudad de Buenos Aires teniendo en cuenta estas dos dimensiones. Veamos una síntesis de esta descripción en la Tabla I.

Tabla I: Perfil organizacional y de competencias en la regulación de la abogacía en la Ciudad de Buenos Aires.

Dimensión organizacional	
<i>¿Quién tiene competencias para regular, permitir el ingreso y la salida, supervisar y sancionar a los abogados?</i>	
<i>¿Quién regula la profesión?</i>	Un organismo profesional de colegiación obligatoria con funciones regulatorias, de supervisión y disciplina delegadas por el Estado: CPACF.

<i>¿Quién autoriza el ingreso a la práctica profesional?</i>	Una combinación de organismos. En primer lugar, las Universidades que otorgan el título habilitante que certifica el estudio de la carrera de Abogacía. Luego, el CPACF que regula las condiciones de ingreso a la matrícula. El CPACF tiene según la ley que cooperar con los planes de estudio académicos y debe contar con una biblioteca especializada, pero no se conoce cómo funciona esta regulación en el trabajo permanente con las Facultades de Derecho.
<i>¿Quién monitorea la práctica de la profesión?</i>	El CPACF no exige acreditaciones regulares en el tiempo y no ejerce otro monitoreo profesional más allá del control disciplinario. El pago de la matrícula es el único requisito formal para mantener la afiliación activa al CPACF.
<i>¿Quién controla la disciplina profesional?</i>	Está a cargo del Tribunal de Disciplina del CPACF que administra los procesos de investigación y sanción según lo previsto procesalmente en su Reglamento Interno. Las apelaciones del Tribunal deben plantearse ante la Cámara Nacional en lo Contencioso-Administrativo.
Contenidos regulatorios	
<i>¿Qué es lo que se regula y cómo?</i>	
Requisitos y criterios de ingreso a la profesión	
<i>Título habilitante</i>	Carrera de Abogacía en universidades públicas o privadas reconocidas por el Ministerio de Educación de la Nación en cualquier lugar del país y regulada por la Ley de Educación Superior.
<i>Trámite de acreditación de título, antecedentes y proceso de jura</i>	Sin examen. Acreditación de título universitario y otros documentos. Ceremonia de Jura. Acceso a la matrícula profesional.
Requisitos y criterios de permanencia en la profesión.	
<i>Normativa</i>	Respeto de las normas de fondo que regulan la responsabilidad civil, penal y administrativa, y las del Código de Ética emitido por la

<i>profesional y ética</i>	Asamblea de Delegados del CPACF.
<i>Formación continua.</i>	La legislación exige como deber fundamental del abogado “atender a su permanente capacitación profesional.” Sin embargo, el cumplimiento de esta obligación no está específicamente reglado y no se monitorea su cumplimiento.
<i>Otro tipo de control o supervisión de matriculados</i>	No se requiere. Solo se exige pago de matrícula anual.
<i>Régimen disciplinario y de responsabilidad.</i>	
<i>Reclamos de responsabilidad según normas de derecho de fondo</i>	Están reguladas en los códigos y legislación de fondo y se reclama ante los tribunales nacionales con competencia en la materia.
<i>Reclamos de disciplina</i>	Las reglas de conducta profesional más específicas surgen de los deberes estipulados por la ley que regula la profesión y crea el CPACF y en el Código de Ética de esta institución. Se tramitan ante el Tribunal de Disciplina que ha producido una jurisprudencia en ciertos tipos de faltas, según se analiza en la segunda parte de esta unidad.

Pensamos que es importante que los estudiantes se familiaricen con los contenidos de las principales reglas que regirán su práctica profesional a nivel federal, provincial y, si las hubiera, distrital para lo cual más abajo sugerimos realizar algún cuestionario o test de escogencia múltiple para el control de lectura de las leyes más importantes según se modela en el manual. (En principio, las incluidas en el primer listado incorporado arriba con su adaptación jurisdiccional, cuando corresponda.) También es importante que conozcan brevemente cómo es el proceso ante el Tribunal de Disciplina, por ejemplo, en el CPACF, para lo cual proponemos que además de las normas del Reglamento Interno lean la siguiente breve descripción sobre el proceso:

El Tribunal de Disciplina y sus reglas de funcionamiento

El Tribunal de Disciplina

El CPACF se encuentra conformado por tres órganos independientes, cuyos miembros son elegidos por votación de los propios matriculados. Estos órganos son la Asamblea de Delegados, el Consejo Directivo, y el Tribunal de Disciplina. Este último órgano es, como su nombre lo indica, el que vigila el cumplimiento de los deberes de conducta de los matriculados en casos de violación de las normas éticas previstas en el Código de Ética del CPACF sancionado por la Asamblea de Delegados. El Tribunal de Disciplina tiene entonces a su cargo aplicar sanciones, dictaminar, opinar e informar, cuando ello le sea requerido, así como llevar un registro de penalidades de los matriculados. De manera adicional, debe presentar anualmente a la Asamblea de Delegados, por medio del Consejo Directivo, un informe detallado de las causas sustanciadas y sus resultados¹⁴.

Según lo exigido por la ley que manda su creación, el Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Disciplina (el “RPTD”) se propone honrar los principios de un juicio oral, observando especialmente las normas del procedimiento penal en la definición de las normas supletorias aplicables.¹⁵

El inicio del procedimiento y los deberes de denuncia

El artículo 5° del RPTD establece que los procedimientos sumariales se iniciarán: a) por denuncia que podrá ser efectuada por cualquier persona que se sintiera agravuada por el proceder de un abogado en ejercicio de su función; b) por pedido del propio abogado de cuya conducta se trate; o c) de oficio.

Existen, en líneas generales, dos supuestos en el Código de Ética donde los abogados resultan obligados a denunciar a sus colegas frente al CPACF. El primero se da cuando alguna actuación afecte los derechos y garantías de alguno de sus clientes, y el segundo surge cuando el profesional se encuentra en conocimiento de alguna conducta que afecte

¹⁴ Artículo 39 del Capítulo III de la Ley 23.187

¹⁵ Artículo 41 Ley 23.187

la dignidad de la abogacía.

Graduación de las sanciones aplicables

Las sanciones pueden variar desde: a) un llamado de atención; b) advertencia en presencia del Consejo Directivo; c) una multa cuyo importe no podrá exceder un sueldo de un juez de primera instancia en lo civil; d) suspensión de hasta un año en el ejercicio de la profesión; y finalmente e) la exclusión de la matrícula.¹⁶ Las causas que podrán motivar la aplicación de estas sanciones aparecen en el artículo 44 de la Ley 23.187, entre las que figuran las infracciones al Código de Ética.

A los fines de estipular la intensidad de la sanción, el Código de Ética clasifica las infracciones en leves y graves según si la conducta fuera de “limitada” o “trascendental” importancia para el correcto ejercicio de la abogacía, respectivamente¹⁷. Sólo estas últimas vuelven procedente la sanción de los incisos d) y e). Como circunstancias atenuantes de la sanción, la ley contempla la antigüedad en la matrícula, y la falta de antecedentes disciplinarios anteriores a dos años del hecho. Adicionalmente, las sanciones previstas en los primeros tres supuestos pueden ser impuestas por mayoría simple de los miembros del tribunal interviniente, mientras que los dos restantes exigen una mayoría agravada de dos tercios de sus miembros.

Por último, la expulsión de la matrícula sólo podrá tener lugar cuando el imputado haya sido suspendido cinco o más veces con anterioridad dentro de los últimos diez años del hecho, o bien cuando haya sido condenado a pena privativa de la libertad por la comisión de un delito doloso, siempre que de las circunstancias del caso se desprendiera que el hecho afecta el decoro y ética profesionales.

¹⁶ Artículo 45 Ley 23.187.

¹⁷ Artículo 26 del Código de Ética del CPACF.

b) Regulaciones comparadas

El diseño de la regulación de la profesión en el plano del organismo regulador o los contenidos de las reglas de conducta y otros deberes adoptados en la Ciudad de Buenos Aires no es la única modalidad vigente en el país ni en el derecho comparado a la hora de regimentar la conducta de los profesionales del derecho. Según el informe *Directory of Regulators of the Legal Profession* (Directorio de Reguladores de la Profesión Jurídica) publicado por la International Bar Association (IBA) en 2016¹⁸ se observa que, desde el punto de vista de los organismos con competencias sobre la práctica de la abogacía, las regulaciones del mundo se distinguen por lo menos en los siguientes planos:

- (a) el tipo de entidad responsable de la regulación,
- (b) el tipo de entidad a cargo de la admisión a la profesión (educación legal e ingreso),
- (c) el órgano responsable de la supervisión y regulación de la práctica profesional posterior a la admisión, y
- (d) el tipo de institución, procesos y sanciones previstos para el ejercicio del control disciplinar.

Para ubicar al docente en las dimensiones comparables sobre la legislación argentina y la internacional desde el punto de vista de las organizaciones responsables y las tareas mencionadas, incluimos a continuación dos cuadros que ejemplifican la variación de criterios empleados por otras jurisdicciones diferenciando (a) el sujeto regulador, (b) institución a cargo de la admisión, y (b) organismos de sanción.

¹⁸ Disponible en: https://www.ibanet.org/documents_on_the_regulation_of_the_legal_profession.aspx

Tabla III: Modelos de regulación de la abogacía comparados según el sujeto regulador

Organismo regulador	Estilo de regulación
<i>Regulación prioritaria a cargo de los tribunales</i>	En este modelo, el órgano predominante en la regulación de la abogacía son las cortes, y en especial, la Corte Suprema de la jurisdicción. Puede combinarse con algún rol para el colegio de abogados en el ingreso o la sanción profesional, pero los tribunales son los que ostentan la mayor parte de la función regulatoria. Este modelo predomina en América Latina y algunos estados de los Estados Unidos.
<i>Regulación exclusiva a cargo del Colegio de Abogados</i>	En este modelo el Colegio de Abogados es responsable de todos los estadios de la regulación profesional y de su representación. Se trata de potestades otorgadas por leyes que suelen requerir la creación de órganos de disciplina al interior del Colegio. Este modelo suele encontrarse más en países europeos, de habla francesa en África, y es el adoptado en Argentina.
<i>Regulación predominante o exclusiva del Gobierno (Poder Ejecutivo)</i>	En este modelo el gobierno concentra las funciones de admisión y supervisión, y en algunos casos un colegio profesional participa representando a sus afiliados. Es el tipo de regulación imperante en países de Asia occidental como Arabia Saudita o Qatar, pero también en China, Taiwán, y Vietnam.
<i>Autoridades independientes o delegadas</i>	En este modelo se establece una autoridad especial separada y profesionalizada que se encarga exclusivamente de la regulación sin intervención de representantes de la profesión o sus colegios. Es el tipo de normas previstas en Australia o Inglaterra. En algunos estados de Estados Unidos complementa la función de la Corte Suprema encargándose del establecimiento de reglas. Y en Canadá adopta la forma de <i>Law Societies</i> creadas a nivel estadual.
<i>Modelos de</i>	En este tipo de regulaciones se prevé una organización creada ad hoc

<i>autoridad mixta</i>	que nuclea representantes de diversas organizaciones. Estas entidades pueden consistir en Consejerías Generales de Asuntos Jurídicos (<i>General Legal Council</i>), que incluyen una combinación de representantes del ministerio de justicia, la judicatura, los colegios profesionales, y miembros elegidos que pueden pertenecer a la profesión. Este tipo de arreglos se observa en el oeste de África y algunas partes del Caribe.
<i>Modelos combinados</i>	Combinan algunas de las opciones mencionadas arriba.

Fuente: Basado en una traducción de la información Informe IBA (2016)

Estos seis tipos de regulaciones también pueden ser utilizados para clasificar los arreglos institucionales que regulan el ingreso a la profesión, el control durante el ejercicio de su práctica a través de la definición de reglas de conducta y los mecanismos disciplinarios. La siguiente Tabla IV sintetiza la proporción que cada uno de estos modelos ocupa en el mundo para el total de los países incluidos en el Informe de la IBA citado arriba. El cuadro puede resultar útil para mostrar a estudiantes que la función de regulación puede asignarse a un órgano y el control disciplinario a otro, sin necesidad de unificar todas las funciones regulatorias en una única institución como sucede en el modelo de la Ciudad de Buenos Aires descripto arriba. De esta forma, los estudiantes pueden desarrollar otra dimensión de su análisis crítico hacia la opción de auto-regulación efectuada en la Ciudad y el consecuente bajo nivel de densidad regulatoria en el trato de las conductas profesionales o la aplicación de reglas de disciplina. Este aspecto quedará especialmente en evidencia, al contrastar que, si bien un total de 71 países delegan facultades reglamentarias en colegios profesionales, 114 naciones entregan a los colegios la facultad de regir el ingreso a la profesión, pero 100 les otorgan la capacidad del control disciplinar.

Tabla IV. Los modelos regulatorios: Una mirada de su peso cuantitativo relativo.

<i>Organismo responsable</i>	<i>Regulación de la profesión</i>		<i>Ingreso a la profesión</i>		<i>Control disciplinario</i>	
	<i>Nro. países</i>	<i>Porcentaje %</i>	<i>Nro. países</i>	<i>Porcentaje %</i>	<i>Nro. Países</i>	<i>Porcentaje %</i>
Tribunales	27	12	42	19	27	12
Colegio Profesional	71	32	114	52	100	46
Gobierno	22	10	17	8	16	7
Autoridad regulatoria independiente	16	7	14	6	13	6
Autoridad mixta	58	26	24	11	51	24
Modelo combinado	29	13	8	4	9	4
	223	100	219	100	217	100

Fuente: Elaboración propia en base a Informe IBA 2016

Otro aspecto interesante para destacar a los alumnos es la trayectoria temporal de las leyes que regulan la práctica profesional de la abogacía en la Ciudad de Buenos Aires o las que según puede verse en un cuadro del manual para estudiantes para las distintas provincias del país. En el caso de la Ciudad, la legislación data de los primeros tiempos de la transición democrática y no ha sido alterada en treinta años. Esto contrasta con la situación de muchos de los países del Norte Global y algunos de América Latina que han revisado sus legislaciones en la última década para adaptarlas a los múltiples desafíos que plantea la vida contemporánea.

Según el Informe de la IBA entre 2011 y 2015 casi cuarenta naciones reformaron sus regulaciones sobre la práctica profesional de la abogacía. La misma fuente resalta que los patrones de cambio indican que las cuestiones más importantes tenidas en cuenta para adoptar las reformas incluyen temas como:

- La tendencia hacia la concentración de un sistema nacional de regulación profesional contra prácticas antes descentralizadas. Esto ha ocurrido en Holanda y Sudáfrica, por ejemplo.
- La armonización de estándares a nivel federal para los países con regulaciones fragmentadas como consecuencia de la descentralización regulatoria. Éste ha sido el caso de federaciones como Canadá o Australia.
- Mayor amplitud hacia la aceptación de la autorización de profesionales extranjeros en la práctica doméstica y de profesionales de jurisdicciones sub-nacionales en otras jurisdicciones del mismo nivel. La primera ha sido una tendencia presente en países como la República de Corea, Malasia o Israel. La segunda puede verse en federaciones como Grecia.
- La creación de nuevos organismos independientes para supervisar la disciplina profesional abandonando los mecanismos de autogestión de la disciplina por los mismos abogados y sus colegios. Esto puede observarse en Irlanda y algunas jurisdicciones de Australia, por ejemplo.
- En el mismo sentido, se ha aislado en algunos países la función regulatoria del control profesional de los abogados para asignarlo a entidades profesionalizadas externas. Esta tendencia refleja cambios ocurridos en Holanda y Canadá.

Por último, otra de las tendencias importantes que atraviesan los distintos cambios señalados en la enumeración anterior se relaciona con el viraje de las viejas regulaciones casi totalmente centradas en el practicante individual hacia normas que incluyen un desarrollo considerable del ejercicio en el marco de instituciones integradas por varios profesionales de distinto tipo y tamaño. Este giro hacia la inclusión de la firma como sujeto regulado y las relaciones entre abogados en ella puede observarse en

varios países europeos, en América del Norte, pero también en América Latina, por ejemplo, en Chile.

Si bien éste no es un tema abierto a debate en nuestra comunidad, puede ser interesante plantear a los estudiantes la revisión de alguna de las nuevas normas adoptadas para regular la práctica institucional de la abogacía para acompañar ejercicios propuestos en otras unidades.

Desde la perspectiva de cada una de las cuatro categorías centrales que hemos identificado arriba, es decir, la regulación del ingreso, la práctica profesional, la disciplina y la salida de la profesión, existen distintas opciones regulatorias que pueden verse funcionando en distintos países del mundo. El Apéndice 1 al capítulo 5 del manual contiene una narración comparada de las principales regulaciones vigentes en el país, Chile, Colombia, España y Canadá respecto de cada una de estas cuatro opciones.

Creemos que puede ser útil trabajar con los estudiantes la diversidad de criterios con los que se regulan cuestiones como:

- (a) La enseñanza del derecho y los requisitos de habilitación profesional, que suelen incluir además de los comunes en nuestro país en algunos casos, años de educación de posgrado (como en Estados Unidos donde a los cuatro años del pregrado deben sumarse tres enfocados en el derecho), años y circulación en la práctica profesional (como sucede en Alemania donde se prevé una rotación en diversas funciones), o variedades de exámenes habilitantes como ocurre en España, Chile o Estados Unidos.
- (b) La asignación del monopolio de la representación jurídica ante los tribunales también es un tipo de regulación que puede variar de una a otra jurisdicción. Por ejemplo, en España no se requiere el título ni la matriculación para la representación de asuntos propios o de parientes, y en Estados Unidos para cierto tipo de casos tampoco se exige la intervención de un abogado. La discusión sobre este monopolio se da, con diferencias, en la Unidad 2 (desde un punto de vista teórico) y en la Unidad 9 (desde el punto de vista de su incidencia en el acceso a la justicia).

- (c) La especificación de las reglas de conducta presenta una gran variación como puede verse en los capítulos del manual consagrados a temas como la confidencialidad, el conflicto de intereses, o la publicidad profesional. También los regímenes que regulan los honorarios varían de forma significativa entre países.
- (d) Las conductas sancionadas también son acompañadas por distintos tipos de sanciones que incluyen una variedad de recursos en cada jurisdicción. El capítulo 5 del manual contiene un detalle de algunas normas sancionatorias, lo cual permite contrastar la diversidad de herramientas con las que cuentan distintas instituciones.

c) La regulación de la abogacía internacional y transnacional

Este es un tema que presenta numerosas aristas que sería difícil tratar en el curso sin sacrificar otros más importantes de nivel introductorio a la ética profesional para la mayoría de los estudiantes. Estudiantes que quizás no vayan a tener, además, tanto contacto con la práctica internacional o transnacional de la abogacía.

Con el solo propósito de informar a los alumnos sobre la existencia de algunas regulaciones enfocadas en la práctica de la abogacía a nivel internacional sea para la consejería profesional o el litigio frente algunos órganos internacionales o para la prestación de servicios de un país a otro, sugerimos compartir la existencia de algunas reglas o iniciativas regulatorias tales como:

- La International Bar Association (IBA) estableció en 2011 su código de Principios Internacionales de Conducta para la Profesión Jurídica.
- El Código de Ética de la Unión Internacional de Abogados.
- El Código de Ética Profesional de la Abogacía Iberoamericana (UIBA) de la Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Colegios de Abogados.
- A nivel del Mercosur, el Código de Ética de la Abogacía del Mercosur, aprobado en 1997 en la ciudad de Asunción por representantes de los colegios de abogados de los cuatro países miembro.

- En la Unión Europea está vigente el Código de Conducta de 1988 del Council of Bars and Law Societies of Europe.

3. Jurisprudencia disciplinar

En esta sección el objetivo es mostrar las principales líneas jurisprudenciales de esos tribunales disciplinarios y de los tribunales ordinarios que actúan como tribunales de apelación de los primeros. Lo hacemos de un modo crítico, señalando los sesgos, falencias y limitaciones de esa jurisprudencia.

Tal como señalamos en la introducción a esta unidad, es importante tener en cuenta al tratar en clase este tema que los problemas éticos más importantes de la profesión (y que son los temas fundamentales del curso: fidelidad, paternalismo, confidencialidad, conflictos de interés, elección de clientes, acceso a la justicia) no aparecen frecuentemente en la jurisprudencia disciplinar. Es importante discutir en clase posibles causas de esa disonancia (en el manual para alumnos ensayamos algunas).

Los tribunales de disciplina (y tomamos como modelo el Tribunal de Disciplina del CPACF) no suelen clasificar los casos de un modo muy comprensible, desde el punto de vista temático. Nosotros proponemos la siguiente clasificación (obviamente, el docente puede realizar su propia investigación y discutir críticamente esta clasificación):

- a. Defensa diligente.
- b. Deberes de estilo o dignidad profesional.
- c. Deberes de juego limpio hacia los colegas.

a) Defensa diligente

Bajo este rótulo englobamos el deber general del profesional de ofrecer un servicio eficiente desde el punto de vista técnico, dentro de las limitaciones razonables que existen en el ejercicio de la profesión. Tal como ocurre en general con el concepto de

diligencia (y su opuesto, negligencia), las conductas no diligentes recorren un posible gradiente que va desde leves descuidos hasta las conductas gravemente negligentes, y, en el límite, casos de daño o fraude intencional. Ofrecemos aquí los sub-temas que pueden discutirse. En el manual para estudiantes acompañamos el texto de los fallos que citamos. El docente puede recurrir a esos textos o realizar su propia búsqueda.

a. 1. Negligencia en el ejercicio de la defensa de los intereses del cliente

a.1.1. Falta de estrategia defensiva penal:

- “Rojas Molina” (CSJN, 1941): falta de estrategia defensiva.
- “Ríos” (Cámara Nacional de Casación Penal, 2004) y “Cajal (CSJN, 2010)”: limitando la responsabilidad por una mala estrategia defensiva.
- “Strickland v. Washington” (Corte Suprema de Estados Unidos, 1984): citado en “Cajal” aunque va en dirección opuesta.

a.1.2. Actitud pasiva en la audiencia de debate:

- “Romero, Alejo” (Tribunal Oral en lo Criminal Federal Número 1 de la Capital Federal): por no preguntar a testigos.

a.1.3. Fundamentación insuficiente de un recurso en un caso penal:

- “R. J. L y otros” (Cámara Federal de Apelaciones de La Plata).

a.1.4. No defender los derechos del cliente:

- “A. D. I.” (Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal).
- “G. R. R.” (Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal).
- “Dragotto” (Cámara Contencioso Administrativa de Primera Nominación de Córdoba).

a.1.5. Inacción del abogado durante el proceso:

- “G. E.” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal).
- “Hintz” (Cámara Contencioso Administrativa de Primera Nominación de Córdoba).

a.2. Incumplimiento de deberes de control

- “Fischetti” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal): por delegación indebida al propio cliente.
- “G., G. M.” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal): por falta de control de la inactividad del cliente.
- “F, C. G.” (Tribunal de Disciplina del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal): responsabilidad del abogado por las conductas de sus empleados.

a.3. Conductas fraudulentas

Aquí se trata de casos en los que la negligencia es tan grave que se convierte en una conducta fraudulenta. En general son casos de retención indebida de valores del cliente (ver art. 19.c) del código del CPACF):

- “V, N de V” (Tribunal de Disciplina del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal).
- “R, M. s/conducta” (Tribunal de Disciplina del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal).

a.4. Deber de atención personal

Casos referidos al art. 19.e del Código de Ética del CPACF (no delegación de casos a terceros):

- “J., S. T.” (Tribunal de Disciplina del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal).

b) Deberes de estilo o dignidad profesional

Estos deberes se refieren tanto a la conducta frente a los magistrados como a los colegas (arts. 22 y 14 del Código de Ética del CPACF). No es clara la justificación de estas normas. Es interesante discutir en clase cuál podría ser esa justificación y por qué los tribunales disciplinarios le otorgan una importancia comparativamente tan sustancial:

b.1. Falta de jerarquía o estilo frente a los magistrados

- “F., J. M. R. J.” (Tribunal de Disciplina del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal).
- “T. de T. G. D” (Tribunal de Disciplina del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal).

b.2. Falta de jerarquía o estilo frente a los colegas o la contraparte

- “A., J. M.” (Tribunal de Disciplina del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal).
- “L., R. s/conducta” (Tribunal de Disciplina del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal).

b.3. Alcance de los deberes de decoro

La cuestión aquí es si los deberes de decoro y buen comportamiento se restringen al ámbito de la actuación profesional o van más allá. Es interesante contraponer la jurisprudencia local con la estadounidense sobre este punto:

- “L., F. C.” (Tribunal de Disciplina de San Isidro): sostiene que los deberes se limitan al actuar profesional.
- “Díaz” (Cámara Contencioso Administrativa de Segunda Nominación de Córdoba).
- “Mustafa” (Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia): sostiene la posición contraria.
- “Peters” (Suprema Corte de Minnesota).

c) Deberes de juego limpio

Aunque no son denominados “deberes de juego limpio” por los códigos de ética, existen numerosas reglas disciplinarias que regulan los medios y las conductas a las que pueden recurrir los abogados para obtener clientes. Estas reglas consisten fundamentalmente en restricciones respecto del modo de captar clientes de otros abogados, así como respecto del modo de publicitar los servicios profesionales. Hemos clasificado estas reglas y los casos correspondientes del siguiente modo:

c.1. Captación de clientes de otros abogados

- “B.J.A.” (Tribunal de Ética del Colegio Público de Abogados de Tucumán): sobre el deber de dar aviso al colega que se está sustituyendo (art. 15 del Código de Colegio Público de Abogados de la Capital Federal).

- “G. del S., E. C.” (Tribunal de Ética del CPAFC): sostiene que no alcanza con que el cliente avise del cambio o incorporación de un abogado para que el nuevo abogado se libere de su deber de notificar.

c.2. Uso de gestores (art. 17 del Código del CPAFC)

- “F., M. E.” del 18 de abril de 2000 (Tribunal de Disciplina del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal).

c.3. Publicidad inadecuada (art. 10.f) del Código del CPACF)

La principal preocupación (o al menos la que revelan los fallos publicados) ha sido la de la publicidad que ofrece servicios de consulta gratuitos:

- “A.K, E. G.” (Tribunal de Disciplina del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal).
- “R., L. M.” (Tribunal de Disciplina del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal).

c.4. Arreglo directo con el adversario sin la intervención de su abogado (art. 15, tercer párrafo, del Código del CPACF)

- “M.P.” (Tribunal de Disciplina del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal).
- “Ramos Martínez” (Cámara Contencioso Administrativa de la segunda nominación, sobre una decisión del Tribunal de Disciplina de Córdoba).

4. Bibliografía y fuentes normativas y jurisprudenciales:

El material básico de esta Unidad es la normativa y la jurisprudencia, ambas cosas accesibles en internet. Agregamos, además, algunos datos bibliográficos sobre regulación.

1) Normativa disciplinaria

- Artículos 10 inciso f, 14, 15, 16, 17; 19, incisos a, c y e; 21 y 22 del Código de Ética del CPACF.
- Artículo 7 de la ley provincial 5233 (Profesión de Abogados y Procuradores) de Tucumán.
- Artículo 21, inciso 10 y 12 de la ley provincial 5805 (Ejercicio de la Profesión de Abogado y Colegiación Obligatoria) de Córdoba.

2) Jurisprudencia

- Página web del Tribunal de disciplina del CPACF:
http://www.cpacf.org.ar/inst_td.php
- Página web del Tribunal de ética del Colegio de Abogados de Tucumán:
<http://www.colegioabogadostuc.org.ar/institucional/tribunal-de-etica/>
- Campo, Gabriela y Miranda, Daniela Magalí (coordinadoras), *Ética en el ejercicio de la abogacía: Doctrina y jurisprudencia del Tribunal de Disciplina de Abogados de la Provincia de Córdoba*, Córdoba: Advocatus, 2017.
- Rosenkranz, Ofelia, Caivano, Roque, Mayer, Gisela, *Ética profesional de los abogados*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2017.

3) Bibliografía sobre la regulación de la profesión

- Garoupa, Nuno M., “Regulation of Professions in the US and Europe: A Comparative Analysis”, 2004. Disponible en : <http://ssrn.com/abstract=640502>

- Gerold, Lars, *The legal profession in Germany*, 2008. Disponible en: <http://www.osce.org/odihr/36304?download=true>.
- Goldfarb, Mauricio, “Integración de los regímenes locales y supranacionales de control del ejercicio profesional de la abogacía.” *SAIJ*, 7 de junio de 2016.
- Rhode, Deborah y Alice Woolley, “Comparative Perspectives on Lawyer Regulation: An Agenda for Reform in the United States and Canada,” 80 *Fordham L. Rev.* 2761, 2012. Disponible en: <http://ir.lawnet.fordham.edu/r/vol80/iss6/15>.
- Australia Office of the Legal Services Commissioner, *Regulation of the Legal Profession*, disponible en:
http://www.olsc.nsw.gov.au/olsc/olsc_education/lsc_lawregulate.html?s=1001.

5. Ejercicios con sugerencias para el docente

La ejercitación de esta Unidad consiste básicamente en discutir normativas y jurisprudencia. Sólo se proponen dos actividades posibles, que pueden orientar al docente para trabajar los contenidos de un modo práctico con los alumnos.

1) La regulación comparada

Se puede proponer a los estudiantes comparar la legislación vigente en torno a la responsabilidad profesional en dos o tres países a partir de una selección de variables que sigan las empleadas en los cuadros confeccionados en esta unidad del cuadernillo respecto de los organismos de control de ingreso, supervisión, disciplina y egreso de la profesión, por un lado, y las normas más concretas que establecen reglas de conducta, por otro lado. La lectura de normas concretas puede ser útil para que los estudiantes fijen los contenidos de la regulación vigente en la Ciudad de Buenos Aires también.

Además, la comparación de regulaciones puede dar lugar a un debate crítico sobre la sub-regulación de conductas previstas en la Ciudad de Buenos Aires, y el diseño

estructural del sistema de control profesional delegado sin límites y controles en un sistema de colegiación obligatoria a cargo de los propios regulados.

A este debate, se puede agregar el mapa de críticas a la regulación disciplinar contenido en el texto de Rhode y Wholley 2012.

2) Las regulaciones provinciales

Aquí proponemos replicar la estructura del ejercicio anterior pero para la comparación de regulaciones sub-nacionales de nuestro país a elección.

Unidad 6: Confidencialidad

1. Introducción

La confidencialidad es uno de los deberes más ampliamente reconocidos en el ejercicio profesional de la abogacía. Si bien se trata de un deber que goza de un consenso amplio, la confidencialidad es también uno de los que plantean más dificultades de interpretación.

Proponemos encarar el tratamiento del deber de confidencialidad con tres objetivos. Es conveniente explicitar estos objetivos brevemente a los alumnos:

- 1) Conocer la normativa disciplinaria. Esto incluye observar las diferencias y similitudes de varias de ellas.
- 2) Analizar las justificaciones del deber de confidencialidad y de su alcance.
- 3) Discutir una serie de casos difíciles, en los que se muestran conflictos entre el deber de confidencialidad y otros deberes.

Desde el punto de vista pedagógico, es conveniente comenzar directamente con la discusión preliminar de alguno de los casos (ver la sección “Casos y ejercicios” de esta unidad). Uno muy adecuado para esto (aunque no el único) es el caso “Spaulding”. El objetivo de esta discusión preliminar es testear las intuiciones de los estudiantes cuando son enfrentados a un caso controvertido, y motivarlos respecto del interés e importancia del problema.

2. La confidencialidad en los códigos

El deber de confidencialidad hacia el cliente aparece en diversos códigos y normativas legales de maneras diversas, en forma más o menos robusta, con más o menos excepciones, con mayor o menor alcance.

El docente debe tener a mano y mostrar esta normativa. Sugerimos optar por el código vigente en la jurisdicción en la que se desarrolla el curso (en el manual para estudiantes se usa el Código del CPACF y el de la Provincia de Buenos Aires), y compararlo con al menos dos códigos de otras jurisdicciones. Es útil comparar los códigos locales con las *Model Rules* de la American Bar Association (“ABA”), porque se trata de normativas muy diferentes: muy escueta la primera y muy detallada la segunda. También se puede usar el *Código de Deontología de los Abogados de la Unión Europea*.

Lo importante, al describir y comparar estas normas, es hacerlo críticamente: lagunas, incompletitudes, posibles contradicciones, etc. pueden ser detectadas y discutidas en clase.

El material de lectura para los estudiantes correspondiente a esta sección son los códigos de ética.

3. La justificación del deber de confidencialidad

El segundo núcleo temático de esta unidad es la justificación del deber de confidencialidad. La idea es que no es posible discutir casos difíciles sin conocer los argumentos que tratan de justificar este deber.

Utilizando la distinción estudiada en la Unidad 1, entre consecuencialismo y deontologismo, se distinguen esos dos tipos de fundamentación.

a) Argumentos consecuencialistas

Aquí los pasos de la exposición pueden ser los siguientes:

- a) Exponer el argumento consecuencialista básico: la confidencialidad genera confianza. La confianza genera una mejor representación. Y esto, en un sistema adversarial, genera mejores resultados en términos de justicia.
- b) Desafiar este argumento presentando el contra-argumento utilitarista de Jeremy Bentham. Versiones de este argumento se pueden encontrar en Luban 1988, pp. 189-192; y una discusión (y defensa) del argumento en Fischel 1998, p. 23. Para una crítica importante, se puede discutir la posición de Monroe Freedman (Freedman 1975).
- c) Una posibilidad que proponemos en el manual para estudiantes es profundizar el tratamiento de la posición consecuencialista a través de una discusión del argumento que Kenneth Kipnis desarrolla a favor de un deber muy robusto (casi absoluto) de confidencialidad, para el caso de la medicina. El argumento es fácilmente trasladable a la confidencialidad de los abogados (Kipnis 2006). El texto de Kipnis no está traducido al castellano.

b) Argumento basado en derechos

El docente también puede recorrer algunos argumentos no consecuencialistas a favor del deber de confidencialidad. En nuestro manual nos concentraremos en el argumento basado en el derecho a la defensa idónea del cliente.

4. Los límites del deber de confidencialidad. Casos difíciles

Por último, proponemos discutir algunos casos difíciles. En el manual agrupamos estos casos temáticamente en función del tipo de conflicto que presentan. Todos estos casos son reales y una descripción de ellos se encuentra en la sección siguiente de esta unidad:

- a. El conflicto entre el deber de confidencialidad y el deber de advertir a una potencial víctima de un delito violento: caso “Tarasoff”.

- b. El conflicto entre el deber de confidencialidad y el deber de informar a la otra parte que corre un riesgo serio de daño físico: caso “Spaulding”.
- c. El conflicto entre el deber de confidencialidad y el deber de para evitar que una persona inocente sea condenada a muchos años de prisión (cuando el culpable es el propio cliente): caso “Logan”.
- d. El conflicto entre el deber de confidencialidad y el deber de advertir a la comunidad de un riesgo de daño grave para muchas personas: caso “Posible derrumbe”.
- e. El conflicto entre el deber de confidencialidad y el derecho a demandar al propio representado por la violación de un derecho: caso “Hull vs. Celanese”.

No es necesario tratar todos los tipos de conflicto (tampoco pretendemos que éstos sean todos los tipos de conflicto posibles). El docente puede elegir algunos casos y trabajarlos en clase.

5. Bibliografía recomendada para el docente

A continuación, resumimos las recomendaciones bibliográficas para el docente. Se reiteran las ya mencionadas en cada sección y se agregan algunas adicionales. Los datos bibliográficos completos de estos textos se encuentran en la Bibliografía general.

1) La confidencialidad en los códigos

- Todos los códigos, tanto locales como de otros países son accesibles por internet. En el caso del Código del CPAFC, véase el art. 10.h), y en el de las *Model Rules* de la ABA, las reglas 1.6.
- Vance/Wallach 2003/4 (para la evolución de la normativa de la American Bar Association sobre confidencialidad)

- Freedman 1984 (para un análisis crítico de las reglas de confidencialidad de las *Model Rules* de la ABA)

2) La justificación del deber de confidencialidad

- Luban 1988, capítulos 9 y 10 (poseen una discusión general sobre el deber de confidencialidad desde una perspectiva crítica. El capítulo 10 trata este deber en el contexto corporativo).
- Para una discusión sobre el argumento de Bentham, véase Fischel 1998; Luban 1988.
- El argumento basado en derechos puede encontrarse en Luban 1988, cap. 9; Rhodes 1998.
- Freedman 1975 (para una defensa de un deber fuerte de confidencialidad).

3) Discusión de casos

- Cramton 1999; Cramton y Knowles (para el caso “Spaulding”).
- Belsey 2016; Joy y McMylligan 2008 (para el caso “Logan”).
- Luban 1988 (para el caso “Hull vs. Celanese”).

6. Bibliografía general

La siguiente lista contiene los textos citados y otros que pueden ser de utilidad para el docente:

- Bascuñán Rodríguez, Antonio, “Deber de Confidencialidad y Secreto Profesional del Abogado”, *Revista de Estudios de la Justicia*, número 15, 2011.
- Belsey, Adam, “When Innocence is Confidential: A New and Essential Exception to Attorney-Client Confidentiality”, *Santa Clara Law Review*, volumen 56, número 1, 2016.

- Cramton, Roger: "Lawyer Disclosure to prevent Death or Bodily Injury: a New Look at Spaulding v. Zimmerman", *Journal of the Institute for the Study of Legal Ethics*, volumen 2, pp. 160-181, 1999.
- Cramton, Roger y Knowles, Lori P., "Professional Secrecy and its Exceptions", *Minnesota Law Review*, volumen 83, número 1, 1998-1999.
- Fischel, Daniel R. "Lawyers and Confidentiality," *University of Chicago Law Review*, volumen 65, número 1, 1998.
- Freedman, Monroe H., *Lawyer's Ethics in an Adversary System*. Indianapolis: Bobbs-Merrill Company, 1970.
- Freedman, Monroe H., "The Traditional Relationship Between Lawyer and Client Should Be Retained in Ethical Rules", *American Bar Association Journal*, volumen 68 pp. 429-432.
- Freedman, Monroe H., "Lawyer-Client Confidences under the A.B.A. Rules: Ethical Rules without Ethical Reasons", *Criminal Justice Ethics*, volumen 3, 1984.
- Freedman, Monroe H., "The Buried Bodies Case: "Alive and Well after Thirty Years", *Professional Lawyer Symposium*, número 19, pp. 19-32, 2007.
- Fried, Charles, "The Lawyer as Friend: the Moral Foundation of the Lawyer-Client Relation", *Yale Law Journal* 85 (1976): 1060-1089
- Goldman, Alan H., "Confidentiality, Rules and Codes of Ethics", *Criminal Justice Ethics*, volumen 3, pp. 8-14, 1984.
- Joy, Peter y McMunigal, Kevin, "Confidentiality and Wrongful Incarceration", *Criminal Justice*, Volume, 23. Número 2, 2008.
- Kipnis, K., "A Defense of Unqualified Medical Confidentiality", *The American Journal of Bioethics*, volumen 6, número 2, 2006.
- Luban, David, "Client Confidences and Human Dignity", en Luban, David, *Lawyers and Justice: An Ethical Study*. Princeton: Princeton University Press, 1988.
- Luban, David "Corporate Counsel and Confidentiality", en Luban, David, *Lawyers and Justice: An Ethical Study*. Princeton: Princeton University Press, 1988.
- Perlman, Andrew M., "Untangling Ethics Theory from Attorney Conduct Rules: The Case of Inadvertent Disclosure", *George Mason Law Review*, volumen 13, número 4, 2005.
- Rhode, Deborah L., *Professional Responsibility: Ethics by the Pervasive Method*, segunda edición, Nueva York: Aspen Publishers, 1998.
- Spaulding, Norman W., "Reinterpreting Professional Identity", *Colorado Law Review*, volumen 74, número 1, 2003
- Stevenson, Dru, "Against Confidentiality", *UC Davis Law Review*, volumen 48, número 1, 2014.
- Tibbles, Lawrence: "The Case of the Buried Bodies: Legal Ethics and What It Means to Be a Lawyer", *Columbus Bar Lawyers Quarterly*, verano, 2008.
- Vance, Amanda y Wallach, Randi, "Updating Confidentiality: An Overview of the Recent Changes to Model Rule 1.6", *Georgetown Journal of Legal Ethics*, volumen 13, 2003-2004.
- Zacharias, Fred C., "Rethinking Confidentiality", *Iowa Law Review*, volumen 74, 1988.

7. Casos y ejercicios con sugerencias para el docente.

A continuación se presentan casos y ejercicios para el tratamiento de esta unidad. En los casos reales, el docente puede acceder a las fuentes indicadas para obtener mayor detalle.

1) Caso Tarasoff¹⁹

Se trata de un caso muy relevante para la ética médica, pero sus hechos y conclusiones son trasladables a la abogacía:

El caso involucra a Prosenjit Poddar, un estudiante de la Universidad de California en Berkeley, y Tatiana Tarasoff. Poddar y Tarasoff salieron un tiempo después de conocerse en una clase de baile de la universidad durante el otoño de 1968. Poddar creía que la relación era seria. Poddar le confiesa sus sentimientos a Tarasoff y Tarasoff le revela que estaba viendo al mismo tiempo a otros hombres y que no deseaba tener una relación íntima con Poddar.

La ruptura con Tarasoff genera en Poddar una crisis emocional y sentimientos de resentimiento hacia Tarasoff. Poddar comienza a sufrir depresión. Además, empieza a acosar a Tarasoff.

A comienzos de 1969, después de haber presentado una leve mejoría, Poddar le confiesa a su psicólogo, Lawrence Moore, del Cowell Memorial Hospital de la Universidad de Berkeley, sus intenciones de matar a Tarasoff. Moore le pide a la policía del campus que detengan a Poddar porque consideraba que sufría de esquizofrenia paranoide severa. También recomienda que sea enviado a tratamiento. Poddar es detenido, pero liberado por parecer racional. El superior de Moore, Harvey Powelson, ordena que Poddar no sea sujeto a otra detención.

En octubre de 1969, después de que Tarasoff volviera de un viaje por Sudamérica y Poddar dejara de visitar a su psicólogo, Poddar acuchilla y mata a Tarasoff. Ni Tarasoff ni su familia habían recibido ningún aviso de la amenaza que suponía Poddar para Tarasoff.

En 1974, Poddar, acusado de homicidio, es absuelto por la Corte Suprema de California por las instrucciones inadecuadas que se le había dado al jurado. Un nuevo juicio se inicia, pero esta vez contra la administración de la Universidad de California, por considerar que los profesionales que atendieron a Poddar tenían el deber de advertir a Tarasoff y su familia de la amenaza.

La Corte Suprema de California le da la razón a la familia de Tarasoff. La Corte sostiene que los psicoterapeutas tienen un deber no sólo con sus pacientes, sino también con aquellos individuos que pueden estar amenazados por un paciente. El juez Tobriner, que

¹⁹ Una versión ampliada de los hechos del caso puede encontrarse en la sentencia de la Corte Suprema de California, de febrero de 1974, "People v. Poddar" (518 P.2d 342).

escribió la opinión de la mayoría, sostiene: “Concluimos que una política pública que favorece la protección de la confidencialidad de la relación paciente-psicoterapeuta debe ceder en tanto la revelación de la información es esencial para impedir el peligro a terceros. El privilegio de protección cede cuando comienza el peligro a terceros”.²⁰

2) *El caso Spaulding*²¹

Los hechos sucedieron en Minnesota, en 1957. David Spaulding, un joven de 20 años (legalmente menor de edad en ese momento), se encontraba en un automóvil conducido por John Zimmerman. Zimmerman chocó su vehículo con el de Florian Ledermann. Este choque le produjo a Spaulding lesiones graves: clavículas rotas, contusión cerebral y opresión en el pecho. El padre de Spaulding presentó una demanda por daños contra Zimmerman y Ledermann por las lesiones de su hijo. La compañía de seguros de Zimmerman contrató a Norman V. Arveson y la compañía de seguros de Ledermann contrató Chester G. Rosengren, ambos abogados experimentados. Por otro lado, Spaulding fue representado por Richard A. Roberts, un abogado novato en el inicio de su carrera.

Antes del juicio, un médico contratado por los abogados de la defensa, el Dr. Hannah, descubrió que Spaulding tenía un aneurisma de aorta y que este aneurisma era producto, muy probablemente, del choque. Además, Spaulding podía morir por esta causa. Los tres médicos (el médico de la familia, un traumatólogo y un neurólogo) que contrató Spaulding, por otro lado, no hallaron el aneurisma.

Durante la mediación, la defensa no reveló la información sobre el aneurisma a Spaulding. El tribunal aprobó un acuerdo 6.500 dólares.

Dos años después, David Spaulding, gracias a una revisación para entrar en el ejército, descubrió que tenía el aneurisma. Por esa razón, fue sometido a una operación, por la cual quedó con severas y permanentes dificultades para el habla.

A raíz de esto, Spaulding presentó otra demanda en la que reclamó al tribunal que anule el acuerdo al que habían llegados años antes, con el argumento de que, de haber sabido que tenía ese aneurisma, no habría aceptado el arreglo de 6.500 dólares. Spaulding argumentó que no revelar la información fue un encubrimiento fraudulento en detrimento de Spaulding y el tribunal. El tribunal anuló el acuerdo. Sin embargo, afirmó que los abogados de la defensa no tenían una obligación ética de revelar la información sobre la aneurisma. El derecho estadual del Estado de Minnesota le permitía a un tribunal, según su discreción, dejar sin efecto un arreglo extrajudicial cuando se trataba de lesiones a menores, si el arreglo extrajudicial no reflejaba fielmente las lesiones del menor. Según el tribunal, los abogados de Zimmerman deberían haber previsto que el tribunal podía ejercer esa discreción.

²⁰ Corte Suprema de California, 1 de julio de 1976 (17. CAL. 3D 425)

²¹ Una lectura más amplia y extensa de los hechos del caso “Spaulding” léase en Cramton, Roger C., y Knowles, Lori P., “Professional Secrecy and Its Exceptions: *Spaulding v. Zimmerman Revisited*”, Minnesota Law Review, volumen 83, pp. 63-127.

Los abogados de la defensa apelaron. La Suprema Corte de Minnesota confirmó la decisión, sobre la base de que, si Spaulding hubiese tomado conocimiento sobre el aneurisma, no habría estado de acuerdo con el arreglo.²²

3) *El caso Logan*²³

En enero de 1982, en un restaurante de McDonald's al sur de Chicago, dos hombres negros en un intento de robo con armas de fuego mataron a Loyd Wickliffe e hirieron a Alvin Thomson, ambos guardias de seguridad.

Al mes, Alton Logan y Edgar Hope Jr., fueron arrestados por el homicidio de Wickliffe y por tentativa de homicidio de Thomson. Sin embargo, Logan no participó del robo. Tres testigos erróneamente identificaron a Logan como el compañero de Hope, que sí había participado. Hope fue condenado a pena de muerte y Logan a prisión perpetua.

Una semana más tarde es arrestado Andrew Wilson por el homicidio de dos policías. Wilson le cuenta a su abogado, Marc Miller, que él había cometido los delitos en el McDonald's junto con Hope, y no Logan. Miller les cuenta esta información a los defensores oficiales de Wilson, Dale Coventry y Jamie Kuntz. Wilson les confiesa a Coventry y Kuntz haber cometido los delitos, pero tanto Coventry y Kuntz creían que esta información estaba alcanzada por el privilegio abogado-cliente ya que Wilson no les dio permiso a revelar su confesión. Lo máximo que pudieron conseguir de Wilson fue su consentimiento de que la verdad fuera revelada sólo luego de su muerte.

Coventry y Kuntz firmaron un acta notarial que decía: "he obtenido a través de fuentes alcanzadas por el privilegio que un hombre llamado Alton Logan que ha sido acusado de matar a Loyd Wickliffe aproximadamente el día de 11 de enero de 1982 es de hecho no responsable de esa muerte y de hecho otra persona es responsable". Dejaron esta acta en sobre sellado con la idea de que, cuando fuera revelada la verdad, el contenido sería más creíble si estaba respaldada por este documento. Cuando Wilson murió de causas naturales, Harold Winston, el defensor público de Logan entonces, contactó Coventry y Kuntz porque estaba al tanto de rumores sobre que tenían información que probaba que Logan no había participado del robo. Llamados a declarar, Coventry y Kuntz revelaron lo que Wilson les había confesado ante un tribunal en lo penal. Cinco meses después, Alton Logan quedó en libertad. Fue el 18 de abril de 2008, por lo que Logan pasó más de un cuarto de siglo privado de su libertad por un delito que no cometió.

En una entrevista a la cadena de noticias CBS, Coventry sostuvo que, de haber presentado la confesión de Wilson antes de que Logan fuese condenado, hubiese servido de poco porque la confesión habría sido rechazada como prueba por violar el privilegio abogado-cliente.

²² La decisión de la Corte Suprema de Minnesota puede leerse en <http://law.justia.com/cases/minnesota/supreme-court/1962/38-526.html>

²³ Una versión ampliada de los hechos del caso puede leerse en Belsey 2016, pp. 149-153. Véase también Joy y McMunigal 2008.

- 4) *El caso del “possible derrumbe”* [consulta realizada a la Comisión sobre Responsabilidad y Conducta profesional de la barra (es decir el Colegio de Abogados) del Estado de California (de ahora en más, “la Comisión”)]²⁴

La Comisión analizó si un abogado podía, según el artículo 6068 (e)²⁵ del Código de Negocios y Profesiones de California, revelar a terceros la opinión de un experto referida a una cuestión en litigio. En particular, la Comisión se refirió a si un estudio de abogados tenía el deber de no revelar el informe de un ingeniero a otras personas que no sean sus clientes. Los abogados habían sido contratados en un asunto referido a un edificio de su propiedad. El ingeniero contratado por el estudio produjo un informe que sugería que la estructura de la propiedad podía ser inestable en un eventual terremoto. En su informe, la Comisión asumió que existía la posibilidad de que otras personas (los inquilinos) además del cliente pudieran sufrir daños a su propiedad o lesiones físicas si el informe es correcto y el terremoto daña la estructura.

Los abogados del estudio le advirtieron al cliente sobre el informe y le aconsejaron notificar a los posibles damnificados sobre el contenido del informe. El cliente, en respuesta, les dio a los abogados una opinión opuesta de otro ingeniero. Les ordenó a los abogados que no tomaran otra acción respecto a las cuestiones de ingeniería y que cancelaran cualquier trabajo que quede por hacer por parte del ingeniero.

La Comisión dictaminó que, dado que existían dudas sobre si la opinión del ingeniero era correcta, no se trataba de un caso en el que, más allá de toda duda razonable, existía un riesgo significativo e inmediato de que se produjera una lesión física grave a un individuo a menos que divulgara la información confidencial. La Comisión sostuvo que, dados estos hechos, los abogados no deben revelar el informe a otras personas. Si los abogados consideran que la actitud del cliente les resulta repugnante, deben renunciar a su patrocinio o, si no renuncian, enfrentar la posibilidad de ser responsabilizados por los daños a terceros en caso de que el informe del ingeniero sea correcto. Sin embargo, incluso si renuncian al patrocinio, los abogados siguen obligados a no revelar el informe, ya que se encuentran alcanzados por el artículo 6068(e). La confidencialidad, dijo la Comisión, es necesaria para crear una relación especial de confianza entre el abogado y el cliente. Según la Comisión, “es esencial para el correcto funcionamiento del sistema legal en este Estado que cada persona pueda confiar libre y completamente en sus abogados sin riesgo de que los abogados utilicen las confidencias y secretos de los que hayan tomado conocimiento en el

²⁴ Opinión número 1981-5

²⁵ El artículo establece:

6068. Es un deber de un abogado hacer todo lo siguiente:

(e) (1) Preservar la inviolabilidad de la confidencialidad e incluso ante cualquier peligro hacia su persona preservar los secretos de su cliente.

(2) No obstante lo previsto en el párrafo (1), un abogado no está obligado pero puede revelar información relacionada al patrocinio de un cliente en tanto el abogado razonablemente cree que la divulgación de esa información es necesaria para prevenir un acto delictivo que el abogado razonablemente cree que es probable que cause la muerte o una lesión física significativa a un individuo.

contexto del patrocinio [...]. Si nuestra conclusión fuese otra que la expresada en esta opinión, tememos que la confianza de las personas en la integridad de los abogados se verá dañada. Si, por razones que perciben como de bien mayor, los abogados se consideran libres de divulgar información que sea perjudicial para el cliente y la cual fue obtenida sólo porque los abogados fueron contratados por el cliente, la relación entre la profesión legal y aquellos que buscan nuestros servicios se vería dañada”.

La Comisión sostuvo que los abogados se encuentran en un dilema entre obligaciones morales y profesionales: “Los abogados en cuestión se encuentran en una difícil posición. Moralmente, quieren advertir a los terceros de los potenciales peligros. Personalmente, pueden querer protegerse de futuros reclamos. Profesionalmente, sin embargo, los estándares de la ética profesional y el Código de Negocios y Profesiones de California 6068(e) requieren que la responsabilidad principal del abogado sea preservar su lealtad con su cliente y proteger su secreto. Este deber en última instancia quizás no cubra a los abogados de reclamos de terceras partes, pero su deber es salvaguardar los secretos del cliente sin importar los riesgos que corran”.

5) El caso de Donata Delulio (Hull vs. Celanese)

Este caso es complejo y combina el problema de la confidencialidad con el de conflictos de intereses. Quizá sólo pueda ser tratado en clase luego de estudiar también la unidad siguiente:

En el caso “Hull v. Celanese Corporation”, resuelto en por la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de Estados Unidos el 26 de marzo de 1975,²⁶ Donata Delulio se une a una demanda a la compañía Celanese por daños causados por la discriminación con base en el género de la compañía. Según la demanda, la discriminación se manifestaba en toda la compañía: en las contrataciones, ascensos, transferencias, salarios y aumentos, los programas de capacitación y educación y las relaciones públicas.

La demanda fue iniciada en 1973 por Joan Hull, otra empleada de Celanese. Se basaba en la Título VII de la “Civil Rights Act” de 1964, que prohíbe la discriminación laboral basada, entre otras características, en el género.

Delulio también era empleada de Celanese. Trabajaba en el departamento de legales de la empresa desde 1972. De hecho, Delulio había trabajado en el caso “Hull” durante los primeros seis meses de iniciada la demanda. Delulio conoció a Hull en septiembre de 1973 y dos meses después decide sumarse a la demanda a través del estudio de abogados Rabinowitz, Boudin & Standard (“Rabinowitz”).

Como abogada de Celanese, Delulio “estudió las regulaciones de la Comisión de Igualdad de Oportunidades Laborales, sus procedimientos y la legislación sobre discriminación con

²⁶ La decisión de la Corte de Apelaciones puede encontrarse en <http://openjurist.org/513/f2d/568/hull-v-celanese-corporation>.

base en el género en general...”. Además, Delulio declaró haber “[obtenido] información específica del departamento de recursos humanos de la división encargada de los salarios y contrataciones...”. Delulio también obtuvo otra información de la práctica de contrataciones de la empresa que no podría haber obtenido de no haber sido la abogada de la empresa.²⁷ En consecuencia, Celanese se opuso a la intervención de Rabinowitz en el caso y pidió que sea apartado de la causa.

La particularidad del caso es que, si bien existen casos de abogados que cambian de bando (del equipo de abogados de la defensa al equipo de abogados de la parte actora y viceversa), y que claramente violan normas de ética profesional por ello, este caso trata sobre una abogada defensora que pasa a ser *la parte* actora. Rabinowitz, a diferencia de Delulio, jamás trabajó con Celanese.

Delulio, a pesar de ser amiga de Hull y de otros actores de la demanda, afirmó que jamás reveló información confidencial.

Después de que la Comisión de Ética Judicial y Profesional del *bar* (Colegio) de la Ciudad de Nueva York le recomendara a Delulio que no se presentase en la demanda original ni se presentase en una demanda autónoma, la cuestión fue judicializada ante los tribunales de Nueva York.

Tanto la primera instancia como la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de Estados Unidos resolvieron el caso sobre la base de canon 9 del Código de Conducta Profesional para abogados de Nueva York.²⁸ El canon 9, vigente en el Código actual, establece: “Un abogado debe evitar inclusive la apariencia de irregularidad”.

La Corte de Apelaciones decidió confirmar la decisión de primera instancia y apartó Rabinowitz de la demanda. Si bien Rabinowitz le pidió expresamente a Delulio que no revelara información confidencial, tomó las precauciones necesarias para que esto no sucediera y aseguró no haber recibido información confidencial directa o indirectamente, esto no fue suficiente. La Corte de Apelaciones valoró los esfuerzos de Rabinowitz para evitar recibir información confidencial, pero esos esfuerzos ignoraron el espíritu del canon 9. Si Delulio se hubiese unido al estudio como abogada de Hull, debería haber sido apartada. En este caso, dice la Corte de Apelaciones, se unió como cliente, pero la relación no es menos dañina para evitar la apariencia de irregularidad que si se hubiese unido como abogada.

La Corte de Apelaciones aclaró que la decisión no debe ser interpretada de manera tal que se le niegue a Hull o a Delulio la posibilidad de satisfacer su reclamo por discriminación

²⁷ Las citas son de la decisión de la Corte de Distrito de Nueva York, que funciona como la primera instancia judicial. La resolución puede encontrarse en <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/375/922/1669594/>

²⁸ El Código de Nueva York se divide en cánones que explican los conceptos más generales del Código y reglas específicas para situaciones en los que se viola ese principio general.

laboral basada en el género. La decisión sólo tiene el efecto de excluir a Rabinowitz como abogado de las actoras. Delulio puede iniciar su propia demanda.²⁹

Si bien es cierto que Rabinowitz fue el estudio elegido por Hull para impulsar la demanda, la Corte de Apelaciones considera que “[l]a preservación de la confianza tanto en una administración de justicia escrupulosa y en la integridad del colegio (*bar*) es primordial. Son claramente importantes el derecho de Hull a un abogado de su elección y las consideraciones de economía procesal de juzgar la validez de ambas acciones en una sola demanda. Sin embargo, ambas consideraciones deben ceder a las consideraciones éticas que subyacen a la propia integridad del proceso judicial”.

6) Las niñas del jardín [ejercicio con preguntas]

Leandro Bustamente es un abogado penalista. Ha dedicado gran parte de su carrera a la defensa de acusados por delitos contra la vida y la propiedad. Bustamente cree que una parte fundamental de su trabajo es generar confianza con los clientes. “Quiero que me cuenten todo”, les dice ni bien comienza su relación con los nuevos clientes.

Unos sus últimos clientes fue Mario, acusado de homicidio agravado. Se lo acusa de asesinar y violar a una niña de 14 años. Esto ha generado una gran exposición para Bustamente, que ha tenido que defender ante los medios a su cliente y, en muchas ocasiones, justificar por qué ha tomado el caso. Adicionalmente, a Bustamente el caso le ha generado un estrés adicional después de la entrevista inicial. Mario le contó más que todo lo que Bustamante se había imaginado:

“Bueno sí, fui yo. La maté y la violé a la chica. Escuche, también maté a otras dos. ¿Es posible hacer como en las películas? Eso de que se negocia la pena si confieso que me mandé otra. Hasta puedo mostrar dónde las tengo enterradas. Es fácil: en mi jardín”.

Bustamante quedó helado. Siempre sus clientes confesaban, más temprano que tarde, el haber cometido algún delito. Sin embargo, jamás uno de sus clientes le confesó un delito por el cual no era investigado. La confesión era particularmente perturbadora porque Mario también le reveló la identidad de las víctimas: eran Luciana y Lucía Fernandez, quienes estaban desaparecidas desde hacía ocho años.

Lo primero que hizo Bustamante, después de informarle a Mario que había visto demasiadas películas y que esas negociaciones no eran una práctica legal en Argentina para casos tan graves, fue revisar qué decía el Código de Ética del colegio de abogados en el cual estaba matriculado. El Código establecía: “Un abogado no debe revelar información confidencial o un secreto de su cliente [...] excepto que revelar la información o el secreto sean necesarios para prevenir un delito”. Invadido por la culpa, Bustamente comprendió

²⁹ Algo que no aclara la Corte de Apelaciones es cómo iniciar una demanda autónoma que no violaría el canon 9. Delulio seguiría teniendo información confidencial y podría compartirla con sus nuevos abogados o abogadas.

que, según las normas del ejercicio de la profesión, no debía revelar el paradero de las víctimas, ya que el delito se había consumado.

El caso tuvo un desenlace inesperado. A la pocas semanas de que la causa se elevara a juicio oral, Mario, invadido quizás por la posibilidad cierta de condena, se suicidó en la celda en la que se encontraba en prisión preventiva. Bustamante respira aliviado. Cree firmemente que la relación cliente-abogado acabó con la muerte de Mario. “Si el cliente no existe, el deber tampoco”, pensó Bustamante.

A las pocas semanas del suicidio de Mario, Bustamente fue a la comisaría más cercana y reveló el paradero de los cuerpos.

Días después de desenterrar los cuerpos del jardín de Mario, los medios se encuentran divididos: ¿era Bustamente un héroe o un villano? Él estaba satisfecho: por fin pudo dormir en paz.

Preguntas:

1) ¿Cuál es el fundamento del deber de confidencialidad?

Sugerencias para el docente: El docente puede conducir la discusión sobre las justificaciones consecuencialistas y no consecuencialistas del deber de confidencialidad.

2) ¿Debe un código de ética contemplar una amplia variedad de excepciones al deber de confidencialidad?

Sugerencias para el docente: El docente puede recordar que el Código de Ética del CPACF presenta un deber de confidencialidad casi absoluto, mientras que otros códigos o normas, como las *Model Rules* de la ABA contemplan más excepciones. En esta pregunta, el docente puede esperar alguna variedad de opiniones de los alumnos, ya que no es claro qué excepciones deben existir al deber de confidencialidad.

3) ¿Violó Bustamante el deber de confidencialidad? ¿Es relevante que su cliente haya muerto?

Sugerencias para el docente: El docente debe dejar en claro que la muerte no es una excepción al deber de confidencialidad en el Código de Ética del CPACF ni en las *Model Rules*. Hay buenas razones para que el deber de confidencialidad persista incluso después de la muerte del cliente. En el caso “Swindler & Berlin”, la Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo que el deber de confidencialidad debe continuar después de la muerte del cliente porque, de lo contrario, un cliente puede verse disuadido de contarle al abogado toda la información que pueda ser relevante.

- 4) Considera y discute las siguientes variantes al caso:
- Mario le confiesa que tiene como rehenes a sus víctimas, pero no le confiesa si tiene la intención de matarlas.
 - Mario no le confiesa que cometió un delito, pero sí le cuenta sus planes para secuestrar, violar y asesinar a otras niñas.
 - Mario confiesa que cometió un delito por el cual ya han condenado a la pena de prisión a un inocente (ver caso Logan).
 - Mario es condenado (no se suicida), le conceden salidas transitorias, pero Bustamente sabe, a través del psiquiatra personal de Mario, que es un peligro para sí mismo y para los demás, pero no le ha expresado a Bustamente su intención de cometer un nuevo delito.

Sugerencias para el docente: Claramente, distintas normas o códigos de ética responderán de forma distinta a cada una de las variantes. El docente puede tomar dos o tres normas éticas y ver cómo cada una resuelve cada variante del caso. El docente también puede preguntar a los alumnos, en los casos en los que un código de ética no presenta como excepción al deber de confidencialidad a una de las variantes, si ese código no debería presentar a esa variante como una excepción.

7) *Tostadoras explosivas*³⁰ [ejercicio con preguntas]

La empresa de electrodomésticos argentina “Amarcord” ha diseñado la última tostadora de su famosa línea de tostadora “Magic”. Se trata de la Tostadora “Magic 3000”. Los directivos de la empresa están convencidos de que será un éxito y les permitirá continuar su establecido dominio en el mercado de las tostadoras. La particularidad de la Magic 3000 es que es capaz de tostar el pan dos veces más rápido que el resto de las tostadoras del mercado. Sería la tostadora ideal, sino fuese por un defecto: la tostadora es una bomba.

Los ingenieros de Amarcord se encontraron con el problema de que la única manera de producir una tostadora más veloz era elevando la temperatura que la tostadora podía alcanzar. La temperatura que puede alcanzar una tostadora está estrictamente reglamentada por la Subsecretaría de Control de Electrodomésticos del Ministerio de Producción. El Ministerio establece que las tostadoras deben alcanzar una temperatura máxima de cinco grados. Las nuevas tostadoras de Amarcord alcanzaban una temperatura de ocho grados.

En las pruebas, los ingenieros de Amarcord comprobaron que había una buena razón para limitar la temperatura. Una de cada cien tostadoras, al alcanzar los ocho grados de

³⁰ Adaptado de los hechos de “Grimshaw v. Ford Motor Company”, resuelto por la Corte de Apelaciones de California en 1981,

temperatura, explotaba. La explosión podía causar alguna lesión leve, pero ningún daño físico irreparable. El mayor daño era la completa inutilidad de la tostadora luego de la explosión.

Cuando los ingenieros les presentaron los resultados a los directivos de Amarcord, éstos decidieron no frenar la producción de la Magic 3000. La competencia de Amarcord, la cadena “Strada”, estaba a punto de lanzar su nueva tostadora. Si Amarcord tuviese que diseñar y producir una tostadora de nuevo, para cuando se lance al mercado Strada ya habrá captado todo el mercado que históricamente dominó Amarcord.

Los directivos decidieron que el problema de la Magic 300 sea un secreto, especialmente para los abogados de la empresa. Los directivos pensaban que los abogados tenían el deber de denunciar estos casos, lo que causaría un tremendo daño a la reputación de la empresa y, obviamente, a las ventas de las tostadoras.

Una de las abogadas de Amarcord, Melisa Castro, es consultada a la salida de la empresa por Mario, uno de los ingenieros, con quien Castro tenía una relación de amistad hace varios años. Mario, preocupado por creer haber creado un arma mortal, le consulta a Castro, pensando que estaba al tanto de los problemas de la tostadora, si había cometido un delito. Castro, sorprendida con que los directivos de la empresa no le hayan contado sobre los problemas de la tostadora, le dice brevemente al ingeniero “que lo pensará en mayor profundidad” y le dará una respuesta.

Castro espera varios días, pero no para darle una respuesta a Mario, sino para considerar si debía denunciar a las autoridades sobre los problemas de la Magic 3000. Durante, estas semanas, Mario se le acerca en varias oportunidades a Castro para preguntarle si ya tenía una respuesta a su problema. Castro le admite que no tuvo tiempo para pensarla (de hecho, Castro se encontraba tan agobiada por la situación que ni siquiera logró acordarse de la consulta de Mario). Mario le pide que le dé una respuesta corta para calmarlo. Castro le dije a Mario que como no se trataba de un cliente, sino de un amigo al que le hacía un favor, no podía dedicarle mucho tiempo a su consulta, pero creía que, en principio, no había cometido delito alguno. “Quedate tranquilo”, le aseguro.

Finalmente, después de pensarla seriamente durante una semana, Castro decide presentar una denuncia penal por los defectos Magic 3000 en una fiscalía. El juicio es realizado en contra de los directivos de la empresa y de los ingenieros (incluyendo Mario), pero son todos absueltos por considerar que vender un producto que puede fallar en muy pocas ocasiones no es delito. Castro es despedida y se le inicia un proceso disciplinario ante el tribunal de disciplina de su jurisdicción.

Notas y preguntas:

- 1) Sobre la cuestión de si Castro le debe confidencialidad a Mario, el docente puede tomar en cuenta el caso “Togstad v. Vesely”, de la Corte Suprema de Minnesota.³¹ Allí el tribunal sostuvo que no es necesario que exista una contratación formal de un abogado para que exista una relación abogado-cliente. En ese caso, una mera consulta a un abogado, sin que existiera contratación posterior, alcanzó para que el abogado pueda ser demandado por negligencia en su profesión. El fundamento de la Corte de Minnesota es que el núcleo de la relación abogado-cliente es que el abogado aconseje a una persona que cree que adecuará su comportamiento a los consejos que el abogado ofrezca.
- 2) Teniendo en cuenta lo resuelto en “Togstad”, ¿tenía Castro un deber de confidencialidad con Mario?

Sugerencias para el docente: Esta pregunta es relevante para determinar en qué momento el abogado tiene un deber de confidencialidad con su cliente. Es importante saber cuándo comienza una relación abogado-cliente para que el abogado sepa desde cuándo debe guardar secreto sobre lo que le cuenta el cliente. Si no hay relación abogado-cliente, no hay un deber especial de guardar secreto. El docente debe girar la discusión a si se puede decir que Castro tenía una relación abogado-cliente. El docente también puede presentar el caso “Togstad” con más detalle y preguntarle a los alumnos si están de acuerdo con la decisión.

- 3) En los casos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Rossi” (fallos 332:2659) y “Pedro Palacios” (fallos 59:339) la Corte limitó el alcance del deber de confidencialidad. Según la Corte, el deber de confidencialidad no se aplica cuando los abogados no actúan en el ejercicio de su profesión. Por ejemplo, cuando un abogado le aconseja a una persona cómo actuar respecto a una cuestión legal por la amistad que los une.
- 4) ¿Es pertinente limitar el deber de confidencialidad sólo a los casos en los que el abogado actúa en el ejercicio de su profesión? Imagínese el caso de la medicina, ¿podría un médico revelar que una persona padece de VIH si esta persona le comenta al médico porque es su amigo y no porque se trata de su médico? ¿No presenta el caso de

³¹ Corte Suprema de Minnesota, 11 de abril de 1980 (291 N.W.2d 686)

las tostadoras una buena razón para que el deber de confidencialidad se extienda tanto a clientes como a no clientes?

Sugerencias para el docente: Esta es una pregunta abierta. El docente puede recordar a los alumnos los fundamentos del deber de confidencialidad. El docente puede pedir a los alumnos que analicen si, bajo esos fundamentos, tiene sentido limitar el deber de confidencialidad como lo hace la jurisprudencia de la Corte.

5) La información que un abogado obtiene por terceros y no por su cliente, ¿se encuentra alcanzada por el deber de confidencialidad? ¿Era la consulta de Mario una información protegida por el secreto profesional?

Sugerencias para el docente: En esta pregunta el docente puede orientar la discusión nuevamente sobre los fundamentos del deber de confidencialidad.

6) ¿Violó Castro el secreto profesional? ¿Y respecto de quién?

Sugerencias para el docente: Castro pudo haber violado el deber de confidencialidad con la compañía y con Mario. En esta pregunta, el docente puede hacer un repaso de las otras respuestas a las preguntas anteriores ya que, según la respuesta que cada alumno tenga a cada una de las respuestas anteriores, su respuesta a esta última pregunta variaría. Primero, dependerá de si el alumno cree que la información que provenga de un tercero a la relación abogado-cliente se encuentra protegida por el deber de confidencialidad (la pregunta 3)). Si el alumno cree que la información que le da Mario a Castro no está protegida por el deber de confidencialidad, no hay violación del deber de confidencialidad con la compañía. En segundo lugar, dependerá de si el alumno cree que la relación que mantiene Castro con Mario es una relación abogado-cliente. Si la relación entre Mario y Castro no es una relación abogado-cliente, Castro no viola el deber de confidencialidad con Mario.

8) *El mejor interés del cliente* [ejercicio con preguntas]

En el caso “Hawkins”, resuelto por la Corte de Apelaciones del Estado de Washington (EEUU) en 1979,³² el abogado Richard Sanders fue designado por el tribunal para

³² “Hawkins v. King County”, 24 Wn. App. 338.

representar a Michael Hawkins, que se encontraba en prisión por posesión de marihuana.³³ Hawkins le comenta a Sanders su deseo de ser liberado.

Durante la representación de Hawkins, Sanders es informado de que Hawkins puede ser peligroso. Palmer Smith, el abogado contratado por la madre de Hawkins, Frances Hawkins, le informó, y se lo reiteró por correspondencia, que Hawkins padecía una enfermedad psicológica y era peligroso. Asimismo, Elwood Jones, psiquiatra de Hawkins, llamó y escribió a Sanders advirtiéndole que Hawkins era un peligro para los que lo rodeaban y para sí mismo.

Un juez de distrito libera a Hawkins bajo fianza. En la audiencia, Sanders no menciona la enfermedad de Hawkins ni su peligrosidad. Tampoco Sanders revela esta información sobre Hawkins después de su liberación.

Apenas ocho días después de su liberación, Hawkins ataca a su madre y se tira de un puente, con la intención de suicidarse. Fracasa: vive y sus dos piernas son amputadas. Hawkins, a través de un curador, y su madre inician una acción de daños perjuicios contra Sanders.

Preguntas

- 1) La Corte de Apelaciones resolvió que Hawkins no tenía el deber de revelar la información psiquiátrica de Hawkins. La Corte de Apelaciones se basó en que Sanders actuó a favor de los intereses de su cliente. De revelar la información, Hawkins no podría haber salido en libertad. Sin embargo, ¿quién debe definir cuáles es el interés del cliente? ¿El abogado o el cliente?
- 2) Según Charles Fried, un abogado debe actuar como un amigo. Una persona tiene una mayor consideración de los intereses de sus amigos que con cualquier otra persona ordinaria.³⁴ Si el rol del abogado es equivalente al rol de un amigo, ¿Sanders no debería haber considerado que el interés que debería haber protegido era el de integridad física de Hawkins y su madre?

Sugerencias para el docente: Tanto la pregunta 1 como la 2 se remontan al capítulo 3 y la discusión sobre el paternalismo en la relación-abogado cliente. El docente podría recordar esa discusión para responder a estas preguntas.

- 3) ¿Es posible aplicar la solución de “Tarasoff” en este caso?

³³ En Estados Unidos, los tribunales pueden asignar a abogados privados casos en los que estén involucrados acusados pobres que no pueden pagar un abogado. No son lo mismo que un defensor público.

³⁴ Fried, 1976, pp. 1066-1067.

Sugerencias para el docente: El docente puede aclarar una diferencia importante en ambos casos: mientras que en Tarasoff la víctima desconocía que Poddar era peligroso, la madre de Hawkins era consciente del peligro que suponía su hijo. Esa distinción hizo precisamente la Corte de Apelaciones de Washington en el caso “Hawkins” para sostener que no se había violado del deber de confidencialidad.

- 4) ¿Qué diferencia encuentra entre la Regla 1.6. de las *Model Rules* de la ABA y la solución en “Tarasoff”?

Sugerencias para el docente: La Regla 1.6. no obliga a revelar el secreto profesional. Sólo le da la facultad de hacerlo al abogado en ciertas ocasiones, pero en ningún caso está obligado. Según la solución de “Tarasoff”, el psicoterapeuta debía advertir a Tarasoff. No era una opción.

9) *El caso Purcell* [ejercicio con preguntas]

En el caso “Purcell” fue resuelto por la Corte Suprema de Massachusetts en 1997.³⁵ Jeffrey W. Purcell es un abogado que trabaja para Greater Boston Legal Services, que ofrece servicios legales para personas con bajos ingresos. Purcell recibe en su oficina a Joseph Tyree, quien había recibido una orden del tribunal por la cual debía desalojar su departamento. Tyree había sido despedido de su trabajo como encargado de mantenimiento del edificio en donde se encontraba su departamento. En el transcurso de la reunión, Tyree amenaza con provocar un incendio en el edificio. Purcell considera que la amenaza era seria y avisa a la policía de la ciudad de Boston. La policía va al domicilio de Tyree y encuentra material incendiario y otras pruebas que prueban un plan para cometer un incendio.

Tyree es acusado de tentativa de incendio. El primer juicio termina con un “hung jury”. Esto significa que, después de ser deliberado extensamente, el jurado no puede acordar un veredicto. Durante la realización del segundo juicio (en Estados Unidos, un acusado puede volver a ser juzgado en un nuevo juicio con un panel distinto de jurados si fracasa el primer juicio), Purcell es llamado a testificar. Purcell se rehusa, justificándose en el deber de confidencialidad.

La Corte Suprema de Massachusetts considera que, si bien Purcell estaba justificado en violar el deber de confidencialidad antes de la comisión del incendio, nada de eso permitía violar el deber de confidencialidad después, durante el juicio. La justificación de Purcell se basaba en la excepción en caso de delitos o fraudes. Según las Reglas de Evidencia de Massachusetts, la excepción en caso de delitos o fraude, según la define la regla 502 (d) (1), es la siguiente: “Si los servicios del abogados fueron utilizados para permitir o ayudar a

³⁵ “Purcell v. District Attorney for Suffolk District”, 424 Mass. 109, 676 N.E. 2d 436.

cualquiera a cometer o planificar lo que el cliente sabe o razonablemente debería haber sabido que se trataba de un delito o un fraude”.

Según la Corte Suprema de Massachusetts “[E]l privilegio abogado-cliente sólo se extiende a los casos en que la comunicación entre el cliente y el abogado tenía como objetivo facilitar la prestación de servicios legales [...]. La afirmación de una intención de cometer delitos hecha en el transcurso de una consulta legal está protegida por el privilegio, a menos que [...] el cliente o potencial cliente busca un consejo o ayuda para llevar a cabo la conducta delictiva [...].”

Preguntas:

- 1) La solución de la Corte Suprema de Massachusetts, ¿es compatible con la propia regla 502? ¿Es compatible con alguna de las disposiciones de la Regla 1.6. de las *Model Rules*?

Sugerencias para el docente: El docente debe notar que la consulta de Purcell no tenía absolutamente nada que ver con pedir asesoramiento para la comisión de un delito. Así que la decisión parece equivocada para la propia legislación de Massachusetts.

La Regla 1.6. exige un estándar mayor para que el abogado revele el secreto profesional. Requiere que el fraude o el delito pueda resultar “en un daño relevante para los intereses financieros o la propiedad de otra persona...”.

- 2) ¿Es, sin embargo, deseable o correcto que un abogado pueda revelar las intenciones delictivas de sus clientes?

Sugerencias para el docente: Esta es una pregunta abierta y el docente debe esperar que los alumnos lleguen a respuestas diferentes. Una respuesta posible que puede ofrecer el docente es que si los abogados pudieran revelar las intenciones delictivas de sus clientes éstos no se las revelaran a los abogados y cometerán delitos de todas formas. En cambio, si esas intenciones delictivas le son reveladas, el abogado puede aconsejar al cliente de que no incurra en un delito (véase el argumento de Kipnis al respecto, citado anteriormente). El docente puede recordar lo que dicen distintas normas o códigos de ética o los fundamentos del deber de confidencialidad.

Unidad 7: Conflictos de intereses

1. Introducción

La existencia de conflictos de intereses es uno de los fenómenos más extendidos y más complejos de la práctica de la abogacía en cualquiera de sus modalidades (práctica profesional de asesoramiento, representación en litigios, desempeño en el Poder Judicial y en el sector público, etc.). A los efectos de facilitar la discusión y el aprendizaje, sugerimos que, en principio, el docente se concentre en los conflictos de intereses que se presentan el ejercicio liberal de la profesión. Luego, con la ayuda del panorama visto en la Unidad 4, puede extender la discusión a esos otros roles. Proponemos los siguientes objetivos:

- 1) Reconocer cuándo hay conflictos de intereses, de qué tipo de conflicto de intereses se trata y cuáles pueden ser las respuestas éticas del abogado ante dicho conflicto. Para ello, es importante discutir casos hipotéticos y reales que reflejen diferentes tipos de conflictos de intereses y sus dificultades.
- 2) Conocer la normativa disciplinaria. Como se verá en la sección 3, esto incluye observar las diferencias y similitudes entre varias de ellas.
- 3) Tratar casos especialmente importantes de conflictos de intereses, tales como el problema de los honorarios, las acciones de clase y el trabajo profesional en organizaciones.
- 4) Indagar la justificación por la cual los conflictos de interés deben estar prohibidos.

Es importante que, para llevar adelante esta tarea, los estudiantes tengan como base el rol de los abogados en nuestra sociedad democrática. Ello podrá servir como una herramienta para comprender mejor por qué presentan conflictos ciertos escenarios que prima facie no parecen conflictivos.

2. Distinciones conceptuales

Una prioridad para el tratamiento de los conflictos de intereses es distinguir diversas *clases* de conflicto de naturaleza diferente, y que se suelen englobar indistintamente bajo el mismo rótulo. En este punto, el texto recomendado es Kipnis 1986. Allí se distinguen conflictos de obligaciones y conflictos de intereses en sentido estricto. Dentro de los conflictos de obligaciones (conflictos en los que están involucrados intereses de clientes diferentes), Kipnis distingue entre conflictos actuales y potenciales, y entre conflictos simultáneos y sucesivos. Es posible ilustrar estas clasificaciones con ejemplos del propio Kipnis o con los que aparecen en los ejercicios. Los conflictos de intereses en sentido estricto (conflictos en los que están involucrados un interés del abogado y un interés de uno o más clientes) son clasificados por Kipnis en dos tipos: conflictos personales y estructurales. El docente puede plantear posibles conflictos personales, como los siguientes:

1. Un abogado defiende a A en un litigio entre A y B. Durante el litigio, el abogado recibe dinero por parte de los abogados de B (con o sin alguna condición). Este dinero podría ser por otra causa en la que compartieron clientes o por una razón no relacionada con el litigio entre A y B.
2. El abogado X trata cuestiones de derecho contractual de su cliente Y. En un cierto momento, Y consulta a X por un asunto penal. X deriva a Y a un abogado penalista con el que tiene un acuerdo, según el cual X recibirá un porcentaje de los honorarios que el cliente le pague a Y.
3. Un abogado asesora a un cliente moribundo la elaboración de un testamento del cual él será uno de los herederos no forzosos.
4. Un abogado tiene confianza con su cliente, con el que acuerda celebrar una transacción para adquirir un inmueble en condiciones muy favorables para el abogado.

En el caso de los conflictos estructurales, el docente puede elegir el caso de los honorarios como un ejemplo paradigmático (ver más abajo, en la sección 4).

3. Los conflictos de intereses en los códigos

Una vez que los estudiantes tienen claro cuáles son los tipos de conflictos posibles y han analizado algunos ejemplos, es recomendable recorrer la normativa sobre el tema. El material de lectura para los estudiantes correspondiente a esta sección son los códigos de ética.

Al igual que como se sugiere en otras unidades, sugerimos optar por el código vigente en la jurisdicción en la que se desarrolla el curso (en el manual para estudiantes se usa el Código del CPACF y el de la Provincia de Buenos Aires) y compararlo con al menos dos códigos de otras jurisdicciones del país y/o internacionales. Así, por ejemplo, como se sugiere en otras unidades, puede ser útil comparar los códigos locales con las *Model Rules* de la ABA, porque se trata de normativas muy diferentes: muy escueta la primera y muy detallada la segunda. Nuevamente, también se puede usar el *Código de Deontología de los Abogados de la Unión Europea*.

Los estudiantes pueden analizar las normas a la luz de las distinciones trazadas previamente (y que son explicadas en el manual para estudiantes). Al hacerlo, probablemente los estudiantes detecten lagunas, incompletitudes o posibles contradicciones. En ese caso, es interesante embarcarse en la discusión acerca del diseño ideal de las normas de conflictos de intereses. Los estudiantes podrían discutir acerca de los beneficios y los costos de tener normas detalladas como las de las *Model Rules* o escuetas como las que suele haber en Argentina. También podría compararse la regulación de los conflictos de interés en los códigos con la regulación de los conflictos de interés aplicable a los funcionarios judiciales (los códigos procesales, por ejemplo, contemplan causales de recusación e inhibición). En Iberoamérica, algunos códigos de ética judicial son muy detallados. Sin embargo, a pesar de la existencia de normas casi ideales, en la práctica, el Poder Judicial no goza de la confianza ciudadana. Por ello, tiene sentido discutir las ventajas y desventajas de normas más o menos detalladas.

Nuevamente, la clave es que el docente promueva que los estudiantes piensen cuál es el fundamento normativo de cada norma analizada a la luz de las nociones de ética normativa

y de los argumentos que se presentan en el manual para estudiantes para justificar la prohibición de estos conflictos. Entre otras preguntas posibles, puede plantear:

- ¿Por qué un abogado debe rechazar un caso que plantea un conflicto de intereses, aun cuando él esté íntimamente seguro de que ello no perjudica a sus clientes?
- ¿Cómo se resolverían los conflictos de intereses si se adoptara una posición consecuencialista en ética normativa?

4. Conflictos de intereses específicos

Hay algunos contextos que son particularmente relevantes para el surgimiento de conflictos de intereses. De acuerdo con el tiempo disponible, el docente puede optar por tratar específicamente uno o más de ellos, u optar por restringirse a un tratamiento más general. Los casos desarrollados en el manual para estudiantes son:

- 1) El problema del cobro de honorarios: Los estudiantes pueden discutir el esquema de incentivos y los problemas que generan los diferentes modelos de cobro de honorarios, por ejemplo: compensación fija anual o mensual (¿qué ocurre si la carga de trabajo es excesiva y el abogado no puede afrontarla?); retribución por cómputo del tiempo empleado en la atención del cliente (¿cómo lidiar con la tentación de sobreestimar la cantidad de horas dedicadas a cada asunto?); determinación judicial de los honorarios (¿hay un conflicto si el abogado es amigo personal, conocido socialmente o tiene conexión con los jueces del caso?); pacto de cuota litis (¿cómo evitar que el abogado se aproveche de un cliente débil?); trabajo pro bono (¿cómo se garantiza la calidad del servicio ofrecido?).
- 2) Los conflictos de intereses en las acciones de clase: Algunos de los problemas que pueden plantearse son los siguientes:

- ¿Quién es el cliente del abogado entre los tantos integrantes de la clase?
- ¿Quién debe pagar los honorarios?

- El hecho de que un integrante de la clase esté en mejor condición para pagar, ¿condiciona el trabajo del abogado en favor de los intereses de esta persona y en desmedro del resto de la clase?
- 3) Los conflictos de intereses en organizaciones (ONGs, empresas, estado): Bajo este título se pueden plantear en clase numerosos interrogantes:
- ¿Qué ocurre si hay un conflicto entre un miembro de la organización que es cliente del abogado y la organización para la que el abogado también trabaja? ¿Cuál es el alcance del deber de confidencialidad en esos casos?
 - ¿Puede el abogado usar información revelada por su cliente individual en favor de la organización, o al revés? ¿Por qué? ¿Debe renunciar a representar a alguna de las partes?
 - Si el cliente es el Estado y, por ello, el interés público está en juego y el abogado sería funcionario público, ¿tienen menos pesos las obligaciones que el abogado pudiera tener con su cliente individual que trabaja o integra la organización?

5. Bibliografía recomendada para el docente

A continuación, resumimos las recomendaciones bibliográficas para el docente. Al igual que en otros capítulos, se reitera la bibliografía mencionada en cada sección y se agregan algunas lecturas adicionales. Los datos bibliográficos completos de estos textos se encuentran en la Bibliografía general.

1) Distinciones conceptuales:

- Para una distinción práctica entre tipos de conflictos de intereses, véase Kipnis 1986.

2) Los conflictos de intereses en la normativa

- Artículo 19, párrafos g y h del Código de Ética del CPACF.

- Reglas 1.7. a 1.13 de las *Model Rules* de la ABA.

3) Conflictos de intereses y cobro de honorarios

- Artículo 21 y Artículos 33 a 43 de las Reglas de Ética Profesional del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires.

4) Conflictos de intereses en acciones de clase

- Para un repaso sobre el estado de la cuestión de los conflictos de intereses en las acciones de clase, véase Zitrin, Langford y Cole 2014, pp. 313-343.

5) Conflictos de intereses en organizaciones

- Para un repaso de la jurisprudencia estadounidense sobre conflictos de intereses en contextos organizacionales, véase Zitrin, Langford y Cole 2014, pp. 227-255.

6) Naturaleza y justificación de la prohibición de los conflictos de intereses

- Para una justificación consecuencialista de una normativa estricta en materia de conflictos de intereses, véase Epstein 1991-1992. En la misma línea, y defendiendo la eficiencia de las *Model Rules* en la materia, véase Macey/Miller 1997.
- Para una guía sobre cómo abordar conflictos de intereses, véase Zitrin 1992-1993.

6. Bibliografía general

La siguiente lista contiene los textos citados y otros que pueden ser de utilidad para el docente:

- Abramovich, Víctor y Pautassi, Laura (comp.). *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2009.

- Epstein, Richard: “The legal Regulation of Lawyers’ Conflicts of Interests”, *Fordham Law Review*, volumen 60, 1991-1992.
- Glison, Ronald J. y Mnookin, Robert H., “Disputing Through Agents: Cooperation and Conflict Between Lawyers in Litigation”, *Columbia Law Review*, volumen 94, número 2, marzo, 1994
- Kipnis, Kenneth: “Conflict of Interests and Conflict of Obligations”, en Davis, Michael y Elliston, Frederick (comp.), *Ethics and The Legal Profession*. Amherst: Prometheus Books, 1986.
- Macey, Jonathan y Miller, Geoffrey, “An Economic Analysis of Conflict of Interest Regulation”, *Iowa Law Review*, volume 82, número 4, 1997.
- Zitrin, Richard A., “Representing Multiple Interests”, *Ethics Hotliner de la California State Bar*, Volumen 1, número 1, 1992-1993.
- Zitrin, Richard; Langford, Carol M.; Cole, Liz Ryan, *Legal Ethics in the Practice of Law*, Nueva York: LexisNexis, 2014.

7. Ejercicios con sugerencias para el docente

A continuación, se presentan ejercicios para el tratamiento de esta unidad. Cuando se trata de un caso real, el docente puede acceder a las fuentes indicadas para obtener mayor detalle.

1) Accidente en la línea 13

Javier Almagro es un famoso abogado experto en accidentes de tránsito. A su vez, él se considera un abogado “de una ética intachable” que siempre pone los intereses de su cliente por los de los demás.

La especialización de Almagro no es casualidad. Cuando Almagro tenía 15 años, su padre, Mauricio, murió en un accidente de tránsito: un automóvil embistió contra el automóvil que estaba conduciendo Mauricio, matándolo instantáneamente. El conductor del otro automóvil, Alfredo Ercolano, alcoholizado, sufrió apenas lesiones leves. La familia de Almagro era pobre y no pudo contratar un abogado lo suficientemente bueno para contrarrestar el equipo legal que había contratado Ercolano. Por ello, Almagro cree que Ercolano la “sacó barata”: pagó mucho menos de lo que debería haber pagado por quitar una vida. Desde ese día, Almagro juró que se dedicaría a la abogacía para proteger a las víctimas y las familias de los accidentes de tránsito.

La historia de Almagro lo hace un abogado particularmente agresivo con sus contrincantes. Acepta muy pocas mediaciones porque considera mejor “sacarle cada centavo” a los demandados. Su manera de llevar la profesión hizo que muchos de sus colegas le pusieran el apodo de “Tyson”. Para Almagro no eran meros casos: el objetivo no era sólo ganar, sino dejar *knock out* al oponente.

Almagro es contratado por varias de las víctimas del infame accidente de la línea 13. Uno de los colectivos de la línea 13, a las 7 de la mañana, en la esquina de Buenos Aires y Corrientes es embestido en su parte lateral por una camioneta que se dirigía a toda velocidad. Las personas que se encontraban sentadas o paradas en ese sector del colectivo sufrieron heridas graves y, en algunos casos, la muerte. El conductor de la camioneta era Ángelo Etcheverry, un famoso y adinerado conductor de televisión, que invitó en diversas oportunidades a Almagro a su programa televisivo “La noche del Ángelo” para hablar sobre su lucha contra la injusticia en los casos de víctimas de accidentes de tránsito.

Entre las víctimas del accidente de la línea 13 que contrataron a Almagro se encuentran:

- 1) Mariano Goldstein, quien sufrió una fractura expuesta del peroné, y Agustina Skorka, quién sufrió lesiones leves. Están casados y han decidido demandar en litisconsorcio activo a Etcheverry.
- 2) Paula Moreno, que estaba sentado en la ventana del colectivo directamente embestida por la camioneta. Tenía en sus brazos a su hijo de 8 meses, Federico, quien murió en el acto.

Preguntas:

- 1) La relación que han mantenido Almagro y Etcheverry, ¿supone un conflicto de intereses? ¿Tiene que existir de hecho un conflicto de intereses o alcanza con que el conflicto sea aparente?

Sugerencias para el docente: Para responder a esta pregunta, los alumnos deben poder distinguir que se trataría de un conflicto de intereses en sentido estricto (como diferente de un conflicto de obligaciones). La cuestión es identificar si Almagro puede tener algún interés en conflicto por su relación con Etcheverry. Por ejemplo, podría tener un interés en volver a ser invitado al programa.

- 2) ¿Tienen Mariano y Agustina un conflicto de intereses? Imagine que, tanto en un potencial juicio como en un acuerdo de mediación, la lesión que sufrió Mariano claramente requeriría de una compensación mayor que la de Agustina.

Sugerencias para el docente: Dependerá de si la estrategia de Almagro podrá satisfacer a Mariano y Agustina. Cuanto menos, es un conflicto potencial de obligaciones. El docente puede aclarar que, en cualquier caso, el conflicto potencial puede ser solucionado si Almagro les aclara, de antemano, los problemas que podría tener al representar a ambos.

- 3) Mariano y Agustina durante la mediación llegan a un principio de acuerdo con Etcheverry. Sin embargo, Mariano cree que el monto ofrecido no da cuenta de la

gravedad de su lesión. Agustina está conforme. Cansada por la insistencia de Mariano de ir a juicio y no acordar, Agustina decide iniciar el proceso de divorcio. ¿Puede Almagro continuar representando a los dos sin que esto suponga un conflicto de intereses?

Sugerencias para el docente: Para esta pregunta, el docente puede comenzar aclarando que ésta es una situación en la que la estrategia no satisface de igual manera a ambos clientes, pasando de ser un conflicto potencial a un conflicto de obligaciones concreto. Por otro lado, los estudiantes pueden discutir, porque la pregunta no tiene una respuesta clara, el caso del divorcio. El docente puede notar que habría algunas características del divorcio que harían más complicado representar a ambos. Por ejemplo, si el divorcio es amigable, si Mariano y Agustina celebran un acuerdo de divorcio, si Agustina pretende quedarse con lo que podría obtenerse por las lesiones de ambos en un potencial juicio, entre otras.

4) ¿Debería revelar Almagro a sus clientes su historia personal en relación a la muerte de su padre?

Sugerencias para el docente: Si bien no hay una norma que obligue a los abogados a revelar información personal, sí es conveniente que un abogado aclare cualquier información que pueda ser pertinente para evitar o anticipar conflictos de intereses. La historia personal de un abogado puede producir dudas en los clientes, como se verá en la siguiente pregunta.

5) Etcheverry le ofrece a Paula un acuerdo que es razonable y Paula quiere finalizar con todo el procedimiento legal. Sin embargo, Almagro trata de convencerla de hacer lo contrario, y de continuar con el procedimiento hasta la finalización del juicio. Paula sospecha que la razón por la que Almagro insiste es que tiene una clara obsesión con sacarle la mayor cantidad de dinero a los demandados, independientemente de si es beneficioso para sus clientes. Paula le comenta su inquietud a Almagro y él insiste en que él no tiene ningún otro incentivo además el de promover los intereses de sus clientes. Imagínese que Almagro realmente está promoviendo en este caso los intereses de Paula, ¿debería, de todas formas, abandonar el patrocinio de Paula?

Sugerencias para el docente: el docente podría notar que éste es un ejemplo de cómo la historia personal de Almagro puede producir un conflicto de intereses. Los alumnos pueden discutir si un abogado debe tener en cuenta sus convicciones o las dudas de su cliente sobre su capacidad de representar sus intereses a la hora de considerar la existencia de conflictos

de intereses. Si alcanza con las convicciones del propio abogado, entonces Almagro debería seguir representando a Paula. Si las dudas de un cliente fueran suficientes para generar la certeza de un conflicto de intereses, entonces Almagro podría tener que apartarse.

- 6) Uno de los abogados del equipo de Almagro en este caso es Andrés, un viejo amigo de Almagro. Almagro le pidió expresamente a Andrés que participe del caso porque la cantidad de víctimas le resultaba agobiante. Andrés tiene entre sus clientes a la compañía de seguros que representa a Etcheverry. ¿Puede Andrés, en una causa independiente a las que llevaba en la compañía de seguros, participar del caso?

Sugerencias para el docente: pareciera, aunque es una pregunta abierta a discusión, que Andrés tiene un conflicto de obligaciones. Específicamente, representar a alguna de las víctimas en este caso implicaría perjudicar a un cliente suyo, la compañía de seguros.

2) *Hijo oculto*

El estudio Isaacsohn & García representa a Gisela y Osvaldo Simón, casados hace veinte años. Isaacsohn & García tiene a cargo las cuestiones legales referidas a la construcción de un edificio de oficinas en el centro de la ciudad. Gisela y Osvaldo, ambos importantes empresarios del sector agropecuario, desean que ese edificio, que proveerá al matrimonio de un importante ingreso mensual a través del cobro de alquileres, quede en manos de sus dos hijas, Ana y Manuela. De esta manera, Ana y Manuela podrán dedicarse a sus carreras artísticas poco lucrativas (Ana es poeta y Manuela fotógrafa) sin preocuparse por su situación financiera.

Lucía Isaacsohn, la socia fundadora del estudio, les comentó a Gisela y a Osvaldo que no es necesario que represente a ambos. Sin embargo, Gisela y Osvaldo querían estar al tanto de todos los detalles referidos a la construcción del edificio, dado que era de suma importancia para ambos. Además, como le había dicho Gisela a Isaacsohn, “no había nada que ocultar, así que no hay problema en hacer esto juntos, ¿no?”.

Sin embargo, Osvaldo sí tenía algo que ocultar. En una reunión a la que Gisela no pudo asistir por encontrarse enferma, Osvaldo se quiebra y confiesa “me mandé una hace unos años... tuve una relación a espaldas de Gisela. Dejamos de vernos a los pocos meses, pero quedó embarazada. No lo sabía, honestamente: me enteré hace unos días cuando la encontré a ella y a un chico de cinco años en la calle. Era mi hijo. No le cuenten a Gisela, ¡por favor!”.

Esta noticia alarmó a Isaacsohn. Ella sabe que supone un peligro serio para los intereses de Osvaldo y Gisela: el hijo de Osvaldo podría obtener una parte del patrimonio de Osvaldo en una eventual sucesión, y podría frustrar los planes que tienen para sus hijas.

Variante:

Martina García, socia de Lucía Isaacsohn, representa a Marta González en un caso por daños y perjuicios. En el transcurso de los meses, García y Marta desarrollan una relación cordial. Una vez resuelto el caso de daños, Marta acude a su estudio con un niño de cinco años. Marta le explica a García que el niño es fruto de una relación matrimonial y que quería iniciar una acción de filiación para que el padre, con quien se encontraron de casualidad unos días atrás, reconociera la paternidad. Marta le confiesa que el padre es el famoso empresario agropecuario Osvaldo Simón.³⁶

Preguntas:

- 1) ¿Puede Isaacsohn representar al matrimonio sin que suponga un conflicto de intereses?

Sugerencias para el docente: este un caso muy particular porque, si bien Isaacsohn parece representar al matrimonio como una unidad, revelar la confesión supondría violar el secreto profesional que Isaacsohn tiene con Osvaldo. Sin embargo, no revelar esta información a Gisela supondría un perjuicio para sus intereses. Primero, entonces, el análisis del caso debe empezar por responder a la pregunta “¿quién es el cliente?”: el matrimonio como una unidad o ambos por separado. Luego el docente puede conducir la discusión a la respuesta a una segunda pregunta: “¿son intereses irreconciliables?” En este caso, parece que sí, son irreconciliables. Revelar la confesión podría ser potencialmente una violación al secreto profesional que Isaacsohn tiene con Osvaldo, pero no revelar perjudica los intereses de Gisela.

- 2) Asumiendo que Isaacsohn continúa representando a la pareja, ¿qué debería hacer Isaacsohn respecto a la revelación? ¿Es relevante que el que se lo haya contado haya sido Osvaldo?

Sugerencias para el docente: pareciera que esta pregunta y la anterior son idénticas, pero para esta pregunta los estudiantes deben aplicar lo que estudiaron en el capítulo anterior sobre confidencialidad. El docente debe aclarar que el hecho de que Isaacsohn decida continuar con la representación no termina la discusión sobre lo que debe hacer Isaacsohn respecto a la confesión de Osvaldo.

³⁶ La variante está basada en el caso “A . v. B v. Hill Wallack”, resuelto por la Corte Suprema del Estado de Nueva Jersey en 1999.

3) La variante presenta un claro caso de conflicto de obligaciones. Los intereses de Marta y los de Osvaldo están en conflicto. ¿Cómo debería resolverse ese conflicto?

Sugerencias para el docente: Es una pregunta abierta a discusión. Un modo de resolver estos conflictos es determinando quién ingresó como cliente al estudio primero y abandonar la representación del cliente que ingresó después, aunque esto es debatible.

4) ¿Puede revelar García la identidad del niño al matrimonio?

Sugerencias para el docente: En el caso “A . v. B v. Hill Wallack”, que inspira esta variante y tiene hechos casi idénticos, la Corte Suprema del Estado de Nueva Jersey determinó que un abogado que representa ambos clientes no tiene el deber de mantener la identidad del niño en secreto, dado que el abogado dio cuenta de esta información por razones que exceden la representación de los intereses del padre. Este caso parece presentar una respuesta algo más obvia: García meramente pertenece al mismo estudio que representa a Osvaldo, el padre del hijo de Marta, por lo que, si en el caso “A. v. B” no existía un deber de confidencialidad con el padre respecto del niño, cuando el mismo abogado representaba tanto al padre como a la madre del niño, aún menos existiría en este caso.

3) Tres asesinos para el abogado

Los hermanos Martín, Jaime y Rafael son acusados de ser los autores del homicidio de Marianela, una joven de 18 años. Los forenses también descubrieron que la víctima fue violada. El cuerpo fue hallado en la casa de Martín y en el cuerpo fue hallado el semen de Jaime. Se hallaron huellas dactilares de Rafael en las pertenencias de la víctima. Un testigo, Eduardo, vio a los hermanos cerca de la casa de Martín a las diez de la noche, un horario cercano al que los investigadores creen que ocurrió el delito. A su vez, Eduardo está seguro de haber visto a Marianela pocas horas antes de cometido el delito cerca de la casa de los hermanos.

Los tres hermanos deciden contratar a un mismo abogado. Los hermanos consideraban que necesitaban un único abogado con una estrategia unificada dado que los tres estaban involucrados en los mismos hechos. Los hermanos recurren a Darío Bava, un especialista en delitos contra la vida.

Sin embargo, Bava no está del todo seguro de aceptar a los tres hermanos como clientes. Bava está convencido de que existe un conflicto de intereses entre los hermanos y que podría ser un problema para la defensa efectiva de los tres acusados.

Preguntas:

- 1) Defender a tres acusados distintos por los mismos hechos, ¿puede suponer un conflicto de intereses? En este caso, imagínese que Jaime y Rafael son imputados por el delito de violación seguida de muerte y Martín es acusado de encubrimiento ¿modifica su respuesta a la pregunta anterior?

Sugerencias para el docente: todo depende de si el abogado puede impulsar una misma estrategia defensiva para sus clientes. En este caso podría haber problemas. Imagínese que Bava les recomienda a Jaime y Rafael que reconozcan que cometieron el delito de violación. Esa estrategia es claramente perjudicial para Martín ya que si es hallado culpable de encubrimiento dependerá, en parte, de que si existió un delito a encubrir en un primer lugar.

- 2) Imagínese que Bava acepta como clientes a Rafael, Jaime y Martín. Bava está convencido, dada la inmensa cantidad de prueba en contra de Jaime y Rafael, que la mejor defensa posible es que no son culpables por no entender la criminalidad de esos actos. Sin embargo, cree que la defensa sólo puede ser útil si es usada con uno de los hermanos. De lo contrario, la defensa perdería credibilidad. Bava cree que la usará con Jaime porque es el que tiene más evidencia en contra.

Sugerencias para el docente: este caso presenta un caso aún más obvio de conflictos ya que se trata de una estrategia defensiva por la cual ambos clientes, Rafael y Jaime, se pueden beneficiar, pero Bava sólo está dispuesto a usarla con uno de ellos. Además, no parecen haber buenas razones para usar esa defensa con Jaime y no con Rafael. El caso sería distinto si uno de ellos, efectivamente, no entendiera la criminalidad de lo que habían hecho.

- 3) Finalmente, Jaime fue absuelto y Rafael condenado por la violación, aunque no por el homicidio. Rafael cree que fue perjudicado por la defensa conjunta de Bava. ¿Qué argumento podría presentar Rafael para dejar sin efecto la condena?

Sugerencias para el docente: el docente debería remitirse a lo visto en la unidad 5. Rafael podría argumentar que la defensa de Bava fue negligente precisamente por la existencia de conflicto de intereses en la representación conjunta que le impedía una correcta representación a cada uno de los acusados.

- 4) Bava representa a los tres clientes, pero el juez de instrucción detecta que la defensa común es incompatible en el caso de Martín y decide nombrarle un defensor oficial con base en los artículos 197 y 109 del Código Procesal Penal de la Nación. ¿Quién debería decidir si un abogado puede defender a un cliente sin conflictos de intereses? ¿El cliente, el abogado o el juez? ¿Tiene Martín algún argumento para afirmar que el juez no debe apartar a Bava como su representante?

Sugerencias para el docente: pareciera que las respuestas son que tanto el juez, el cliente y el abogado están en condiciones de determinar cuándo surge un conflicto de interés irreconciliable. Sin embargo, tiene sentido que el juez, como árbitro del proceso, pueda presentar objeciones sobre la posibilidad de que un abogado eficientemente represente a un cliente.

Martín podría alegar que el derecho a tener una defensa técnica implica que él puede elegir al abogado que lo representa. Es decir, que el derecho a un abogado no es el derecho a tener cualquier abogado, sino a uno de su elección.

- 5) Imagine que Martín no tuvo éxito y finalmente Bava fue apartado como su abogado defensor. El juez designa a un defensor oficial, Miguel Gómez. Sin embargo, Gómez detecta un problema al poco tiempo de tomar el caso de Martín: Eduardo, el principal testigo del caso, es a su vez uno de sus defendidos en un caso por robo agravado, un caso que no está relacionado con el de Martín. ¿Puede Gómez representar a Martín?

Sugerencias para el docente: Puede discutirse un caso real con hechos idénticos, “Castillo v. Estelle”.³⁷ Allí la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito determinó que un abogado no puede representar a un acusado y a un testigo ya que el abogado puede verse inhibido de tratar al cliente o al testigo en beneficio de cualquiera de ellos. Por ejemplo, puede verse inhibido de realizar un interrogatorio estricto y severo al testigo, perjudicando a su cliente (en este caso, Martín).

4) Argentina de Aviación³⁸

Sabrina Varga trabaja en Argentina de Aviación, una compañía fundada hace cinco años por Marcos Kriper, un famoso empresario de transporte que con Argentina de Aviación

³⁷ 504 F.2d 1243.

³⁸ Basado en Zitrin, Langford y Cole 2014, p. 227.

quería insertarse en el mercado aerocomercial *low cost* local. Dedicado a las empresas de ómnibus de larga distancia, Kriper decidió cambiar de rubro por el golpe que resultaron a su negocio las aerolíneas *low cost*.

Varga y Kriper tienen una relación de muchos años. Varga es su abogada personal y ha representado a otras compañías en las que Kriper era accionista. Fue el propio Kriper quien llevó a Vargas a Argentina de Aviación. Kriper es propietario del 60 % de las acciones de Argentina de Aviación. El 40% restante pertenecen a accionistas que Vargas jamás conoció.

Varga está convencida de que, a pesar de que trabaja para Argentina de Aviación, ella es la abogada de Kriper: él la trajo a la compañía y es el único de los socios que conoce. Además, Varga responde directamente a Kriper dado que él es el CEO de la compañía.

Un día, Luis Ojea, el contador de Argentina de Aviación, llama a su oficina a Varga. Ojea le comenta algo sospechoso que vio en los balances de Argentina de Aviación:

“Mirá, Sabrina. Esto es lo que se gastó en gastos operativos por viaje. Esto es excesivo. Argentina de Aviación no pudo haber gastado tanto en viajes. Sencillamente, necesitaríamos la flota de aviones y la frecuencia de una aerolínea de diez años en el mercado y sumamente consolidada”.

“Pero Luis, este dinero tiene que ir a algún lado. Si no va a gastos operativos, tiene que ir a otra parte de la empresa o a...”

“Los bolsillos de Kriper, muy probablemente”.

Varga queda consternada. Decide que debe comprobar si las sospechas de Ojea son acertadas. Organiza diversas reuniones con pilotos y demás miembros de la tripulación. Ésta es una de las transcripciones de la entrevista que mantuvo con el piloto David Sciglitano:

Varga: “Es posible que la ruta Buenos Aires-Córdoba se complete día y vuelta siete veces en un mismo día”

Sciglitano: “¿Dice cinco veces en un mismo día con un mismo piloto?”

Varga: “Supongamos que con pilotos distintos. ¿Es posible?”

Sciglitano: “Preguntaba porque de ser un mismo piloto es imposible por lo inhumano y, de ser dos pilotos, es imposible por lo ilegal. Las normas aeronáuticas son de cumplimiento estricto. Es una locura que un avión vuele tan seguido, inclusive en vuelos cortos. El motor del avión se puede recalentar. De todas formas, es imposible porque el único piloto que vuela esa ruta soy yo, hasta donde sé, y sólo vuelo dos veces por día: una vez a la mañana y otra vez por la tarde. No conozco otro piloto que vuele esa ruta con esta compañía”.

Varga, ya totalmente convencida de que Kriper estaba cometiendo una defraudación, confronta a Kriper. Éste le reconoce que, efectivamente, ha estado tomando dinero de la empresa para fines personales.

A pesar de la clara confesión de Kriper, Varga no hace nada. Está convencida que es abogada de Kriper, y no del resto de los socios de Argentina de Aviación, que apenas conoce. Por lo tanto, cree que debe cumplir el deber de confidencialidad.

Meses más tarde, uno de los socios de Argentina de Aviación se da cuenta de las maniobras fraudulentas de Kriper y lo denuncia. Se inicia un proceso penal por defraudación.

Durante la etapa de juicio, Varga es llamada a declarar como testigo. Se le pide específicamente que revele las conversaciones que tuvo con los pilotos y miembros de las tripulaciones durante sus entrevistas. Varga se niega sobre la base de que esa información se encuentra protegida por el secreto profesional. Por su negativa, Varga es acusada de cometer el delito de desobediencia a la autoridad.

Preguntas:

1) ¿Quién es el cliente de Varga? ¿Kriper? ¿Argentina de Aviación?

Sugerencias para el docente: para esta pregunta y para la próxima, dada la ausencia de normativa específica en los códigos de ética en la Argentina, el docente y los estudiantes pueden basarse en las Regla 1.13. de las *Model Rules*, que regula el comportamiento de los abogados cuando forma parte de una organización, como una empresa. Para la Regla 1.13., el cliente es la organización en sí, como una unidad, y no cada uno de sus miembros.

2) ¿A quién debe acudir el abogado de una empresa cuando toma conocimiento de un hecho delictivo?

Sugerencias para el docente: Según las *Model Rules*, el abogado debe acudir a las autoridades de la organización si el hecho fue cometido en representación de la empresa.

3) ¿Están todas las comunicaciones con los empleados de una empresa protegidas por el secreto profesional? ¿Es correcto que Varga se rehúse a divulgar conversaciones con empleados que no tengan funciones de dirección?

Sugerencias para el docente: Según el caso “Upjohn Co v. United States”, resuelto por la Corte Suprema de Estados Unidos, las comunicaciones que Varga reciba de los empleados de una organización se encuentran protegidas por el deber de confidencialidad que el abogado tiene con la organización como cliente.

5) Honorarios inmorales

Miguel Abdul se especializa en derecho de daños. Abdul representa a Mariana en un caso mala praxis médica. Mariana se sometió a una cirugía para reparar una hernia discal en la famosa Clínica Hossein. La operación quedó a cargo de Gustavo Morales, jefe de cirugía.

El trabajo de Morales dejó insatisfecha a Mariana. Sus dolores no sólo no disminuyeron luego de la operación, sino que aumentaron. Una consulta independiente detectó que la operación había sido claramente contraproducente para la afección de Mariana.

Abdul y Mariana celebraron un pacto de cuota litis por el cual Abdul recibiría una tercera parte del monto de la indemnización otorgada en juicio. Si el caso no llegara a juicio y se decidiera por acuerdo en la mediación, Abdul cobraría una cuarta parte del monto acordado.

Abdul se encuentra en una situación económica difícil y necesita urgentemente de nuevos ingresos. Lo suspendieron de la matrícula por tres meses por haber insultado a un juez en un escrito, quizás por el estrés que le generó su reciente divorcio. Abdul está atrasado en las cuotas alimentarias que debe pagar por los tres hijos que tiene con su ex esposa. De no pagar, Abdul teme que se le inicie un proceso penal por incumplimiento de deberes de asistencia familiar.

Durante la etapa de mediación, la Clínica Hossein ofrece a Mariana una suma generosa, pero claramente inferior a la que obtendría de ir a juicio. Sin embargo, Abdul trata de convencer a Mariana de que acepte el acuerdo, a pesar de que existe una probabilidad cierta de obtener una sentencia favorable en un juicio.

Preguntas:

- 1) ¿Tiene Abdul un conflicto de intereses? ¿Lo tendría en caso de no enfrentar problemas económicos?

Sugerencias para el docente: Es claro que se trata de un conflicto de intereses en sentido estricto ya que Abdul, al tratar de convencer a Mariana, puede estar influenciado por su interés en obtener un ingreso pronto. La descripción del caso no permite concluir que el acuerdo propuesto por la clínica es contrario a los intereses de Mariana, pero la existencia de conflicto de interés no implica que efectivamente el abogado actúe conscientemente e incorrectamente por intereses que son contrarios a los del cliente. Para que haya conflicto de intereses, alcanza con la existencia de un interés contrapuesto al del cliente, aunque éste no produzca, de hecho, un perjuicio en dicho cliente.

6) ¿Quién es el cliente?

Los procesos colectivos son particularmente interesantes para analizar conflictos de intereses. En las acciones clases de Estados Unidos hay miembros que toman rol activo y otros un pasivo, miembros con intereses contrapuestos, puede ser que el abogado tome en consideración la situación de algunos de los miembros de la clase e ignore la de otros, entre otras cuestiones.

Estas cuestiones no son de relevancia en Argentina porque (a la fecha) nuestro ordenamiento jurídico no prevé expresamente las acciones de clase. Sin embargo, el sistema sí prevé acciones de amparo para derechos colectivos. El artículo 43 de la Constitución Nacional consagra:

“Podrán interponer [la] acción [de amparo] contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”.

Las acciones de amparo en procesos colectivos presentan cuestiones de ética profesional de la abogacía similares a las cuestiones que se presentan en los casos de acciones de clase. El caso descripto a continuación será útil para cuenta de estas cuestiones.

En 2005, la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (“ACIJ”) presentó una acción de amparo colectivo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires porque éste instaló aulas modulares, o aulas *container*, en las escuelas de los sectores de la ciudad con las poblaciones más desventajadas.³⁹

Cuando la ACIJ consultó con las instituciones afectadas, no tuvo una respuesta uniforme:

“En la construcción del caso se establecieron vínculos con los directivos de las escuelas afectadas. Sin embargo, sólo una directora se comprometió intensa y públicamente con el problema y con la denuncia... ”⁴⁰

No existía homogeneidad entre [profesores y directores de las escuelas]. Alguna directora ‘defendía’ las aulas *containers* (“son más dignas que sus casas”) otras eran críticas sobre ellas... También tuvieron diferente actitud y participación frente al conflicto... ”⁴⁰

³⁹ Una versión ampliada de este caso y otros casos sobre amparo colectivo en Abramovich y Pautassi (comps.) 2009, pp. 173-206. La descripción de los hechos del caso de las “aulas *container*” se encuentra en ídem, p. 177.

⁴⁰ Idem, p. 188.

Preguntas:

- 1) ¿Quién es el cliente de ACIJ? ¿ACIJ representa a todas las escuelas o sólo a aquellas que tienen un rol activo?

Sugerencias para el docente: como los conflictos de intereses en procesos colectivos no están regulados en Argentina, los estudiantes deberían discutir no sólo el caso particular, sino cuál es la manera pertinente de regular los conflictos de interés en casos de procesos colectivos o acciones de clase. La discusión debería girar, principalmente, en torno a los actores que toman un rol pasivo o, en este caso, a aquellas escuelas que deciden no participar de la demanda. ¿Deberían sus intereses tenerse en cuenta? ¿Y los intereses de aquellas escuelas que desean tener aulas *container*?

- 2) ¿Qué tipo de conflicto de intereses está presente en este caso? ¿Qué particularidad tiene?

Sugerencias para el docente: Al menos pueden mencionarse dos posibles conflictos. Uno entre el interés de ACIJ por llevar a cabo un caso de interés público y aquellas escuelas que no desean participar del litigio. Por otro lado, puede haber un conflicto entre aquellas escuelas que desean que la acción colectiva se lleva a cabo y las que no. Estos conflictos son inherentes a este tipo de acciones.

Unidad 8: Aceptación y rechazo de clientes

1. Introducción

Esta unidad complementa la primera parte de la Unidad 3. La Unidad 3 trata acerca de diversos modelos de abogacía. En su primera parte, el problema que se discute es cuáles son los límites del deber de fidelidad de un abogado hacia su cliente, cuando estos deberes están en conflicto con deberes generales que el abogado (como ciudadano y como agente moral) tiene hacia la sociedad o hacia terceros. En esa discusión, se presupone que la relación abogado-cliente ya existe. La pregunta es acerca de lo que puede o debe hacer el abogado *en el curso* de esa relación. Ahora, en la presente unidad, trasladamos esa discusión un paso atrás y nos preguntamos si existen razones morales para rechazar ciertos clientes o ciertas causas.

En función del cronograma general del curso o de su extensión, esta unidad podría fundirse con la primera parte de la Unidad 3 o, como proponemos aquí, tratarla como un tema separado.

Introductoriamente, puede mencionarse de qué modo trata la elección de clientes la normativa disciplinaria. En general (salvo en algunos países, como el Reino Unido para el caso de los “barristers”), existe libertad de actuación, de modo que un abogado no debe justificar la aceptación o el rechazo de sus clientes (salvo que sea asignado de oficio). Véase la normativa correspondiente en la Bibliografía recomendada para el docente.

Empero, como ocurre en las otras unidades de este curso, las cuestiones morales trascienden la cuestión disciplinar o el cumplimiento de la letra de un código, y es importante para un futuro abogado discutir si hay o no barreras morales para aceptar ciertos tipos de causas. Más en general, se trata de discutir si la elección de los clientes es, en sí misma, una elección moralmente relevante (que debe ser justificada) o no.

2. ¿Es la elección de los clientes una elección moral?

El docente puede comenzar por discutir algunos casos del siguiente tipo:

- El cliente potencial es un marido que desea divorciarse. Manifiesta su deseo de expoliar a su mujer, dejarla sin recursos, esconder bienes hasta donde sea legalmente posible, agotarla mediante dilaciones de modo que acepte un acuerdo totalmente perjudicial para ella.
- El cliente potencial es una empresa que ha contaminado de petróleo a toda una población. Pretende evitar o, al menos, demorar cualquier tipo de indemnización, acudiendo a todas las artimañas procesales posibles.
- El cliente potencial es un político ostensiblemente corrupto que acaba de abandonar el poder. Desea evadir de todos los modos posibles la persecución penal y dedicarse a disfrutar de lo que ha robado durante su gobierno.
- El cliente potencial es un asesino y violador serial, quien concede haber cometido los crímenes, pero pretende, sin embargo, alegar su inocencia y agotar todos los recursos procesales para evitar la sanción penal.
- El cliente potencial es un ex dictador, acusado de cometer crímenes gravísimos de lesa humanidad. Acepta confidencialmente haber cometido esos actos (“por el bien de la patria”) pero desea que su defensa se base en negar esos hechos.

Un ejemplo que puede ser útil para entender el problema es la discusión que entablaron Monroe Freedman y Michael Tigar en relación con la defensa que este último aceptó de un (supuesto) ex criminal nazi en su juicio de extradición de los Estados Unidos a Israel (Freedman 1995-1996; Tigar 1995-1996).

También es útil la clasificación que hace Freedman en diferentes modelos de abogado, de acuerdo con cómo se relacione la cuestión de la aceptación y el rechazo de clientes con la cuestión de su actuación posterior (una vez que ya es abogado de un cliente) (Freedman 1995-1996):

- 1) “El abogado amoral”: combina la concepción estándar con la total libertad de aceptación.
- 2) “Control moral del cliente”: combina la libertad de aceptación con un modelo opuesto al estándar (el abogado es responsable por las acciones de su cliente) (Luban).
- 3) “Elección del cliente como decisión moral”: combina la concepción estándar con un criterio de aceptación según el cual esa decisión no es moralmente neutral sino que requiere justificación pública (Freedman 1995-1996; Kennedy 2008).

3. La elección de clientes como elección moral

Un modo de discutir diferentes visiones sobre la cuestión de la elección de clientes es contraponer dos visiones que opuestas. Para ello, se puede recurrir a los textos de Duncan Kennedy y Richard Bayles (Kennedy 2008; Bayles 1986). Centralmente, Kennedy defiende una visión, según la cual un abogado no debe usar sus conocimientos expertos para algo que cree que hace daño. Por lo tanto, no debe aceptar causas que cree injustas o moralmente aberrantes. En caso de no haber otro abogado que aceptara la causa y el derecho de defensa estuviera en juego, entonces Kennedy concede que habría que aceptar. Esto es negado por Bayles, quien defiende un argumento consecuencialista a favor de que no hay razones morales para rechazar causas injustas, cuando otro abogado las aceptaría.

Si se quiere enfocar la cuestión más específicamente en el tema de la defensa de acusados de corrupción cometida desde el poder, puede utilizarse el texto de Gargarella (2009).

4. Bibliografía recomendada para el docente

A continuación, resumimos las recomendaciones bibliográficas para el docente. Se reiteran las ya mencionadas en cada sección y se agregan algunas adicionales. Los datos bibliográficos completos de estos textos se encuentran en la Bibliografía general.

1) Normativa disciplinaria

- Código de Ética del CPACF: art. 20.
- Código de Ética del CPACF: art. 20.
- *Model Code of Professional Responsibility* (ABA): EC 2-26.
- Código Deontológico de la Abogacía Española: art. 13.3.
- *Model Rules* (ABA): 1.18
- *Code of Conduct of the Bar of England and Wales*: reglas 601-607 (se establece la obligación *prima facie* de aceptar todo cliente).

2) Controversia Freedman-Tigar

- Un resumen del debate y el análisis de Freedman puede leerse en Freedman 1995-6.
- Para una descripción detallada de los hechos del caso Demjanjuk, véase Hadzewycz 1995.

3) Modelos de abogado según Freedman

- Para esta distinción, véase también Freedman 1995-6.

4) Discusión sobre los límites morales para la aceptación de causas injustas

- Para un argumento a favor de la posición de que la elección de clientes es una elección neutral, véase Bayles 1986
- Para un argumento a favor de la posición de que la elección de clientes es una elección moral, véase Kennedy 2008
- Para argumentos en contra de defender causas injustas, véase Gargarella 2009; Rivera López 2010.

- Para un argumento a favor de defender causas poco populares, véase Babcock 1983.

5. Bibliografía general

La siguiente lista contiene los textos citados y otros que pueden ser de utilidad para el docente:

- Babcock Allen, Barbara, “Defending the Guilty”, *Cleveland State Law Review*, volumen 32, número 2, 1983.
- Binder, Alberto, “La abogacía y la defensa de los derechos”, *SJA* 24/2/2010.
- Bayles, Michael D., “A Problem of Clean Hands”, en Davis, Michael y Elliston, Frederick, *Ethics and the Legal Profession*. Amherst: Prometheus Books, 1986, pp. 428-440.
- Freedman, Monroe, “The Lawyer’s Moral Obligation of Justification”, *Texas Law Review*, volumen 74, 1995-6.
- Gargarella, Roberto, “¿A quién sirve el derecho? La ética profesional del abogado en una sociedad desigual”, *Jurisprudencia Argentina*, 2009-3, p. 1347.
- Hadzewycz, Roman, “John Demjanjuk Returns to US”, *The Ukrainian Weekly*, pp. 1,5-6, 25 de septiembre de 1995.
- Kennedy, Duncan, “La responsabilidad de los abogados por la justicia de sus casos”, *Revista Sobre la Enseñanza del Derecho*, año 6, número 12, 2008.
- Neier, Arye, *Defending my Enemy: American Nazis, the Skokie Case, and the Risks of Freedom*, segunda edición. Bruselas: International Debate Education Association, 2012.
- Rivera López, Eduardo, “¿Es inmoral defender como abogado causas injustas?”, *Jurisprudencia Argentina*, 2010-1.
- Smith, Abbe, “Defending the Unpopular Down-Under”, *Melbourne University Law Review*, volumen 30, número 2, 2006.
- Tigar, Michael E., “Defending”, *Texas Law Review*, volumen 74, 1995-96.
- Tigar, Michael E., “What Lawyers, What Edge?”, *Hofstra Law Review*, volumen 36, 2007-2008.
- Wendel, Bradley W., “Institutional and Individual Justifications in Legal Ethics: The Problem of Client Selection”, *Hofstra Law Review*, volumen 34, 2005-2006.

6. Ejercicios con sugerencias para el docente

A continuación se presentan ejercicios para el tratamiento de esta unidad. El docente puede acceder a las fuentes indicadas para obtener mayor detalle sobre cada caso.

1) Cuando los nazis van marchando⁴¹

Miguel Feder tiene una amplia trayectoria en la defensa de derechos civiles y del derecho a la libertad de expresión en particular. Junto a un grupo de colegas fundó la organización no gubernamental “Artículo 14”, con el objetivo de litigar ante los tribunales en defensa de los derechos civiles. Feder ha sido el presidente desde entonces y ha sido el principal abogado en la mayoría de los litigios.

Una de las razones de Feder para fundar Artículo 14 fue la experiencia de sus padres, de origen polaco y sobrevivientes del Holocausto. Él cree que los derechos civiles son herramientas efectivas para defender a las minorías oprimidas, como fueron sus padres en Europa en la década del 30 y del 40.

Recientemente la junta directiva de Artículo 14 ha tomado conocimiento de un caso que involucra al presidente Partido Por una Argentina Solidaria (PAS), Julio Bondi. El PAS es un partido nazi, que en su estatuto se propone como objetivo “librar a la Argentina del problema judío”. En distintas ocasiones ha cuestionado públicamente en reuniones del partido la política inmigratoria de Argentina por permitir “que entren ratas paraguayas y bolivianas” y “monos negros del África”. Bondi es, sin lugar a dudas, la suma de todo lo que Feder desprecia.

Bondi acaba de terminar un libro en el cual sostiene que el Holocausto jamás sucedió. Para el día de publicación del libro, Bondi tenía organizada una marcha junto al resto del partido en el barrio de Once (con una importante población judía y extranjera) en la cual planeaban mostrar símbolos nazis y transmitir consignas racistas y xenófobas.

Sin embargo, la Comitiva de Asociaciones Judías Argentina (CAJA), al tomar conocimiento sobre la pronta publicación del libro, inició una acción de amparo sobre la base de que el libro incitaba a la violencia contra los judíos y logró impedir que el libro se comercializara mediante una medida cautelar. Bondi quiere que Artículo 14 lo represente porque considera que la medida cautelar viola su derecho a la libertad de expresión. La causa es, sin lugar a dudas, la suma de todo lo que Feder pregoná: el respeto de los derechos civiles de todos, incluso de las personas más despreciables.

Feder está dividido: por un lado, Bondi le resulta repugnante y su libro carece de todo valor. Por otro lado, está convencido de que, efectivamente, la medida cautelar viola su

⁴¹ Basado en los casos “Nationalist Movement v. City of Boston” (Corte de distrito del Estado de Massachusetts, 1998) y “National Socialist Party of America v. Skokie” (Corte Suprema de los Estados Unidos, 432 U.S. 43).

derecho a la libertad de expresión. Como Feder se había comprometido a defender los derechos civiles, sin distinción de a quién se los violen, convence a la junta directiva de tomar el caso.

A los pocos días de tomar el caso, Beny, el hermano de Feder y ex miembro fundador de Artículo 14, lo increpa por haber aceptado: “Creo que no estás siendo razonable. Nuestros padres escaparon de personas como él. ¿Qué creés que pensarían de estar vivos?”.

El caso de Bondi, al ser un personaje sumamente mediático, supuso una exposición mediática a la cual Feder no está acostumbrado. En una entrevista se lo cuestionó fuertemente por tomar el caso: “Feder, ¿se da cuenta de lo que hace? Está defendiendo a una persona que, si lograse sus objetivos, usted no existiría ¿Cómo puede ser que defienda a semejante basura?

La respuesta de Feder fue sucinta: “No sé por qué debo justificar mi trabajo. Defiendo las causas que me parecen correctas. ¿Le parece que yo debería decirle a quién entrevistar? Usted se dedica a lo suyo, yo a lo mío. Mi trabajo es defender la libertad de expresión. No tengo clientes ni tengo agendas. Si lo que mi defendido quiere hacer es repudiable, que lo repudien, pero mis causas están por encima de mis defendidos”.

Preguntas:

- 1) La causa que defiende Feder, ¿es injusta? ¿Está ayudando a alguien a hacer algo incorrecto? ¿Qué diferencia, si la hay, existe en defender a alguien que cometió un homicidio y quiere evitar ir a prisión y un racista que desea que la justicia le permita expresar un discurso ofensivo y de odio?

Sugerencias para el docente: Parece claro que lo que Bondi desea hacer es sumamente ofensivo y repugnante, lo que hace a su conducta moralmente cuestionable. También parece claro que representarlo para obtener una sentencia favorable es ayudarlo a hacer esa acción incorrecta. Sin embargo, la pregunta es abierta, dado que, por otro lado, Feder está ayudando a que la libertad de expresión (de acuerdo con su interpretación) sea garantizada.

- 2) ¿Es relevante para su pregunta anterior que Feder trabaje para una ONG que defiende derechos civiles? Imagínese que Feder es un abogado que ejerce la profesión de manera privada y que ha tenido múltiples casos de libertad de expresión, pero lo hace por dinero (se ha rehusado a defender a personas que, por muy válidos que sean sus reclamos, no podían pagar sus honorarios). ¿Es esta diferencia relevante?

Sugerencias para el docente: Para esta serie de preguntas el docente puede esperar varias respuestas. El docente debe cerciorarse de que los alumnos apliquen los argumentos que vieron respecto a la aceptación de clientes. Una posible respuesta es que Feder, como parte de una ONG tiene, quizá, una mejor justificación para defender los derechos de sus clientes repugnantes que si lo hiciera meramente por dinero.

- 3) ¿Deben los abogados justificar por qué toman ciertos casos? ¿Debe Feder hacerlo? ¿Con su hermano? ¿Con la comunidad en general? ¿Es buena la justificación que ofreció Feder?

Sugerencias para el docente: Para esta pregunta, los alumnos nuevamente deben remitirse a los argumentos analizados en este capítulo, especialmente al debate Freedman-Tigar. El docente puede hacer un resumen de ese debate y preguntarle a los alumnos qué posición creen que es correcta (la estándar, la de control moral del cliente o la de elección del cliente como una elección moral).

2) *Si no le gustan mis clientes, tengo otros⁴²*

León Mazzolín es un abogado reconocido por su trabajo en los últimos años representando a víctimas de violaciones masivas de derechos humanos. Mazzolín ha sido abogado querellante en muchos casos contra represores de la dictadura y ha representado a diversos clientes ante la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos por violaciones a derechos de libertad de expresión, derechos electorales y debido proceso.

Los casos en los que Mazzolín representa a víctimas de violaciones de derechos humanos, los casos que el propio Mazzolín dice que son “los que realmente le interesan”, no le generan ingresos suficientes. Para poder mantener su trabajo en la defensa de los derechos humanos Mazzolín debe aceptar casos que, en ocasiones, lo pone en la vereda de enfrente, la de los victimarios. El resto de su práctica jurídica (la mitad de ella, de hecho) principalmente consiste en la defensa a acusados de cometer delitos violentos y financieros.

Esta paradójica práctica de la abogacía de Mazzolín no está desprovista de las críticas de muchos de sus colegas que también defienden los derechos humanos ante los tribunales. Sin embargo, Mazzolín siempre les responde que, como las víctimas, todos tienen derecho a un abogado, incluso aquellos que son, sin dudas, personas repugnantes y aberrantes.

⁴² Este ejercicio está basado en Gargarella 2009.

Además, sostiene que “todo lo que gano con estos casos es destinado a la defensa de las mayores y más perversas violaciones de derechos humanos. Se me puede acusar de todo menos de hipócrita”.

Sin embargo, Mazzolín se encuentra en el medio de un escándalo. Su último cliente es Gabriel Armando Dutch. Dutch estaba a cargo de las operaciones de Argentina de Aviación, la aerolínea de bandera de Argentina. Argentina de Aviación fue expropiada por el Estado en 2008, después de más de 50 años de gestión privada. En su momento, el Poder Ejecutivo designó a Dutch como su jefe de operaciones. Para ese momento, Dutch era Ministro de Energía, y ya existían sospechas de desvíos de fondos para uso personal. Su gestión de Argentina de Aviación se encuentra marcada con la gran mancha de la corrupción. El dinero destinado para el mantenimiento de aviones se sospecha, fuertemente, que fue distribuido entre Dutch y sus colegas en la compañía. No había otra forma de explicar cómo los aviones de Argentina de Aviación, que gozaban de buen mantenimiento antes de que Dutch asumiera sus funciones, estén en tal mal estado. Tal malo era el estado de los aviones que el 22 de julio de 2015 se produjo “la tragedia en los aires” en la cual uno de los aviones de Argentina de Aviación, que se dirigía a La Paz, se estrelló en el Chaco debido a un desperfecto en el motor que carecía del mantenimiento necesario. Por causa de esta tragedia y de su gestión, Dutch es acusado de varios delitos de corrupción.

Mazzolín asume la defensa de Dutch. Cuando un periodista le consulta por qué asume la defensa de un corrupto, Mazzolín responde “primero, es *acusado* de corrupción. Tiene derecho a que se le considere inocente hasta que se demuestre lo contrario. Segundo, le responderé como le respondí a todos los que me hacen estas consultas: el debido proceso es para todos, no sólo para las víctimas”.

Preguntas:

- 1) ¿Hay alguna diferencia entre una persona que es acusada de cometer delitos repugnantes, como el homicidio, y Dutch, que es un político acusado de delitos contra la administración pública?

Sugerencias para el docente: A diferencia de la pregunta anterior, estas preguntas no se enfocan en la cuestión de la justificación de la elección de un cliente, sino inconsistencias en las elecciones de clientes (alguien que representa a familiares de víctimas de homicidios y a homicidas en causas distintas, por ejemplo). Por lo tanto, el docente debe estar atento a esta sutileza en la discusión y análisis de estas preguntas.

El docente puede notar una diferencia entre un delincuente repugnante común y un funcionario público corrupto, como Dutch. Los funcionarios públicos son asociados, por lo menos en nuestro país, con un contexto de impunidad generalizada. Son muy pocos los casos de funcionarios públicos condenados. Por consiguiente, Mazzolín está defendiendo a

una persona que forma parte de ese grupo beneficiado por la impunidad. Al defenderlo, Mazzolín está contribuyendo a que esta situación de impunidad general se mantenga.

- 2) ¿Es Mazzolín un hipócrita por defender a víctimas y victimarios? ¿Es un hipócrita por defender a Dutch?

Sugerencias para el docente: Esto depende de si consideramos que la corrupción también tiene que ver con la violación de derechos humanos (en este caso, las vidas de las personas involucradas en la tragedia). El docente puede continuar preguntando a los alumnos si creen que es un problema que un abogado defienda a un grupo (víctimas de violaciones de derechos humanos) y a los acusados (quienes violan derechos humanos) en otro caso.

3) Lo que ellas quieren⁴³

Ana Rosalba Ferreira es una experimentada abogada con 30 años en el ejercicio de la profesión y de procedimientos de divorcios en particular. Tras haber asumido la representación de cientos de hombres y mujeres, Ferreira se dio cuenta del contexto de discriminación en el cual desarrollaba su profesión. Cuando las parejas llegaban a una propuesta de divorcio, siempre la mujer tenía asignadas mayores responsabilidades parentales y una distribución de bienes en general a favor de los hombres. Cuando no había una propuesta de divorcio, el juez decidía una idéntica distribución: responsabilidades parentales para la mujer, mayores bienes para los hombres. La razón de esta distribución es, según Ferreira, que la mujer es considerada la progenitora natural de la familia y el hombre “el que trabaja”. Pero esto es falso, piensa Ferreira, ya que no todas las mujeres tienen sólo responsabilidades con sus hijos (muchas también trabajan) y en los casos en los que la pareja que desea divorciarse no tiene hijos, la distribución de bienes generalmente también era favorable a los hombres. Ferreira decidió que sólo representaría mujeres para combatir las desigualdades que había presenciado.

Al estudio de Ferreira llega Marcelo, quien quiere que Ferreira sea su abogada durante su proceso divorcio. Un amigo de Marcelo, Andrés, le recomendó que se asesorara con Ferreira porque había quedado satisfecho con su trabajo durante su divorcio (en ese momento, Ferreira aceptaba clientes hombres). Ferreira le explica a Marcelo que no puede tomar su caso porque, por razones personales, sólo tomaba como clientes mujeres. Marcelo, furioso, le contesta: “¿Por qué me discrimina? ¿Qué tengo que ver yo con la desigualdad que sufren las mujeres? ¡Ya va a ver cuando la demande si va a seguir discriminado a los hombres!”. Marcelo se va, cerrando de un portazo.

Preguntas:

⁴³ Basado en “Nathanson v. Commonwealth of Masschussets”, resuelto por la Corte Superior del Commonwealth de Massachusetts, 2003.

1) ¿Es correcto que un abogado elija sus clientes para promover algún interés ideológico?

Sugerencias para el docente: Para esta pregunta el docente debe esperar respuestas diversas de los alumnos.

2) ¿Qué discreción, si es que debe haberla, puede ejercer un abogado a la hora de elegir sus clientes? ¿Debería tener Ferreira la discreción para sólo elegir mujeres? ¿Le parecería bien que un abogado sólo defendiera blancos o católicos? ¿Hay alguna diferencia relevante?

Tenga en consideración, al responder a esta pregunta, que en algunas normas a nivel estadual en Estados Unidos prohíben no tomar casos por razones de índole personal. Por ejemplo, la regla 6068(h) del Código de Negocios y Profesiones establece: “Nunca se puede rechazar, por cualquier consideración personal, las causas de los indefensos y de los oprimidos”.

Sugerencias para el docente: La norma californiana podría dar una pauta para responder esta pregunta. Hay buenas razones para prohibir el rechazo por razones personales de causas de personas indefensas u oprimidos, cosa que los hombres blancos y los católicos no son. Los oprimidos y los indefensos tienen un menor acceso a la justicia, ya sea porque son ignorados o porque suelen tener menos dinero para contratar los servicios de un buen abogado. Rechazar sus causas por razones banales sólo acrecentaría esa situación de injusticia hacia ellos. Esto tiene obvias conexiones con el tema de la Unidad 9. Además, los indefensos y los oprimidos, como los negros, las minorías religiosas o las mujeres, suelen ser el foco de las violaciones de los derechos, mientras que los hombres blancos, si bien pueden tener problemas, no suelen ser de la magnitud de los que sufren esos otros grupos.

Unidad 9: Acceso a la justicia

1. Introducción

La desigualdad en el acceso a la justicia es, quizás, uno de los principales desafíos de las democracias constitucionales modernas, en la Argentina y en la región. La falta de acceso a la justicia y la desigualdad de recursos legales durante un litigio impactan directamente en el resultado de un litigio, como así también en la legitimidad del sistema de justicia en su conjunto y del derecho como mecanismo de solución de controversias.

La conexión entre este problema y la profesión no parece evidente y, por ello, mostrar ese nexo debe ser un objetivo central de esta unidad. Las discusiones sugeridas para esta unidad son muchas y diversas; por ello, sugerimos seleccionar temas o abordarlos en más de una clase. A su vez, muchas de las cuestiones tienen vinculación con otros temas tratados en el manual y pueden aprovecharse transversalmente a lo largo del curso.

En este sentido, sugerimos dividir los temas en clase en función de los siguientes objetivos pedagógicos:

- 1) Conocer y diagnosticar el problema de la falta del acceso a la justicia y el problema de la desigual distribución de recursos jurídicos entre las partes en el proceso.
- 2) Conocer la regulación de la profesión sobre acceso a la justicia y analizarla desde el punto de vista justificatorio. En particular, deben evaluarse aquellas normas referidas a la creación del monopolio de la representación jurídica en manos de los profesionales del derecho y sus obligaciones en relación con el acceso a la justicia y la calidad de los servicios ofrecidos y prestados. En este punto, el docente puede retomar la discusión realizada en la Unidad 2 respecto de la colegiación obligatoria y su justificación y conectarlo con lo visto en la Unidad 5 en forma más descriptiva respecto de los sistemas de regulación profesional.
- 3) Crear y discutir posibles estrategias para mitigar el problema del acceso y de la desigual distribución de recursos jurídicos desde la profesión.

2. El problema del acceso a la justicia y de la desigual distribución de recursos jurídicos durante el proceso

En este primer núcleo temático se busca reflexionar, por un lado, acerca de los alcances del derecho de acceder a la justicia entendida como acceso a un abogado, y por el otro, sobre la dimensión estructural del problema del acceso a la justicia.

a) Los alcances del derecho de acceder a la justicia: el problema desde la mirada del caso

Para mostrar y reflexionar sobre los alcances de derecho de acceder a la justicia es conveniente distinguir dos cuestiones: por un lado, el acceso a la justicia como derecho de los grupos económicamente desventajados; por el otro, la igualdad de las partes en el marco de un proceso. Sugerimos introducir el tema a partir del planteo de uno o varios casos, con situaciones reales o hipotéticas, que permitan evidenciar las dos dimensiones del acceso a la justicia (véanse los ejercicios de esta unidad).

Sobre el acceso a la justicia, la discusión se centra en cómo justificar la existencia de un derecho al acceso a servicios legales mínimos, es decir, a un umbral de acceso a la justicia debajo del cual ningún ciudadano debería caer.

Una vez que los ciudadanos tienen derecho a un mínimo de servicios legales, puede suceder que la disparidad de recursos jurídicos entre las partes en un proceso judicial afecte la capacidad del sistema de ofrecer soluciones justas. En el derecho penal, esta desigual distribución intenta subsanarla el propio Estado. Sin embargo, en los procesos civiles ello se encuentra, en buena medida, librado al mercado. La propuesta consiste en discutir la justificación de principios igualitarios en la distribución de recursos legales dentro de un proceso. En el manual para estudiantes se expone, a este respecto, el argumento de Wertheimer (véase la bibliografía). El objetivo es, luego, explorar las posibles contribuciones de la profesión a la igualdad en el marco de un proceso.

b) El acceso a la justicia como problema estructural. Diagnósticos

Para introducir la dimensión estructural del problema, una buena estrategia consiste en invitar a los estudiantes a imaginar qué sucedería en la práctica si un amplio porcentaje

de la población carece de la posibilidad del acceso a recursos jurídicos o lo hace sólo a servicios legales mínimos. Cuando un problema aparece en un caso, es posible que se repita en otros. Aprender a pensar en términos de práctica colectiva resulta fundamental.

Sugerimos compartir con los estudiantes algunos diagnósticos sobre necesidades jurídicas insatisfechas e invitar a la reflexión sobre cómo debería ser el abordaje de un problema que tiene dimensiones estructurales.

Para acotar la discusión se pueden plantear problemas concretos en clave de caso y en clave estructural. Por ejemplo, se pueden proponer formas de entender el umbral de acceso a la justicia (es decir, cuándo un ciudadano se considerará “carente de recursos” para acceder a patrocinio letrado por sus propios medios) con el fin de problematizar si es una cuestión que debería resolverse caso por caso o *ex ante*, y qué impacto tendría una u otra forma de resolverlo.

3. La abogacía y el acceso a la justicia. Justificación y deberes.

El segundo núcleo temático de esta unidad abarca la regulación de la profesión sobre acceso a la justicia desde el punto de vista justificatorio.

a) Acceso a la justicia y la justificación del monopolio

Una vez que hemos detectado que la presencia de los abogados como llave de acceso al sistema de justicia está conectada con las posibilidades de acceso efectivo al servicio de justicia por parte de los ciudadanos, es importante discutir las razones que se han esgrimido a favor de la entrega en monopolio del acceso a la justicia a la profesión.

El docente debe tener a mano, además del capítulo 9, el capítulo 2 del manual y retomar algunos de los argumentos allí esgrimidos. Las líneas argumentales que se han propuesto en el manual son dos:

- 1) Los argumentos de “mercado”: sostienen que el monopolio beneficia a los potenciales usuarios de los servicios legales al reducir los costos de información y promover mejores decisiones en los procesos judiciales. Es importante que la clase vincule esta forma de entender al monopolio con sus presupuestos respecto de cierta

forma de concebir el rol de la profesión y del derecho en los procesos de toma de decisiones.

2) Por otro lado, un conjunto de argumentos que vienen de la teoría política y justifican el monopolio a partir del rol que una democracia constitucional le asigna a la profesión. Los argumentos son, básicamente, dos: por un lado, que los abogados son los traductores de los intereses de sus clientes al lenguaje del derecho y que, al hacerlo, deben defender celosamente los intereses del cliente pero cuidando, al mismo tiempo, el derecho entendido como práctica. Por otra parte, que los abogados son, además, los igualadores retóricos de sus conciudadanos, lo que garantiza la igualdad relativa entre las partes en el proceso al promover que las decisiones se tomen por los mejores argumentos, lo que supone, a la vez, construir una práctica del derecho cada vez más robusta. Estas líneas argumentales pueden analizarse en Böhmer 2008 (véase la bibliografía recomendada y general).

Ninguna línea argumental es concluyente. Sin embargo, constituyen buenos presupuestos para analizar con mirada crítica la regulación sobre el acceso a la justicia y la profesión.

b) Sobre la regulación

Si bien el manual para estudiantes trabaja principalmente sobre la normativa federal, sugerimos optar por el código vigente en la jurisdicción en la que se desarrolla el curso y comparar las diversas regulaciones.

Del mismo modo, si hubiere regulación sobre la forma en que la profesión estructura sus sistemas de acceso gratuito al asesoramiento jurídico, también pueden compararla con la del Colegio Público de la Ciudad de Buenos Aires.

Los estudiantes pueden identificar en la regulación (ley, códigos de ética, etc.) aquellas normas que establecen que será necesario contar con patrocinio letrado para acceder al servicio de justicia, y los deberes correlativos que tiene la profesión como garante del acceso a la justicia por parte de quienes lo necesitan.

Algunos ejemplos de preguntas para guiar la búsqueda de las normas relevantes pueden ser:

- ¿Cuáles son los deberes de la profesión en relación al acceso a la justicia?
- De acuerdo con la regulación, ¿quiénes tendrán derecho a acceder a asesoramiento jurídico en forma gratuita? ¿Hay alguna restricción al acceso a la justicia por temas, jurisdicción?
- De acuerdo con la regulación, ¿cómo está organizada la oferta de servicios jurídicos? ¿Hay alguna regulación más específica?
- Identifique el criterio de distribución de los servicios jurídicos gratuitos.

Una vez identificadas las normas, sugerimos centrar la exposición o discusión con los estudiantes promoviendo la mirada crítica de la regulación. Algunos disparadores para la discusión podrían ser:

- Si el monopolio se justifica porque mejora la calidad de las decisiones que se toman en el sistema judicial y, además, porque permite a los ciudadanos defender sus derechos en forma igualitaria ante un juez imparcial, ¿está la regulación justificada? ¿Por qué?
- ¿La regulación está pensada con perspectiva de política pública? ¿Por qué?
- ¿Qué concepción de la profesión y de la práctica del derecho subyace a la regulación vigente? Justifique.

4. Abogacía para el acceso a la justicia

Hasta aquí la clase se ha centrado, por un lado, en la justificación del derecho a al acceso a recursos legales mínimos y a la igualdad de recursos legales y el correlativo deber de la abogacía de garantizar esos derechos; y, por el otro, en conocer y valorar críticamente la regulación.

Finalmente, el desafío consistirá en tomarse en serio el acceso a la justicia como derecho y explorar soluciones que honren los compromisos que una democracia constitucional le exige a la profesión y, a la vez, sean susceptibles de ser implementadas.

a) El acceso a la justicia como un problema de escasez o distribución de recursos

Aun cuando la falta de acceso a la justicia por parte de grupos desaventajados económicamente pueda considerarse una obviedad, ensayar posibles respuestas a ese problema exige información algo más completa y es importante que los estudiantes se familiaricen con formas de indagar sobre hechos de la realidad.

Construir un diagnóstico del problema supone, por un lado, contar con datos empíricos sobre la oferta de servicios jurídicos disponible, la demanda y los criterios de distribución que existen en la práctica. Esos datos exigen la interacción con otras disciplinas. En el manual para estudiantes se presentan algunos pocos datos disponibles que se han producido a nivel nacional o desde ONGs de la Ciudad de Buenos Aires. Sugerimos que los estudiantes rastreen si existen datos disponibles en la jurisdicción donde se encuentren y los analicen a la luz de las razones que justifican el monopolio y los deberes correlativos de garantizar el acceso a la justicia.

Por otro lado, para poder obtener datos sobre la oferta, la demanda y los criterios de distribución es necesario, previamente, definir algunas cuestiones normativas señaladas y discutidas en el manual y cuyo debate se sugiere promover en clase. Muchas de esas categorías determinarán, a su vez, las dimensiones de la oferta o de la demanda, por lo que la discusión o los ejercicios sobre estos temas son fundamentales para la integración de destrezas de análisis normativo y de consideraciones de impacto en la práctica por parte de los estudiantes.

b) Acceso a la justicia como igualdad relativa de las partes en el proceso

En el manual se distinguen las cuestiones que requieren de recursos económicos para tener igual capacidad de incidencia en el desarrollo de un caso (por ejemplo, contar con dinero para producir más o mejor prueba, o con mayor tiempo de un profesional destinado a trabajar en el caso) de las cuestiones referidas al tipo de destrezas que debe tener un profesional de la abogacía para convertirse en un argumentador eficaz. Dado

que las primeras pueden incluirse en la discusión acerca de los criterios de distribución y que fueron abordadas con anterioridad, se sugiere poner el foco en la segunda.

Es importante retomar y recordar el ideal de los igualadores retóricos para plantear la cuestión de los estándares de calidad de la formación profesional y de la habilitación y control sobre la calidad profesional de los matriculados.

Sobre la cuestión de la formación profesional el objetivo consiste en explorar si la forma en que hoy se estudia el derecho está justificada desde la concepción de la abogacía como traductores e igualadores retóricos de sus conciudadanos.

La reflexión puede comenzar indagando sobre los contenidos y destrezas que debería promover una carrera de abogacía para formar abogados que sepan traducir al derecho los intereses de sus clientes y defenderlos con argumentos genuinos, y contrastarla con el programa de estudios y las metodologías de enseñanzas que se cursan en la actualidad.

Sobre el eje referido a la habilitación y control de la calidad del ejercicio profesional, la primera cuestión consiste en identificar los mecanismos establecidos en la regulación vigente y evaluarlos críticamente y comparativamente. Para este último punto, sugerimos utilizar el capítulo 5 del manual donde se compara la regulación de la profesión en diversas jurisdicciones en lo referido al ingreso, habilitación y control de calidad de la profesión, entre otros.

5. Bibliografía recomendada para el docente

A continuación, resumimos las recomendaciones bibliográficas para el docente. Los datos bibliográficos completos de estos textos se encuentran en la Bibliografía general.

- 1) *El problema del acceso a la justicia y de la desigual distribución de recursos jurídicos durante el proceso*
 - Birgin y Kohen 2006; Luban 1988, capítulos 11 y 12; Wertheimer 1988.

2) La abogacía y el acceso a la justicia. Justificación y deberes

- Sobre la justificación del monopolio: véase la bibliografía indicada en la Unidad 2.
- Para la regulación: véase la bibliografía indicada en la Unidad 5.
- Para la cuestión general del papel del abogado en el acceso a la justicia: Abel 1997, capítulo 1; Böhmer 2008; Gordon 1999; Kronman 2010; Luban 1988; Markovits 2006; Markovits 2003; Rhode 2000.

3) Abogacía para el acceso a la justicia

- Datos de pobreza en Argentina:
 - INDEC, Encuesta Permanente de Hogares. Incidencia de la Pobreza y de la Indigencia. Resultados del segundo semestre de 2016. Disponible en: http://www.indec.gov.ar/nivel4_default.asp?id_tema_1=4&id_tema_2=27&id_tema_3=64
- Datos disponibles sobre necesidades jurídicas insatisfechas: Böhmer 2004; Bercovich, et. al., 2013; Facultad de Derecho UBA, Diagnóstico de necesidades jurídicas insatisfechas y niveles de acceso a la Justicia, 2017. Disponible en: <http://www.jus.gob.ar/media/3234696/diagnosticoinformefinaldic2016.pdf>
- Criterios de distribución: Abel 2016; Abel 1997, capítulos 15, 17, 18, 19 y 20; Holmes y Sunstein 2011.
- Sobre la enseñanza del derecho: Böhmer, 1999; Bonilla Maldonado 2017; Kronman 2010; Puga 2002; Witker 2007.

4) Documentos y normativa internacional sobre Acceso a la Justicia

- Naciones Unidas: <https://www.un.org/ruleoflaw/es/thematic-areas/access-to-justice-and-rule-of-law-institutions/access-to-justice/>
- Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos:
 - Información reunida por el Departamento de Derecho internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA: http://www.oas.org/es/sla/ddi/acceso_justicia.asp.

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Acceso a la Justicia como Garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, OEA/Ser.L/V/II Doc. 4, 2007.
- Comisión Internacional de Juristas: Estándares internacionales sobre independencia y ética profesional de jueces, abogados y fiscales:
<https://www.icj.org/themes/centre-for-the-independence-of-judges-and-lawyers/international-standards/>

6. Bibliografía general

La siguiente lista contiene los textos citados y otros que pueden ser de utilidad para el docente.

- Abel, Laura K., “A right to counsel in civil cases: lessons from Gideon v. Wainwright”, *Clearinghouse Review Journal of Poverty Law and Policy*, 2016, p. 271.
- Abel, Richard L. (ed.), *Lawyers: a critical reader*. New York: The New Press, 1997.
- Bercovich, Luciana et. al., “Sectores Populares, Derechos y Acceso a la Justicia. Un estudio de necesidades legales insatisfechas”, ACIJ, 2013. Disponible en: <http://acij.org.ar/wp-content/uploads/2014/06/Informe-Sectores-populares-derechos-y-acceso-a-la-justicia.pdf>.
- Birgin, Haydée y Kohen, Beatriz (comp.), *Acceso a la Justicia como garantía de igualdad*. Buenos Aires: Biblos, 2006.
- Böhmer, Martín (comp.), *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*. Barcelona: Gedisa, 1999.
- Böhmer, Martín et. al., “Necesidades Jurídicas insatisfechas. Un estudio en el partido de Moreno”, CIPPEC, 2004. Disponible en: <https://www.cippec.org/wp-content/uploads/2017/03/2089.pdf>.
- Böhmer, Martín, “Igualadores y traductores. La ética del abogado en una democracia constitucional”, en Alegre, M., Roberto Gargarella y Carlos Rosenkrantz (Coord.), *Homenaje a Carlos S. Nino*, Buenos Aires: La Ley, 2008, pp. 353-371.
- Bonilla Maldonado, Daniel, “Los mandarines del derecho: el trabajo jurídico pro bono en perspectiva comparada”, en Bonilla Maldonado, Daniel, *Los Mandarines Del derecho: Trasplantes Jurídicos, Análisis Cultural Del derecho y Trabajo pro Bono*, primera edición. Bogotá: Siglo Del Hombre Editores S.A., Bogotá D. C., 2017, pp. 29–134. JSTOR, www.jstor.org/stable/j.ctt1kw27qm.5.
- Gordon, Robert W., “La práctica del derecho empresarial como un servicio público”, en Böhmer, Martín (comp.), *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*. Barcelona: Gedisa, pp. 173-212, 1999.

- Holmes, Stephen y Sunstein, Cass R., *El costo de los derechos*. Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.
- Kronman, Anthony, “Vivir en el derecho”, traducción de Martín Böhmer, Buenos Aires,:Biblioteca Yale-Palermo, capítulo 4, 2010.
- Luban, David, *Lawyers and Justice*. Princeton: Princeton University Press, capítulos 11 y 12, 1988.
- Puga, Mariela, “Los desafíos de las clínicas jurídicas en Argentina”, en González, Felipe (ed.), *Litigio y políticas públicas en derechos humanos*, Santiago de Chile: Cuadernos de Análisis Jurídico, 2002, pp. 41-93.
- Rhode, Deborah L., “The Pro Bono Responsibilities of Lawyers and Law Students”, *William Mitchell Law Review*, volumen 27, 2000.
- Wertheimer, Alan, “The Equalization of Legal Resources”, *Philosophy and Public Affairs*, Volumen 17, número 4, 2008.
- Witker, Jorge, “La enseñanza clínica como recurso de aprendizaje jurídico”, Academia, Año 5, Número 10, 2007. Disponible en:
http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/10/la-ensenanza-clinica-como-recurso-de-aprendizaje-juridico.pdf

7. Ejercicios con sugerencias para el docente

1) Sin tiempo

Miguel Valdemar es juez del Tribunal Oral en lo Criminal N° 31. Valdemar es de un origen extremadamente humilde. Nacido y criado en un barrio pobre consumido por el narcotráfico, Valdemar, con la sacrificada ayuda económica de su padre y madre, inmigrantes peruanos que no terminaron el primario, logró finalizar la carrera de abogacía y tener una ascendente carrera en el poder judicial.

Debido a sus orígenes humildes, Valdemar siempre ha tenido una mirada compasiva con las personas sobre las que tiene que impartir justicia, lo que le ha generado críticas del sector más punitivista de la sociedad. Por lo general, Valdemar es criticado porque sus sentencias son constantemente favorables a los acusados.

Valdemar ha ganado notoriedad en los últimos días porque debe decidir en el caso de la muerte de Victoria Simmons. Victoria era una estudiante de medicina de 18 años que vivía con su familia de clase media alta en el barrio de Recoleta. El 27 de Marzo de 2015, a las 23:50, Victoria es hallada muerta en su habitación por sus padres, que habían salido a cenar. El cuerpo de Victoria estaba degollado. Los forenses encontraron rastros de semen en el cuerpo de Victoria. El semen era de Luis Novarro, el hijo del encargado del edificio, quien se convirtió automáticamente en el único sospechoso.

Durante el transcurso de la investigación se probó que Luis y Victoria tenían un romance desde hace meses, a pesar de que Victoria se encontraba de novia con Máximo, su novio desde quinto año del secundario. Victoria, Máximo y Luis eran amigos, e iban al mismo colegio, exclusivo y privado, al que Luis había accedido a través de una beca para jóvenes talentos, provista por el mismo colegio.

Las pericias también probaron que la relación sexual fue consentida y que Victoria fue asesinada entre una hora y dos horas de haber terminado de tener relaciones sexuales. Además, se encontró un chuchillo en el departamento de los Simmons. El chuchillo pertenecía a Miguel, el papá de Luis.

Durante el juicio oral, el fiscal tomó la presencia cerca de la hora del homicidio y el cuchillo como pruebas determinantes de su culpabilidad.

Luis defendió categóricamente que es inocente. La hipótesis del abogado de Luis, el defensor público Eduardo Merino, es que el asesino de Victoria fue Máximo, quien después de descubrir que Victoria lo engañaba con Luis, la mató con el cuchillo de Miguel, que habrá tomado en una de sus tantas visitas a la casa de los Novarro. Sin embargo, Merino no presentó ni pidió la producción de las pruebas más sólidas a favor de Luis. Principalmente, no llamó a declarar a Máximo, cuyo testimonio hubiese sido fundamental para encaminar la investigación hacia un nuevo sospechoso o, por lo menos, probar si la hipótesis de la defensa tenía algún fundamento.

Valdemar sospecha que lo que está sucediendo es que Merino está tratando de sacarse el caso de encima. Valdemar conoce a Merino y lo considera un buen defensor, pero se encuentra en un momento de mucho trabajo. Los otros dos fiscales que compartían la jurisdicción con Merino en la zona en la que trabaja se han jubilado con dos meses de diferencia y no han nombrado subrogantes en sus cargos, dejando a Merino una gran carga laboral. Merino se ve obligado a distribuir su tiempo con más acusados y dedicar menos tiempo a cada uno de ellos. Valdemar cree que por esta razón Merino ha evitado llamar a declarar a Máximo ya que habría implicado extender aún más el proceso.

Ha llegado el momento de decidir y Valdemar se encuentra en una encrucijada: si bien todas las pruebas hasta el momento llevan a concluir que Luis mató a Victoria, Luis nunca pudo probar otra hipótesis porque su abogado no quiso. Seguramente Luis podría haber contratado los servicios de un abogado privado, quien podría haber dedicado todo el tiempo que su caso necesitaba. El único delito que había cometido hasta el momento Luis era no tener dinero. Y para Valdemar la pobreza no era ningún delito.

Preguntas:

- 1) ¿Por qué podría afirmarse, sobre la base de este caso, que la mera provisión de recursos legales mínimos no, es en todos los casos, satisfactorio? ¿Cómo deberían ser esos recursos legales mínimos?

Sugerencias para el docente: El ejemplo muestra que el acceso a los recursos legales mínimos es insuficiente para plantear exitosamente una defensa. Pareciera que, además de tener un abogado (el recurso más básico y mínimo que puede proveer un sistema de justicia), los recursos tienen que ser idóneos para por lo menos una persona tenga la posibilidad de presentar una defensa completa de sus intereses. Esta cuestión tiene clara relación con la unidad 5, en la que se pudo observar varios casos en los que los

tribunales consideran que los derechos del cliente son violados por una defensa negligente. La Corte Suprema de Estados Unidos en el caso “Strickland”, citado en esa unidad, sostuvo que incluso una mala estrategia defensiva es violatorio del derecho a un abogado. Es decir, no alcanza con tener un abogado, sino que éste debe ser lo suficientemente competente como para representar adecuadamente a su cliente.

2) ¿Fue Merino diligente en su defensa de los intereses de Luis?

Sugerencias para el docente: pareciera en principio que no. En la unidad 5 se pueden ver distintos supuestos de defensa negligente. Una de ellas es la inacción del abogado durante el proceso. Por supuesto, no hay inacción más negligente que omitir (y más aún, omitir conscientemente, según las sospechas de Valdemar) evidencias conducentes a probar la posición del cliente.

Sin embargo, esto no es obvio. En el caso “Almada, Angélica y otro”, resuelto por la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, se sostuvo que no alcanza con la falta de ofrecimiento de pruebas para considerar que un cliente se encuentra indefenso. Deben concurrir otras circunstancias de negligencia por parte del defensor para considerar que actuó negligentemente. Esto se debe, sostuvo a la Cámara, a que es el Ministerio Público Fiscal el que debe presentar pruebas y que la facultad de presentar pruebas es una facultad técnica y discrecional de la defensa. Sin embargo, parece incorrecto sostener que el defensor no tiene el deber de presentar pruebas cuando estas benefician a su cliente.

Es importante aclarar que la decisión del caso “Almada” apuntaba a determinar si se habían violado los derechos constitucionales de defensa del cliente. Es posible no haber violado los derechos de nadie y de todas formas cometer una falta de ética profesional. Sin embargo, el docente puede presentar el caso “Almada” como un contraargumento a una posición que parece en principio obvia (que es una falta no presentar todas las pruebas relevantes).

3) Si su respuesta a la pregunta anterior es negativa, ¿qué debe hacer Valdemar? ¿O los recursos legales ineficientes son un problema sobre el que no debe inmiscuirse el Poder Judicial?

Sugerencias para el docente: Es una pregunta abierta para que los alumnos la analicen y la discutan. Sin embargo, en varios de los casos de la unidad 5 se presentan posibles soluciones a esta pregunta. Por ejemplo, en “Romero, Alejo” el Tribunal Oral en lo Criminal Federal Número 1 de la Capital Federal anuló el debate y apartó al defensor por tener una actitud pasiva durante la etapa de debate. En la etapa recursiva, en el caso

“López, Osvaldo A.” de 1987 (que no se encuentra citado entre los casos de la unidad 5), la Corte Suprema de Justicia de la Nación decidió disminuir las exigencias a la hora de interponer el recurso extraordinario cuando el cliente no fue asesorado por un abogado idóneo.

Estos ejemplos lo que muestran es que los jueces tienen facultades para remediar errores que se producen de tener un mal abogado. Es cuestión de mayor debate qué es lo que debería hacer Valdemar (o cualquier otro juez) en un caso como el de Luis. Es importante destacar que no necesariamente los alumnos deben citar legislación vigente para responder a esta pregunta. Pueden presentar soluciones novedosas o, sencillamente, de existir una solución en la normativa vigente, afirmar que un juez no debe solucionar los errores de un mal abogado.

2) Fair Play

Erica Garcetti es una de las titulares de la Sala Z de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Sus compañeros de la Sala Z son Patricia Salas y Gastón Mendelsohn. Garcetti es reconocida como la jueza más “dura” de los tres, y de la Cámara, en general. Garcetti es reconocida por otorgar indemnizaciones por daños y perjuicios menores que las que el promedio de los jueces civiles suelen otorgar.

A la Sala Z llega el caso de María Muñoz. María iba conduciendo su automóvil a una velocidad ligeramente por encima de la permitida cuando fue embestida por un auto de alta gama, conducido por Lorenzo Beroni, el dueño de una de las empresas de energía más importantes del país. Beroni conducía a una alta velocidad y, aparentemente, alcoholizado. El auto de María quedó totalmente destruido. María perdió el sentido del olfato de por vida. María demanda a Beroni por daños y perjuicios.

Cuando el caso llega a la Cámara, la Sala Z sale sorteada. Durante las audiencias, Garcetti nota la extrema desigualdad entre las dos partes. Mientras que María estaba acompañada de un abogado recién recibido, Beroni estaba acompañado de un ejército legal. El abogado de María era bueno, pero nada en comparación al equipo de Beroni: dos de los abogados especialistas en derechos de daños más importantes en el país y un toxicólogo reconocido a nivel mundial.

Los abogados de Beroni sostuvieron que la jurisprudencia actual en materia de accidentes de tránsito de la Cámara por la cual cuando la víctima excede, aunque sea mínimamente, el límite de velocidad, no puede reclamar el resarcimiento total del daño. De hecho, los abogados de Beroni mostraron que esta línea jurisprudencial tiene su origen en un voto concurrente de la jueza Garcetti, quien en el caso “Maldonado c. Kashmir s/daños y perjuicios” sostuvo que la víctima sólo podrá reclamar hasta un cuarto de lo que podría haber reclamado de haber respetado los límites de velocidad.

El abogado de María no pudo contrarrestar los argumentos de los abogados de Beroni. Tampoco pudo hacer nada con los argumentos del toxicólogo, quien probó que Beroni,

en realidad, no tenía el grado de alcohol en sangre suficiente para estar incapacitado para manejar. No es que hayan sido argumentos concluyentes e irrefutables, pero la inexperiencia del abogado de María era demasiado evidente contra profesional de tal envergadura.

Llegado el momento de deliberar, los jueces invierten los roles. Mientras Salas y Mendelsohn están a favor de la posición de los abogados de Beroni de no otorgar un resarcimiento completo a María, Garcetti cree que eso sería sumamente injusto. Salas y Mendelsohn están perplejos: la “dura” Garcetti no sólo creía que el monto resarcitorio era insuficiente, sino que estaba yendo en contra de sus propios precedentes. Salas y Mendelsohn le preguntan por qué semejante giro en 180 grados. Garcetti respondió: “Claramente el demandado presentó mejores argumentos, ¿cómo no lo va a hacer? Tiene los mejores especialistas. También tiene el dinero para hacerlo. Muñoz no tiene dinero. No puede competir así. Quizás su decisión, de tener un abogado por lo menos un poco más preparado, hubiese sido otra. Es verdad: yo opino como opinan ustedes ahora normalmente. Pero esta diferencia no es normal. No podemos indemnizar tan poco. No es justo”.

Preguntas:

- 1) Las diferencias en recursos legales, ¿deberían ser subsanadas? ¿Deberían los jueces tratar de subsanarlas de alguna manera?

Sugerencias para los docentes: ésta es una pregunta abierta que debe ser sometida al debate de los alumnos. Sin embargo, el docente puede comenzar aclarando una diferencia crucial con el ejercicio anterior: en este caso, no se trata de recursos legales insuficientes o poco idóneos. El abogado de María parece, cuanto menos, decente. Más bien, la cuestión que presenta el ejercicio es una diferencia abismal de recursos legales.

- 2) ¿Es la decisión de Garcetti de compensar la falta de recursos legales con una decisión más favorable para María una buena idea? ¿Qué otra forma de compensar las diferencias en recursos legales se le ocurre?

Sugerencias para los docentes: Ésta, nuevamente, es una pregunta para que los alumnos debatan. El docente puede aclarar que no sólo los jueces pueden compensar las desigualdades en recursos legales. Es posible, como se hace en algunos países, establecer límites a lo que una persona puede gastar en abogados. De esta manera, de existir desigualdades, no serán tan grandes de no existir ese límite.

- 3) Los contextos de competición no suelen presentar ventajas para la parte más débil. Por ejemplo, cuando dos equipos de fútbol y uno de los equipos tiene mejores jugadores que el rival, no parece razonable exigirle que juegue con sus suplentes

para compensar las inequidades de talento. ¿Qué diferencia hay entre un partido de fútbol y la profesión de la abogacía? ¿Hay alguna diferencia que amerite limitar cuantos abogados o qué abogados pueden participar de un proceso judicial?

Sugerencias para los docentes: La comparación con los deportes es tendenciosa. Es posible sostener que cuando el juego se está jugando, sea el juego del fútbol o el de la justicia, no se debe obligar a modificar a los jugadores (abogados) que se encuentren jugando. Ésa es una posición plausible. Sin embargo, la cuestión aún más interesante sería si es posible limitar antes de que comience el juego (el juicio) quién puede participar. Esto es muy común en deportes. En la unidad 2, en uno de los ejercicios (“Abogacía y deportes”), se ofrece en el ejemplo de la National Basketball Association, en la cual se limita lo que cada equipo puede gastar por temporada. Por supuesto, una vez que la temporada de la NBA comienza, los equipos pueden jugar con los jugadores que contrataron durante la temporada como crean conveniente. Esa es una posición plausible que puede trasladarse fácilmente al contexto de la abogacía: los clientes pueden “jugar” con el abogado que deseen siempre que no gasten un determinado monto de dinero en abogados.

3) Jugando a ser Dios

Antonio de Grazia es el fundador de “de Grazia Abogados”. Si bien se trata de un estudio de gran importancia y de un tamaño considerable, “de Grazia Abogados” es conocido por su trabajo pro bono.

De Grazia, además de un excelente abogado, siempre fue una persona con mucha conciencia social. Su padre era un humilde comerciante y siempre era estafado, de diversas maneras, por sus proveedores. Durante sus estudios en la carrera de abogacía, de Grazia se dio cuenta de que, si su padre hubiese tenido acceso a un abogado, sus problemas no hubiesen existido o hubiesen sido mucho menores. Sin embargo, su padre nunca tuvo dinero para contratar a un abogado decente. De Grazia se prometió que nunca dejaría que a una persona le falte un buen abogado, aunque no tenga dinero para pagar uno.

“de Grazia Abogados” distribuye servicios gratuitos para personas que necesitan un abogado y se encuentran en una situación crítica. Estas personas acuden al área pro bono del estudio, que dirige el propio de Grazia. En el área, hay dos abogados de cada una de las áreas de práctica destinados exclusivamente a prácticas pro bono, que rotan año tras año.

Tener un área pro bono tan grande como la de “de Grazia Abogados” supone un gasto muy significativo. Cuando un abogado trabaja pro bono, está destinando tiempo a una actividad no lucrativa. Por eso, de Grazia trata de hacer un equilibrio entre las actividades pro bono y las actividades lucrativas del estudio. En los inicios del estudio, “de Grazia Abogados” destinaba el 10 % de su presupuesto operativo a actividades pro bono. Esto equivalía a 55 horas pro bono por abogado. Sin embargo, cuando nuevos socios se incorporaron al estudio, presionaron para que el presupuesto destinado a actividades pro bono sea reducido a apenas un 2%, reduciendo drásticamente la cantidad de horas pro bono por abogado.

Al área pro bono acuden dos casos muy distintos, pero ambos muy delicados. Por un lado, está el caso de Fátima, quién acudió al estudio el 23 de abril de 2017. Fátima tiene una hija, Anahí, que padece de un tumor cerebral. Cuando Fátima trató la pensión por discapacidad para su hija, cuyo certificado aclaraba que padece de 100% de discapacidad, le fue denegada. La razón fue simple: Anahí nació en Paraguay, y la ley actual en materia de pensiones por discapacidad exige una residencia de 20 años para los residentes no nacionalizados. Si bien Fátima era residente, apenas tenía 8 años, lo cual hacía lógicamente imposible cumplir con este irrazonable requisito. Fátima acude a “de Grazia Abogados” para que logren que un juez determine que el requisito de residencia por 20 años es inconstitucional. Fátima no logró que la Defensoría del Pueblo tomara su caso.

Por otro lado, está el caso de Marta Ferro, quien acudió al estudio el 25 de abril de 2017. Marta vive en la calle, con sus dos hijas de 5 y 3 años. Marta trabaja en una fábrica, pero cerró hace un año, la misma cantidad de tiempo que se encuentra en la calle. Cada tanto logran alojarse en un albergue que provee la ciudad, pero Marta cree que la ciudad debe proveerle una vivienda digna para la subsistencia de ella y sus hijas. Quiere que el área pro bono de “de Grazia Abogados” trate de llevar su caso a la justicia. Marta acudió a la Defensoría del Pueblo local, pero su caso fue ignorado.

De Grazia sabe que ambos casos son pertinentes para su área pro bono, pero hay un problema: de acuerdo con el presupuesto, sólo puede aceptar uno. Aceptar los dos casos excedería el presupuesto que de Grazia y sus socios acordaron para el área pro bono. Cuando de Grazia les consulta a sus socios la posibilidad de exceder un poco ese presupuesto y aceptar ambos casos le responden categóricamente: “Mirá, Antonio, yo sé que la actividad pro bono te importa. A nosotros no. Sólo aceptamos la actividad, primero, porque vos querías y fundaste este estudio vos sólo, y nosotros venimos después, y segundo, todos los estudios grandes tienen alguna actividad pro bono. No queremos quedar mal y no tener pro bono, pero sólo lo suficiente para no quedar mal. No iríamos a la quiebra si tomamos ambos casos, pero no es nuestro rol defender los derechos humanos. Estamos para hacer negocios, no justicia. ¿Entendés? ¿No sabés qué caso elegir? Tirá una moneda. Déjalo a la suerte. Es divertido jugar a ser Dios”.

Preguntas:

- 1) ¿Existe una manera de resolver este dilema entre el caso de Mirta y el de Fátima?

Sugerencias para los docentes: Los alumnos pueden sugerir soluciones (o sugerir que no hay solución). Hay dos posibles soluciones que el profesor puede proponer:

-Primero en el tiempo, primero en el derecho: quien haya presentado su caso ante el estudio primero, tiene derecho a que el estudio lo tome.

-Según la necesidad: el cliente que presente la mayor necesidad de recursos legales (los estudiantes pueden debatir qué cliente presenta, precisamente, esa mayor necesidad) debe ser el caso que lleve adelante el estudio.

2) ¿Quién es responsable por la falta de acceso a la justicia? ¿Únicamente el Estado? ¿Los socios? ¿De Grazia?

Sugerencias para los docentes: Ésta, nuevamente, es una pregunta que los estudiantes deben debatir. El docente debe esperar respuestas diversas a esta pregunta por parte de los alumnos.

4) Monedas y mensajes

Lea la descripción de los casos “Moneditas” y “SMS”:

Moneditas:⁴⁴

“En 1997 la tarifa de la telefonía pública para llamadas urbanas era de 22 centavos (\$ 0,22). Los teléfonos públicos instalados por las empresas licenciatarias que funcionaban con monedas como medio de pago estaban programados con un sistema llamado "mejor vuelto" según el cual se restituía al usuario el mejor vuelto posible de acuerdo con las monedas que el usuario había introducido para esa llamada en particular y el costo efectivo de la llamada. A su vez, los teléfonos no aceptaban monedas de un centavo. En consecuencia resultaba imposible para los usuarios pagar el importe exacto para sus comunicaciones. En el caso de las llamadas urbanas, si el costo del servicio era \$ 0,22, lo mínimo que un usuario podía pagar era \$ 0.25.

Ante esta situación, la licenciataria Telecom bajó su tarifa a \$ 0,20, pero Telefónica de Argentina mantuvo su práctica de cobro inalterada. De este modo obtenía una ganancia ilegítima por cada llamada que se realizaba y que luego fue calculada por la autoridad de control (CNC) en una suma cercana a los diez millones de pesos”.

SMS:⁴⁵

⁴⁴ Éste es un caso real que litigó la Clínica Jurídica de la Universidad de Palermo. La descripción utilizada para este ejercicio es de la Universidad de Palermo: http://www.palermo.edu/derecho/facultad/clinicas_juridicas/casos/moneditas.html

“Todo empieza con un mensajito. Llega desde un número corto y trae un chiste, un juego, un sorteo. La persona lo ignora, pero luego recibe más, y más. La agria sorpresa se dará en semanas o meses, cuando el usuario descubre que por cada SMS le cobraron plata. Y que, por más que se queje, nadie se la va a devolver. ‘Usted pidió ese servicio’, le responderán, aunque insista en negarlo. Y como mucho, le ofrecerán dar de baja la suscripción.

El ‘fraude hormiga’ de las suscripciones y los SMS premium lleva años sacándoles a los usuarios 20, 50 y hasta 70 pesos al mes. Tan extendida está la estafa que 8 de cada 10 personas afirman que ya la sufrieron, según una encuesta de la Universidad Abierta Interamericana a la que accedió Clarín.

‘¿Alguna vez recibiste mensajes de texto con costo que nunca pediste?’, fue la pregunta. El 79% dijo que sí y un 44% afirmó conocer a al menos cinco personas que lo sufrieron. Según el estudio, al darse cuenta, la mayoría logra darse de baja. Pero entre los mayores de 50 años son más los que no.

‘El 55% de los afectados realizó el reclamo ante su operador, pero sólo un 19% logró que le reintegren todo el dinero; al 60% no le devolvieron nada. El 95% se sintió estafado’, concluyó la investigación, hecha este mes en Capital y el Gran Buenos Aires. Y es que, al protestar, la respuesta puede ser irritante. Al 31,6% de la gente la empresa le insistió en que los mensajes fueron solicitados. Al 30,3% no le dieron ninguna explicación. Y en otro 16,1% de los casos, dijeron que no podían solucionarlo por tratarse un servicio brindado por terceros.

‘Las quejas crecen. Les siguen sacando millones a los usuarios sin ningún control. Es abusivo e ilegal que los operadores cobren por servicios prestados por terceros sin constancia alguna de que los clientes los hayan efectivamente contratado’, asegura Adrián Bengolea, titular de Usuarios y Consumidores Unidos. Esa entidad acaba de presentar una demanda colectiva para que las víctimas recuperen la plata y sean indemnizadas.

‘Llegan quejas de todo el país. Los más perjudicados son los clientes prepagos, porque el saldo se les consume y no entienden por qué. Además, uno pide la baja y los vuelven a mandar’, coincide Héctor Polino, de Consumidores Libres.”

Preguntas:

- 1) En los ejercicios anteriores se puede observar cómo el acceso a la justicia es menoscabado por no tener acceso a recursos legales o a recursos legales suficientes.
¿Cómo se menoscaba el acceso a la justicia en estos casos?

Sugerencias para los docentes: Mientras que en los casos anteriores las personas carecían de acceso a la justicia por carecer de recursos legales insuficientes o desiguales, en este caso la ausencia de acceso a la justicia se debe a una falta de

⁴⁵ La transcripción de los hechos de este ejemplo es de una nota de Clarín de 29 de mayo de 2015: https://www.clarin.com/sociedad/estafa-sms-celulares-fraude-encuesta_0_rJn0iOtwml.html

incentivos. Como las personas en principio ganarían muy poco litigando ante los tribunales (los montos que pierden las víctimas en ambos casos son irrisorios), no tiene sentido, en principio, que gasten en recursos legales que son más caros que lo que van a obtener.

2) ¿Qué solución se le ocurre para resolver la falta de incentivos para litigar?

Sugerencias para los docentes: Los alumnos debe proponer soluciones al problema de los incentivos. El docente puede proponer dos:

-Los litigios colectivos: Un litigio engloba a un conjunto de perjudicados sin que uno de ellos en particular sea, necesariamente, el que impulsa el litigio. En varios países, cualquier abogado puede llevar a adelante un litigio colectivo. En nuestro país, sólo organizaciones defensoras de derechos (incluyendo los derechos del consumidor) pueden presentar amparos colectivos para algunas cuestiones de índole colectiva. Por supuesto, en estos amparos no se puede exigir una indemnización, como en el amparo individual común, así que tampoco soluciona el problema de la falta de incentivos en cualquier caso.⁴⁶

-Daños punitivos: Existe en el contexto de la defensa del consumidor. Un litigante puede recibir daños punitivos, que son indemnizaciones muy superiores a lo que debería recibir por una indemnización común. De esta manera, el litigante tiene incentivos para litigar y el demandado para dejar de cometer la acción dañosa que, de no recibir una sanción de pagar una suma extraordinaria, probablemente continuaría haciendo.

5) *Consulta gratuita*

Lea la siguiente transcripción del Reglamento del Consultorio Jurídico Gratuito del CPACF:

“TITULO I

⁴⁶ Cabe destacar, sin embargo, que el caso “Moneditas” fue litigado exitosamente por la Clínica Jurídica de la Universidad de Palermo. Es decir, es un caso, como tantos otros, en lo que una organización litiga cuestiones de índole colectiva, inclusive si no existe indemnización de por medio.

Art. 1 : El Consultorio Jurídico Gratuito de este Colegio ha sido creado de acuerdo con lo dispuesto por los arts. 55, 56 y 57 de la Ley 23.187...

Art. 3 : Su misión es brindar en el ámbito de la Capital Federal, asesoramiento gratuito para aquellas personas carentes de recursos que lo soliciten y además tiene a su cargo la organización de su patrocinio en juicio, mediante el concurso de los matriculados.

Art. 4 : El servicio de asesoramiento es prestado por los abogados que voluntaria y gratuitamente se ofrezcan para ello. Cuando resulte necesario el patrocinio o la representación ante los Tribunales, esta tarea será encomendada a los abogados de la matrícula que al efecto resulten sorteados, según se establece más adelante.

TITULO II

Autoridades e Integrantes.

Art. 5 : Sin perjuicio de la dependencia del Consejo Directivo, el Consultorio está a cargo de un jefe, que será asistido por dos Coordinadores. Estos tres cargos serán designados por el Consejo Directivo y desempeñados “ad-honorem”. La función de estas autoridades se extiende a la organización y supervisión de todos los aspectos jurídicos, quedando las funciones administrativas a cargo de las autoridades del Colegio que disponga el Consejo. El Consejo Directivo deberá asignar además, los empleados o profesionales rentados, ya fueren abogados, asistentes sociales, empleados y medios materiales que resultaren necesarios para el correcto funcionamiento. Los Coordinadores reemplazarán al Jefe, quedando facultados con sus mismas atribuciones cuando deban sustituirlo.

Art. 6 : Los abogados que voluntariamente se ofrezcan para trabajar gratuitamente en el Consultorio deberán presentar una solicitud de ingreso, en la que constarán todos los datos personales y antecedentes profesionales. Las autoridades del Consultorio informarán cada caso y lo elevarán al Consejo Directivo para considerar la aceptación de los interesados como abogados adjuntos, por el término de seis meses en los que actuarán siempre junto a los abogados asesores. Transcurrido dicho plazo, las autoridades del Consultorio elevarán un nuevo informe al Consejo Directivo en el que harán saber si el interesado cubre las expectativas y necesidades del Consultorio, a los efectos de su aceptación como abogado asesor. El jefe del Consultorio está facultado para solicitar, por escrito fundado al Consejo Directivo, la desvinculación de los abogados bajo su dependencia.

TITULO III

Personas que pueden ser asistidas o patrocinadas por el Consultorio.

Art. 7 : En términos generales, sólo se podrá brindar el servicio a personas carentes de recursos. Este es un concepto que queda al arbitrio de los profesionales que atiendan cada caso y que en última instancia será resuelto por el Jefe o los Coordinadores. No existen normas ni pautas que limiten la actuación del Consultorio, debiendo entenderse que, en definitiva, serán atendidas, solamente personas físicas que carezcan de los medios económicos necesarios para contratar los servicios de un profesional rentado. En todos los casos deberán extremarse los recaudos tendientes a evitar la atención de personas que pudieran contar con medios suficientes para valerse por sí mismos y del

mismo modo, deberá prevenirse la posibilidad de restar o interferir el trabajo de los abogados de la matrícula. También se atenderá a personas carentes de recursos cuando efectúen reclamos o pidan intervención del Consultorio en asuntos que no superen los 10.000 pesos en concepto de capital. Los letrados a quienes se les derive la atención de estos casos no podrán celebrar pactos de honorarios de ningún tipo con las personas cuya atención se les haya derivado. El hecho de ser propietario de un único inmueble destinado a vivienda personal y cuya valuación real no supere los 40.000 pesos no impide su atención por parte del Consultorio de comprobarse que es persona carente de recursos.

Gratuidad del Servicio.

Art. 8 : Se considerará falta grave, que será denunciada al Tribunal de Disciplina, el cobro por parte de los integrantes de la Comisión, de cualquier importe a los consultantes.

TITULO IV

Materias de Incumbencia del Consultorio.

Art. 9 : 1) En casos de familia, cuyo contenido patrimonial no supere los 10.000 pesos o donde se cuestione un único inmueble destinado a vivienda y cuya valuación real no supere los 40.000 pesos;

2) Contratos de locación, desalojos o cuestiones conexas;

3) Se atenderán casos civiles y penales de personas que carezcan de toda posibilidad de contratar abogado. Los casos dudosos deberán ser previamente consultados con el Jefe o los Coordinadores. 4) Sucesiones, cuando se trate de obtener, exclusivamente, declaratorias para recibir beneficios previsionales y no existan otros bienes;

5) No se atenderán asuntos laborales.

TITULO

V

Obligaciones que asumen los Consultores.

Art. 10: Los profesionales deben tener presente, que los consultantes, son personas carentes de recursos o en situaciones personales o familiares graves o en estados mentales alterados o con escaso nivel cultural. Por ello deben siempre ser atendidos con la mayor cordialidad y comprensión posibles. Se les deben explicar los derechos que los asisten, haciéndoles saber que solamente se defenderá la verdad y que no se enviarán a patrocinio jurídico los casos que se consideren perdidos o contrarios a principios de ética. Es también obligación de los consultores, extremar todos los recaudos y medidas tendiente a obtener conciliaciones y arreglos extrajudiciales, a cuyo efecto podrán citar a las partes contrarias, dando cuenta, previamente, al jefe o a los Coordinadores...”.

Preguntas:

- 1) ¿Están los abogados obligados a brindar servicios pro bono? ¿Deberían los abogados estar obligados a brindar servicios pro bono? Antes de responder a esta pregunta, lea la regla 6.1. de las ABA *Model Rules*:

“Todo abogado tienen la responsabilidad profesional de brindar servicios a aquellos que no pueden pagarlos. Un abogado debe aspirar a destinar por lo menos 50 horas de servicio pro bono al año. Para cumplir con esta responsabilidad, el abogado debe:

- (a) Proveer de una mayoría significativa de (las 50) horas de servicios legales sin cobro o sin la expectativa de cobro a:
 - (1) Personas de escasos recursos, o
 - (2) Organizaciones caritativas, religiosas, civiles, gubernamentales o educativas en cuestiones pensadas principalmente para solucionar la necesidad de personas de escasos recursos; y
- (b) Proveer otros servicios adicionales a través de:
 - (1) Ofrecer servicios sin cobro o con cobro de honorarios significativamente bajos a personas, grupos u organizaciones para asegurar o proteger derechos civiles, libertades civiles o derecho públicos, o a organizaciones caritativas, religiosas, civiles, gubernamentales o educativas en cuestiones que promuevan sus objetivos organizacionales, cuando el pago de los honorarios estándares desabastecería significativamente los recursos económicos de la organización o sería de cualquier otra forma inapropiado
 - (2) Ofrecer servicios legales por honorarios significativamente reducidos a personas de escasos recursos; o
 - (3) Participar en actividades para mejorar el derecho, el sistema legal o la profesión jurídica

Además, un abogado debe voluntariamente contribuir apoyo económico a organizaciones que provean servicios legales a personas de escasos recursos”.⁴⁷

Sugerencias para los docentes: Los abogados, según el Reglamento del Consultorio, no están obligados a ofrecer servicios pro bono. Es voluntario. Si debería ser obligatorio, como en las *Model Rules*, es una cuestión que debería ser sometida al debate de los alumnos.

- 2) En septiembre de 2012, la Corte de Apelaciones de Nueva York, que es el órgano encargado de dictar las normas de admisión a la profesión en ese Estado, estableció que

⁴⁷ Es importante recordar que las *Model Rules* son precisamente un modelo para los Estados. Cada Estado tiene normas más estrictas o más laxas que las *Model Rules*. Sin embargo, en todos los Estados hay algún énfasis especial en la provisión de servicios pro bono.

para ser admitido como abogado en Nueva York será necesario la dedicación de 50 horas a servicios pro bono, a partir de 2015.⁴⁸ ¿Debería ser la dedicación de una determinada cantidad de horas pro bono un requisito para ser admitido en el ejercicio de la abogacía? Dada la gran cantidad de graduados de abogados que hay por año, ¿no ayudaría a solucionar parte de los problemas de acceso a la justicia que sufren las personas de escasos recursos?

Sugerencias para los docentes: Esta pregunta debe ser sometida al debate entre los alumnos. No hay una respuesta obvia.

⁴⁸ Regla 520.16 de la Corte de Apelaciones de Nueva York.