ÉTICA DE LA ABOGACÍA: DE LA CONFIANZA A LA INDEPENDENCIA

APUNTES PARA UNA TEORÍA GENERAL DE LA ÉTICA JURÍDICA

Rafael Del Rosal Garcial
Colegio de Abogados de Madrid

ÍNDICE

1. LA ÉTICA.
2. LA INDEPENDENCIA.
3. LA DIALÉCTICA ÉTICA/INDEPENDENCIA.
4. HACIA LA DETERMINACIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS COLEGIOS PROFESIONALES Y SUS ELEMENTOS SUSTANCIALES. LA DIALÉCTICA ÉTICA/INDEPENDENCIA EN EL MERCADO DE LOS SERVICIOS PROFESIONALES: UN CASO PARADIGMÁTICO. EL CICLO DE LA ÉTICA JURÍDICA.
5. LOS COLEGIOS PROFESIONALES: DOBLE GARANTÍA DE UNA OFERTA INSOSLAYABLE DE ÉTICA RESPONSABLE Y UNA NECESIDAD IRRENUNCIABLE DE INDEPENDENCIA DE LA ECONOMÍA Y LA FUNCIÓN PROFESIONAL. SU NATURALEZA JURÍDICA COMO INSTITUCIONES PACCIONADAS DE UN SISTEMA JURÍDICO REGULADOR DE LA COMPETENCIA, PROPIO DEL MERCADO DE LOS SERVICIOS PROFESIONALES.

1. LA ÉTICA

Si existe algo que llama poderosamente la atención en las sociedades avanzadas es el fracaso del derecho común como referente regulatorio de las relaciones económicas. Pues cada vez con más in-

sistencia se empieza a poner de manifiesto que su necesidad como sistema va indisolublemente ligada a su insuficiencia como contenido. Insuficiencia que radica, según entiendo y vengo manteniendo, en sus contenidos morales difusos.

Nadie negará que existiendo el Código Penal y el Código Civil, la Ley de Defensa de la Competencia, la Ley de Competencia Desleal y la Ley General de Publicidad, cuando estalla un escándalo en la Bolsa como los que ahora contemplamos con tan dramática nitidez o en los mercados alimentarios, sanitarios, societarios o industriales de todo tipo, resulta significativo que todos los gobernantes y autoridades regulatorias irruman en la escena pública mediática prometiendo de inmediato una regulación ética para dicho mercado o ámbito económico de producción o de intercambio. No ofrecen, ni prometen, ni reivindican más derecho común o *solo* más derecho común. Ofrecen un nuevo derecho de garantías que va más allá del derecho común. Ofrecen ética hecha derecho en estado puro o regulaciones de conductas éticas codificadas. Un derecho no común sino especial cuyo contenido moral no es ya difuso sino concreto, específico, *comportamental*.

Tampoco escapará a nadie que la oferta de regulaciones éticas no constituye ya, ni tampoco, patrimonio exclusivo de la dinámica del ejercicio del poder público y de las autoridades en coyuntura de escándalos o crisis sociales de confianza específicos, sino un adelanto general a cuenta de todas las actividades económicas. Todo el mundo ofrece ética en su actividad, como regulación de garantía de su conduc-

ta más allá del derecho común. Lo primero que hace cualquier agente económico, del tipo que sea, incluso antes de ofrecer la calidad de sus productos o lo inmejorable de sus condiciones económicas, es mostrar o enseñar públicamente el código ético al que vienen sometidos sus Consejos de Administración, sus cuadros dirigentes, sus técnicos y sus trabajadores. Ya hay hasta banca ética y la palabra ética es talismán en nombres comerciales de toda índole. De suerte que la ética está empezando a convertirse en el paradigma identitario integrador de las relaciones económicas a escala planetaria. Y, más aún, incluso de las relaciones sociales y políticas. Pues hasta ofrecen ética las administraciones, las instituciones del Estado, los funcionarios, los militares y los políticos, en un paroxismo oferente que, en todo caso y en cuanto aquí nos interesa, resulta imposible ignorarlo.

Tan abrumadora oferta de ética en los mercados, partiendo de la ley fundamental que los rige, solo puede tener como causa la existencia de una fuerte demanda de ética. La ecuación, sin embargo, es la expresión de un síndrome o conjunto de síntomas cuyas características, en parte apuntadas, son o serían las siguientes:

a) Que la ética es una demanda propia y genuina de las sociedades avanzadas. - La demanda social de ética estricta, expresa que están satisfechas de forma razonable o al menos suficientemente las demandas de bienes de primera necesidad como el alimento, la sanidad o la educación, los derechos fundamentales y un sistema jurídico general regulatorio de derecho común pues, de lo contrario, las demandas sociales estarían centradas en las reivindicaciones referidas, básicas o primarias y no en la ética. Lo que significa que es una seña de identidad propia y genuina de las sociedades avanzadas que permiten su reivindicación como plus excedentario de bienestar.

b) Que la ética es el paradigma nuevo y futuro de los mercados. - De modo que, siendo una seña de identidad propia y genuina de las sociedades avanzadas, también y de forma inescindible significa que la demanda de ética es el nuevo paradigma de las relaciones económicas y que éste marca y señala de forma insoslayable su futuro, no solo en las sociedades avanzadas sino también de todas las demás que aún no lo son y siguen el camino de serlo. Pues, salvo cataclismos de destrucción impensables, el único futuro económico posible a escala planetaria, global u oceánica, es el de sociedades desarrolladas en las que estarán

razonablemente satisfechas las necesidades básicas de la población, entregándola de forma general a la exigencia de ética como sustento irrenunciable del intercambio económico.

c) Que es síntoma de quiebra de confianza en la calidad sostenida de la oferta y el intercambio. - Si el mercado se satura de oferta de ética, tan marcado fenómeno no solo es síntoma de su fuerte demanda sino, igualmente y en lo que nos importa, de que hay déficit de confianza en los mercados y de que éstos buscan resolverlo con ética. Fenómeno más señalado de la actual crisis financiera, en el que coinciden todos los comentaristas económicos de cualquier signo y que convierte a la confianza y a su semilla, la ética, en piedras angulares de los mercados y en bienes públicos de interés general de primer orden.

d) Que es síntoma de la insuficiencia del derecho común. - La creciente demanda de ética expresa de forma inequívoca que su exigencia no viene satisfecha por el derecho común, pues sigue manifestándose y crece pese a la existencia y natural crecimiento del derecho común, muy especialmente diversificado y saturado en las sociedades avanzadas, en las que ya no existe rincón de la existencia y de la vida social sin regulación común. Pues, en caso contrario, la codificación ética difusa propia del derecho común bastaría para dotar al mercado de la confianza necesaria para impedir la demanda de ética en presencia, que aparece como un plus imprescindible de la oferta más allá de la que garantiza el derecho común.

e) Que impone el nacimiento y consolidación de un nuevo derecho más allá del derecho común y complementario de éste. - Conclusión más que evidente de la propia insuficiencia del derecho común. Pero, también, de la propia naturaleza y finalidad de la ética exigida y ofertada pues tan crucial ingrediente de los nuevos mercados como nos está resultando ser la ética, no puede quedar sin control, al albur de la voluntad aleatoria del oferente, de tal modo que juegue como mero señuelo incorporado a la mercancía a modo de envoltorio sin contenido real garantizado y, por tanto, como parte de un nuevo y estructural mercado fraudulento. De tal modo que solo un sistema jurídico que garantice que la ética ofertada se codifica suficientemente y se exige bajo responsabilidad puede dar cobertura jurídica a la oferta de ética y satisfacción a su demanda en presencia. Tal sistema es la ética jurídica o ética auto-

rregulada, común y equívocamente denominado autorregulación, pues a veces dicho término se usa como ausencia de regulación y que, nada más lejos de ello, viene compuesto de forma inexcusable de Código ético sustantivo, procedimiento adjetivo sancionador e institución reguladora o administradora de carácter público. Solo existe una manifestación o consecución histórica de dicho sistema y es el arbitrado por y para el profesionalismo liberal o mercado de los servicios profesionales, cuya institución emblemática son los Colegios Profesionales. Su aparición o las causas y el proceso histórico que lo propiciaron es lo que veremos a continuación.

2. LA INDEPENDENCIA

Si cuando hablábamos de la ética señalábamos que era perceptible de forma manifiesta la oferta desbocada de ética en los mercados como punto de partida de su síndrome regulatorio, en cuanto hace a la independencia, nadie podrá negar que la independencia es la base sustancial del mercado libre y de la libre competencia, pues no otra cosa que una manifestación de la libertad es la independencia o derecho fundamental e irrenunciable del ser humano a buscar su sustento del modo y en el lugar y forma que estime conveniente. De tal modo y hasta tal punto que la independencia constituye otro bien público de interés general que reclama protección y garantía públicas, no solo por venir ligada al ejercicio de derechos fundamentales, sino también y muy especialmente porque constituye el motor del desarrollo económico y de la generación de riqueza. Lo que es tan cierto que son precisamente esa protección y garantía de la libertad e independencia las que pretende y busca el informe que comentamos.

Independencia, además, para ejercer la actividad económica elegida de forma auto-determinada, sin injerencias de ningún tipo, públicas o privadas, que se manifiesta como un motor de libertad en las actividades económicas, que tiende a resistirse a las restricciones. Una fuerza tan potente y poderosa que no solo ha hecho desembocar históricamente a las sociedades en la economía de libre mercado, sino que mantiene una fricción permanente con el derecho y el poder del Estado en torno y frente a las restricciones y barreras de todo tipo que de continuo y aras del interés general de la igualdad de oportunidades y de la confianza, imprescindibles para la propia supervivencia del mercado, se ve abocado a establecer.

Siendo este el problema central de la independencia que, como en el caso de la libertad, no es otro que su ejercicio en sociedad. Pues no puede olvidarse que las principales barreras a la independencia y a la libertad económica, al mercado libre, nacen y se forman en el propio mercado que, al propio tiempo que constituye la fuente principal de creación de progreso, riqueza y bienestar, constituye también la fuente principal de poder, porque en él se fraguan posiciones económicas de tal magnitud, que no solo otorgan a sus detentadores capacidad para intervenir en la toma de las decisiones políticas, sino también y sobre todo capacidad para desactivar la propia virtualidad del mercado o libre competencia, al acabar consiguiendo posiciones de dominio en su sector, que acaban otorgándole la exclusividad o casi la exclusividad de la oferta. En otras palabras, lo que comúnmente llamamos posiciones monopolísticas o excluyentes del propio mercado en tanto que acaban colapsando en él la competencia.

Tal es motivo por el que la dinámica de la competencia acaba haciendo aparecer en los mercados, en aras de la consecución de la preponderancia económica y de posiciones de poder, conductas desleales con los consumidores, bien por ir en detrimento de la calidad de la oferta, bien por ir en detrimento de la leal competencia, provocando el estallido de grandes escándalos por fraude, de grandes crisis económicas o de grandes crisis de confianza. Y, a veces y como ahora contemplamos en los mercados mundiales, la competencia de turbulencias producto de estallidos de los tres tipos a un tiempo.

Quiebra recurrente de los mercados que se fragua en su propio seno y que ha provocado que la competencia deba ser, haya sido y sea modulada continuamente a lo largo de la historia por necesidades de supervivencia colectiva, es decir de respeto y lealtad colectivas, orden público o confianza, eficacia y solidaridad. De donde se desprende, que la independencia y la libertad no han parado de sufrir limitaciones y barreras a lo largo de la historia bajo el principio ético o civilizatorio, las más importantes de las cuales son el Derecho y el Poder del Estado como administrador del derecho para su elaboración y aplicación.

En tal sentido, a nadie escapará que el Código civil o el mercantil o la Ley de de Defensa de la Competencia, la Ley de la Competencia Desleal y la Ley General de Publicidad constituyen barreras a la Independencia a libertad de mercado y a la libre competencia con la finalidad reguladora de la misma ya

mencionada. Del mismo modo que la irrupción en el intercambio económico de la necesidad de ética y de su regulación en aras de la confianza, con la aparición de un nuevo sistema jurídico de control ético de los mercados, va a constituir y constituye una nueva barrera en el ejercicio de las actividades económicas.

Debiendo concluir que, en cuanto aquí nos interesa que, por cuanto queda dicho, toda empresa o actividad económica, en aras de la libertad y la competencia, es dos cosas a un tiempo o presenta una naturaleza bifronte. De un lado un factor de supervivencia colectiva en tanto generador de riqueza, de desarrollo y de bienestar y, por tanto, un bien de interés público de primer orden, cuya trascendencia para la sociedad va más allá del mercado y de los intereses particulares del propio empresario, sea individual o colectivo, en tanto del conjunto de ellas depende la supervivencia de toda la sociedad. Y por tanto y como tal, solo sujeta al interés general y colectivo como factor de progreso y desarrollo. Y de otro, un agente económico privado al que mueve su propio y particular interés, que vive y se desarrolla en el seno del mercado y sujeto a sus leyes, que no son otras que las del máximo beneficio en el menor tiempo posible y, como tal, un poderoso motor de autonomía frente al poder político y la burocracia.

Doble naturaleza antagónica que convive en su existencia única y que hace que discurra en permanente contradicción generando beneficios y quebrantos de forma aleatoria, fuente de las intervenciones normativas apuntadas.

3. LA DIALÉCTICA ÉTICA/INDEPENDENCIA

Es en esa dinámica escindida entre las dos naturalezas de la actividad económica y en la aparición de crisis y escándalos en los mercados a pesar del derecho común, la que pone sobre la mesa la ética como elemento imprescindible para recuperar o mantener la confianza, más allá del derecho común. Ética que se presenta como fórmula de solución del conflicto permanente entre las dos naturalezas del sujeto empresarial tendente a sujetarlo a una dinámica en la que, al borde de la ambición desmedida, renuncie a actuar solo como factor privado y en interés particular y actúe como factor público y en interés general.

Ética que, como decíamos, ya se ofrece en los mercados por todas las empresas y agentes económicos y que ya ofrecen los poderes públicos ante los

ciudadanos cuando airados naufragan en las crisis, no solo defraudados en su patrimonio por la quiebra de los mercados, sino llamados también fiscalmente y por segunda vez, al esfuerzo de saldar las pérdidas a través de las arcas públicas.

Pero la regulación ética privada no llega a cuajar voluntariamente y, si lo hace, solo se logra con un gran esfuerzo asociativo parcial y voluntario en el imperceptible reducto de los sectores más avanzados y dinámicos socialmente y con resultados limitados al grupo, sin trascendencia pública relevante. De modo que la oferta de ética, como ya quedó apuntado, se debate en un papel de mercancía o envoltorio que, atrayendo al consumo lo defrauda recurrentemente con su ineficacia.

La inevitable respuesta del poder público ante tan escasos resultados y la repetición imparable de crisis recurrentes, no ha podido ser otra que la intervención directa en la vida empresarial mediante la introducción de un nuevo ordenamiento para-ético o *comportamental*, es decir, no autónomo sino de policía administrativa, de regulación de conductas empresariales, más allá del derecho común de la competencia. Es lo que venimos llamando en España Las Normas de Buen Gobierno Corporativo.

Se trata aún de una leve incursión en el funcionamiento interno de las empresas destinado a impedir la aparición de conductas desleales como las apuntadas y a fortalecer la confianza en los mercados. Su mecánica, por ahora y ante la radical independencia empresarial, no es otra que abocar a las empresas a asumirlo y a practicarlo voluntariamente, premiando su asunción y castigando su carencia con barreras de acceso a determinados privilegios. Y su tendencia, a la vista de las crisis recurrentes y del compromiso del poder público en ellas, es a ir imponiendo su cumplimiento bajo sanción a ir ampliando la codificación de conductas. Derecho sancionador de carácter administrativo, independiente y añadido, como plus de responsabilidad, a las responsabilidades civiles o penales e incluso administrativas de derecho común de la competencia.

A pesar de los extraordinarios cuidados puestos de manifiesto en su intervención por el poder público ante la independencia empresarial, de todos es conocida la continua y permanente reacción de los agentes económicos frente a ella. Basta repasar cualquier diario económico para encontrar en artículos y entrevistas a representantes de asociaciones empresariales o empresarios de renombre clamar contra la

excesiva intervención del poder público en la vida de las empresas y su rechazo a lo que consideran una ingerencia no deseada y no debida en su toma de decisiones que, adelantando airados, solo puede perjudicar no solo a su libertad e independencia, ya constreñida sino, además, a su propio desarrollo y competitividad, enervando su pujanza y provocando a la postre su declive o desaparición.

Tal dialéctica aparece repetitiva e insoluble por los factores descritos en presencia. El poder público está llamado a intervenir e incluso a acentuar su intervención mientras no aparezcan elementos privados de control ético empresarial y los agentes económicos no avanza en soluciones de prestación ética privada sin perjuicio de su insuficiencia y se resisten a la intervención pública en aras de su independencia, en medio de un mercado con crisis recurrentes. Su duración aparece indefinida y será duradera, salvo acontecimientos de calado como los que hoy contemplamos en la crisis en curso o incluso otras que puedan sucederle de más trascendencia, que provoquen un cambio sustancial en otra dirección, inevitable e impredecible.

Pues bien, ese cambio se puede producir y se puede predecir, aún y a pesar de que sea imposible determinar cuándo. Porque la solución existe y ya se ha producido en el mundo económico empresarial: en el sector de los servicios profesionales o profesionalismo liberal. Es el sistema de autorregulación ética de garantía pública colegiada. Y todo el mundo económico está abocado a él de forma ineluctable, bajo una u otra forma y bajo instituciones de uno u otro nombre que concluyan por ofrecer al mercado —es decir, a los ciudadanos— y a los propios agentes económicos, una doble y respectiva garantía de ética e independencia con respaldo y trascendencia públicos.

4. HACIA LA DETERMINACIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS COLEGIOS PROFESIONALES Y SUS ELEMENTOS SUSTANCIALES. LA DIALÉCTICA ÉTICA/INDEPENDENCIA EN EL MERCADO DE LOS SERVICIOS PROFESIONALES: UN CASO PARADIGMÁTICO. EL CICLO DE LA ÉTICA JURÍDICA.

4.1 Del derecho común a la regulación pública para-ética de policía administrativa

La dinámica económica descrita, que dibuja la dialéctica ética/independencia, ha venido siendo así en todos los ámbitos desde que la sociedad se rige por el derecho como sistema o cuerpo jurídico cierto y estable. Es decir, desde Roma. Lo que ocurre, como casi siempre en todo tipo de fenómenos, económico, político o social, es que no se produce de golpe, en un solo y único acto y a escala universal, sino que se produce de forma paulatina, asincrónica y asimétrica y, desde luego, siempre suelen iniciarse en ámbitos o entornos paradigmáticos dentro de su misma especie y adelantándose a su tiempo.

De tal forma que las primeras intervenciones del poder público en la vida empresarial, mediante regulaciones comportamentales más allá del derecho común y bajo control de policía administrativa, tal y como las vemos para el conjunto de las actividades y agentes económicos con las Normas de Buen Gobierno Corporativo, se produjeron por los emperadores romanos a partir del s. I (d.C.) mediante la regulación de las profesiones liberales que podríamos llamar clásicas. Muy especialmente y con carácter, también paradigmático, la abogacía.

Ni que decir tiene que el origen y causa de dicha intervención reguladora de los poderes públicos no fue otra que la misma que acabamos de describir más arriba en relación con todas las actividades económicas, es decir, los escándalos públicos que se empezaron a producir en el entorno de la prestación de dichos servicios profesionales y a la imposibilidad del poder público de seguir indiferente a la presión social. Escándalos de los que nos quedan rastros escritos en Juvenal o Marcial y en los que se describen conductas de abogados especulando por causa de la justicia mediante la compra de pleitos a pérdida-ganancia, la defensa de ambas partes en el mismo pleito, los honorarios exorbitantes y otros.

Escándalos, al fin, que se producían, también e igual que ahora, a pesar de la existencia ya entonces del derecho civil común, cuyo nacimiento y consolidación se estaba produciendo en el mismo entorno social y político. Derecho en el que ya estaba regulado el derecho de obligaciones y, por tanto, un derecho regulatorio germinal de los mercados con normas que exigían, la diligencia y la buena fe en el cumplimiento de los contratos de servicios y otras obligaciones de la misma índole, destinadas al buen comercio y al leal tráfico económico.

Lo que igualmente hacía, que dicha intervención fuera mediante un derecho para-ético o *comportamental*, de regulación de conductas empresariales más allá del derecho común y de policía administrativa, que venía a recoger las normas éticas ya fijadas tiempo atrás y con carácter privado y sacramental en la etapa anterior o pre-económica.

Y siendo finalmente de señalar, que la razón última de la intervención y exactamente igual que ocurre ahora con el resto de las actividades económicas y empresariales, no era otra que la doble naturaleza de los servicios profesionales de ser por una parte una actividad económica privada lucrativa y germinalmente empresarial y, por tanto, sometida a las leyes del mercado. Y, de otra, una actividad institucional de carácter público y no lucrativo, ligada al mantenimiento y satisfacción del interés general, como eran y siguen siendo, la justicia, la sanidad, la vivienda, etc. Doble naturaleza de la prestación de servicios que tuvo su arranque precisamente en Roma, a partir de cuyo desarrollo económico imperial, los profesionales, hasta entonces ligados a mandato gratuito y a prácticas de casta o religiosa, ambas casi-*sacramentales*, comenzaron a cobrar por sus servicios con el paso del mandato gratuito al mandato oneroso, una vez que les fue permitido mediante la derogación de las leyes que lo prohibían.

De suerte que, curiosamente y como queda adelantado, de entre todas las actividades económicas y empresariales, ya inmersas todas ellas desde Roma en la dinámica independencia/ética que hemos descrito, fueron las recién llegadas, es decir, las propias de los servicios profesionales, las que desde el mismo inicio de su era económica, las primeras en ser intervenidas y reguladas por el poder público, mediante un derecho de policía administrativa más allá del derecho común. Fenómeno que, como ha quedado señalado más arriba, solo ha empezado a producirse en el resto del mundo empresarial en los primeros años del s. XXI. Es decir, dos mil años después.

Lo que, aparte otras consideraciones y sin perjuicio de ellas, indica que nos encontramos ante un fenómeno jurídico de carácter geológico, en el que los tiempos que marcan su formación, manifestación y apogeo son extraordinariamente largos. Apunte decisivo a la hora de su estudio y, muy especialmente y en cuanto aquí nos interesa, a la hora de la intervención pública normativa en ellos pues, de no tenerlo en cuenta y actuar de coyuntura o a partir de análisis y conclusiones basadas en períodos de tiempo inferiores a milenios o, incluso, a su mitad, las

actuaciones serán fácilmente erróneas, imposibles o poco duraderas, con costes impredecibles. Si bien es cierto que, por la misma razón, la responsabilidad por los costes del error cometido, será difícilmente imputable a sus autores y fácilmente achacable al *maestro armero*. Lo que sin duda deberán anotar muy especialmente los autores del informe debatido, para reconsiderar sus conclusiones y abordar el problema con otras mimbres y en distinto sentido. Exactamente como aquí proponemos.

El fenómeno convierte a los servicios profesionales, sin duda y como acabamos de apuntar, en su sector económico paradigmático en cuanto aquí nos concierne. Las razones son muchas y variadas, pero confluyen en dos. La primera de ellas, que es en el que de forma más patente e inmediata se manifiesta la doble naturaleza pública y privada de toda actividad empresarial y, muy especialmente, su trascendencia pública y su peso decisivo en el interés general, por venir ligadas sus prestaciones clásicas (abogacía, medicina, ingeniería, arquitectura) a demandas sociales de primera necesidad. Hasta el punto de que, al contrario de lo que ocurre en el resto de actividades económicas, es su aspecto público el más evidente al principio, siéndolo menos el privado o económico-empresarial, recién adquirido entonces y solo ahora evidente con la llegada de las sociedades profesionales. Y la segunda, que es el sector en el que, precisamente por tratarse de prestaciones destinadas a dar satisfacción a demandas sociales de primera necesidad, ni los escándalos y perjuicios de sus malas prácticas son fácilmente tolerables por los ciudadanos ni, por dicha razón, pueden permanecer inactivos ante ellos los poderes públicos.

Lo que, en resumidas cuentas y a modo de conclusión, pone de manifiesto y acredita de forma incuestionable, que el proceso o dinámica reguladora que pone en marcha la dialéctica ética/independencia, es exactamente el mismo en todas las actividades económicas y, por tanto, que la dinámica del mercado lleva a la quiebra del derecho común como único medio suficiente para su regulación y para el mantenimiento de la confianza en la que se asienta el tráfico económico. De suerte que, las crisis de confianza que de forma recurrente se producen en su seno a manos de la codicia y de las malas prácticas en aras de la prevalencia y de las posiciones de dominio, acaban imponiendo barreras públicas a la libertad de mercado y a la independencia económica, mediante un derecho sancionador de policía administrativa con normas de comportamiento para-éticas que desbordan al derecho común para restablecer la confianza

mediante un plus de garantía.

4.2 De la regulación pública *para-ética* de policía administrativa a la autorregulación

Desde el mismo momento en el que se produjo en Roma la intervención pública de policía en la regulación y control de los comportamientos de los profesionales –siempre que digamos profesionales nos estamos refiriendo a las profesiones entonces existentes y que ya hemos señalado y denominado como *clásicas*- se puso en marcha de igual modo y con igual intensidad el fenómeno reactivo de la independencia que ya describimos para el conjunto del mundo empresarial en el momento actual, reacio y resistente a toda incursión del Estado en su vida interna o aquella que atañe a su toma de decisiones empresariales y profesionales de todo tipo. Especialmente si son especializadas y atañen al modo o manera en el que desempeñan o ejercen su actividad, realizan sus prestaciones o fabrican sus productos; o al modo en el que orientan y realizan su penetración en el mercado y amplían su cartera de clientes y encargos o pedidos.

Fenómeno reactivo de la independencia frente a la ingerencia de los poderes públicos que vino a resultar igualmente paradigmático en el ámbito o mercado de los servicios profesionales pues, en este supuesto, se trataba de unas prestaciones o servicios muy especiales, en los que el factor de la confianza, imprescindible en el mercado, venía especialmente reforzado. En general por las razones recién apuntadas en orden a la intervención pública, de tratarse de prestaciones de primera necesidad social pero, además, por dos características muy particulares de la función profesional. La primera de ellas, su marcado carácter altamente especializado y sujeto a conocimientos, ciencias y artes que dominan exclusivamente los que los prestan, prácticamente inaccesibles al común. Y, la segunda, su marcado carácter mandatario. Pues, aunque la división del trabajo convierte toda actividad humana productiva en una especie de mandato universal impropio, en el que otro nos sustituye en la realización de una actividad que en el origen de los tiempos vendríamos llamados a realizar nosotros mismos, en lo relativo a los servicios, el mandato es propio y la sustitución se realiza, no solo *intuitu personae*, sino también en la gestión de negocios personalísimos, muchos de ellos de trascendencia básica o de primera necesidad.

Carácter de propio mandato especializado que

genera una fuerte delegación personal de independencia en el mandatario, profesional llamado a la toma de decisiones de su libérrima conciencia y ciencia, altamente refractaria a toda injerencia y llamada a mantenerse inmune a todo tipo de restricción no solo de los particulares y usuarios, sino muy especialmente de los poderes públicos.

Fenómeno reactivo de la independencia en el que, de entre todos los profesionales, vuelve también e igualmente a ser paradigmática la abogacía. Pues, sumado a cuantos factores quedan apuntados de especialización y sustitución mandataria, a la abogacía se le suma un último y marcado elemento en el que la independencia se convierte en decisiva, que no es otro que la vocación sustancial que tiene su función profesional, de fricción permanente con los poderes públicos, pues es habitualmente ante ellos –especialmente la burocracia y el poder judicial- ante quienes gestiona los intereses ajenos que le vienen confiados. Lo que convierte la independencia del abogado en paradigma de las independencias, pues de forma natural vendrá llamado a rechazar la injerencia del poder público en su actividad y comportamiento en tanto que su función lo pondrá de continuo frente al poder público, ante el que verá minorada la pujanza de su gestión si, por ella, pudiera sufrir reproche o persecución.

Posición paradigmática que, del mismo modo que llevó a los servicios profesionales a ser los primeros en sufrir la intervención o control público de policía administrativa *para-ética* más allá del derecho común, dos mil años antes de lo que lo están empezando a sufrir el resto de las actividades económicas (Normas de Buen Gobierno Corporativo actuales), los iba a llevar a ser los primeros en forzar el paso de ese régimen de control a uno nuevo, arrancado del poder público mediante un pacto normado y regulado, por el que el control administrativo de policía *para-ético* de su actividad más allá del derecho común, iba a pasar de manos del poder público a las propias profesiones, a las que les iba a ser atribuido bajo un régimen y un sistema jurídico que llamamos de *autorregulación*. Recuperando con ello su independencia perdida, si bien ya no sería la desregulada del paraíso originario, sino formal y de garantías. Y que, como veremos, se produjo *cuando se pudo producir*, es decir, cuando concurrieron las circunstancias propicias para el triunfo de la independencia con el derrumbe del régimen feudal.

Fenómeno que, precisamente, nos lleva a las siguientes conclusiones científico-jurídicas: 1. Que la

ética jurídica es un propio ciclo biológico de la regulación del mercado más allá del derecho común, que también lo regula, y que transita en tres fases en virtud de la dialéctica ética/independencia y de las desviaciones de la competencia por la primacía, desde la regulación común a la autorregulación ética, pasando por la fase de intervención normativa y de control público *para-ético*. 2. Que dicho ciclo es y será universal, comprendiendo a todas las actividades económicas. 3. Que ello se puede afirmar con seguridad a la vista de lo ocurrido en el mercado de los servicios y a la vista de que ya se está produciendo para el resto del mercado en todas las demás actividades económicas, la segunda fase del ciclo o de intervención normativa y de control público *para-ético*, más allá del derecho común. 4. Que en el resto de actividades económicas se ponen de manifiesto las mismas reacciones que provoca la independencia frente a la intervención pública de policía. Y 5. Que el hecho de que se haya ido produciendo siempre por delante en el mercado de los servicios profesionales, ha sido debido a su carácter paradigmático en los elementos que configuran y determinan el motor del ciclo de la ética jurídica.

Pese a ello y como queda dicho –y este sería el sexto elemento confirmatorio de la tesis científico-jurídica que acabo de formular-, todavía tardó siglos en el mercado de los servicios profesionales el paso de la fase de control y regulación públicos a la de autorregulación. Exactamente los mil quinientos años transcurridos entre la decadencia del imperio romano en que comenzara la intervención pública de policía (s. I d.C.) y el final de la Edad Media (1492, con el descubrimiento de América, comúnmente aceptado). Momento éste hasta el cual, las profesiones siguen siendo reguladas e intervenidas por los señores y reyes durante toda la Edad Media y, a partir del cual, empiezan a aparecer en Europa los primeros Colegios Profesionales, Órdenes Profesionales o Congregaciones Profesionales, lógicamente y los primeros los paradigmáticos de la abogacía, instituciones genuinas de la autorregulación ética del mercado de los servicios profesionales, cuya naturaleza jurídica nos ocupa, ha quedado apuntada y abordamos a continuación.

5. LOS COLEGIOS PROFESIONALES: DOBLE GARANTÍA DE UNA OFERTA INSOSLAYABLE DE ÉTICA RESPONSABLE Y UNA NECESIDAD IRRENUNCIABLE DE INDEPENDENCIA DE LA ECONOMÍA Y LA FUNCIÓN PROFESIONAL. SU NATURALEZA JURÍDICA COMO INSTITUCIONES PACCIONADAS DE UN SISTEMA JURÍDICO REGULADOR DE LA COMPETENCIA, PROPIO DEL MERCADO DE LOS SERVICIOS PROFESIONALES.

5.1 Naturaleza jurídica

A la vista de cuanto queda expuesto, la naturaleza jurídica de los Colegios profesionales es paccionada o contractual de carácter público y sinalagmático. Contrato que se alcanza entre el Estado y las profesiones a petición de éstas y se establece por ley, mediante el cual éstas se comprometen a garantizar a la sociedad que los profesionales respetarán y cumplirán bajo responsabilidad disciplinaria administrativa un Código ético autoproclamado y el Estado se compromete a garantizar a los profesionales su libertad e independencia mediante un estatuto privilegiado de inmunidad en el ejercicio de su función y a disponer para ello un sistema jurídico especial y singular para la constitución de las instituciones jurídicas pertinentes dotadas por su delegación de las competencias necesarias para ello. Es el sistema jurídico de autorregulación ética y de amparo y su piedra angular serán los Colegios Profesionales, institución jurídico-profesional llamada a posibilitar el cumplimiento del contrato adquirido, de modo que en ella radiquen mediante la delegación pública correspondiente, las competencias públicas disciplinaria y de amparo que permitan a la profesión garantizar de forma independiente la ética que habrán de prestar los profesionales a la sociedad y el amparo de la libertad e independencia de éstos que habrá de prestar el Estado.

5.2 Elementos sustanciales

El sistema que nace y se consolida en todo el continente europeo es el que podría denominarse de autorregulación *fuerte* y sus elementos sustanciales serán su doble naturaleza pública y privada, la exclusividad territorial –un solo colegio por cada profesión y territorio- y su adscripción obligatoria –resulta imprescindible la inscripción (colegiación) en el Colegio profesional respectivo para poder ejercer la profesión elegida-.

Tales elementos van destinados a dotar de virtualidad al sistema jurídico de autorregulación adoptado y sin los cuales sería imposible. Efectividad que gravita sobre el cumplimiento del sinalagma sobre el que se funda el contrato colegial, que impone necesariamente el sometimiento universal o colegiado de toda la profesión pues, de otro modo, ni toda participaría de la independencia alcanzada ni todos responderían éticamente del ordenamiento punitivo público que, por primera vez en la historia, sería ley punitiva de cumplimiento voluntario.

Siendo de señalar en cuanto se refiere a la colegiación obligatoria que la sumisión al ordenamiento ético que persigue de todos los profesionales, no es sino heredera de la que estos tenían a la burocracia y al poder público en la etapa histórica precedente siendo, por tanto, la mera continuación de la intervención pública previa en el comportamiento de los profesionales más allá del derecho común pero, ahora, en manos de las propias profesiones. Y, por tanto, tan obligatoria como aquella en aras de la garantía de la finalidad pública que perseguía y persigue y del interés general que satisfacía y continúa destinada a satisfacer.

Y siendo de incidencia especial en la independencia la exclusividad territorial en tanto que, de no existir, posibilitaría la existencia dentro de un sistema general e igual para todos en la prestación técnica de un servicio, la división ideológica, política, religiosa o económica, anotando una inscripción previa y diversa a elemento extraño a la función profesional de carácter público que desempeña, que le restaría independencia.

5.3 Fines

Los fines sustanciales de los Colegios, de acuerdo con su naturaleza, son los allí expuestos, de tal modo que el resto de fines que pueda llegar a atribuirles la ley resulta absolutamente circunstancial, por importante que fuera. Por lo que son fines de los colegios profesionales el control disciplinario del cumplimiento por sus colegiados del Código ético de la profesión correspondiente y la prestación a los colegiados de Amparo colegial de su libertad e independencia facultativas.

Sin embargo, resulta evidente que tales fines conllevan lo que podríamos denominar, actividades anejas o accesorias que podrían considerarse coadyuvantes de su virtualidad e incluirse de forma justificada

como esenciales entre sus fines. La primera de las cuales sería sin duda la formación. Pero también lo es la representación de la profesión ante los poderes públicos en relación con sus funciones y, desde luego en relación con el contenido facultativo de la función profesional de que se trate o con el contenido jurídico, político y social del mismo, la colaboración de la Administración Pública al respecto en tareas legislativas y normativas de todo tipo etc.

Todos los fines referidos y desde luego los que hemos señalado como sustanciales, en modo alguno tienen por objeto finalidades ajenas a la intervención pública en el mercado de los servicios profesionales para que la competencia entre éstos se desarrolle de acuerdo con unos estándares de calidad y ética más allá del los establecidos y previstos en el derecho común. Y, por tanto, lejos de ir destinados a favorecer intereses particulares, económicos, corporativos o de casta de los propios profesionales, todos ellos y los propios Colegios, con sus elementos constitutivos, incluida la colegiación obligatoria, constituyen precisamente un haz de garantías para los consumidores y usuarios superiores a los que le ofrece el derecho común de la competencia y, por tanto también, una contribución pública de primer orden e indeclinable a la defensa y garantía del interés general, de toda la sociedad y, muy especialmente, del mercado de los servicios profesionales y de sus consumidores.