

## La prerrogativa Lisístratiana. Una respuesta a Stephen Pepper

David Luban<sup>1</sup>

(David Luban: "The Lysistratian Prerogative: A Response to Stephen Pepper", 1986 Am. B. Found. Res. J., no. 4, pp. 637-49. Traducido por Pablo Fuenzalida Cifuentes<sup>2</sup>)

Mi opinión general sobre el interesante y complejo argumento de Stephen Pepper puede ser resumida de la siguiente manera:

- I. En lo concerniente a su defensa sobre el rol amoral del abogado: no estoy de acuerdo.
- II. En lo concerniente a su posición afirmando que la existencia de desigualdad económica no vicia la defensa porque abdicar del rol amoral "significaría acrecentar la desigualdad sobre la desigualdad-primero la desigualdad en el acceso a un abogado, luego la desigualdad respecto a cuál Derecho ese abogado en particular permitirá acceder a ese cliente": no estoy de acuerdo.
- III. En lo concerniente a su argumento de que el sistema adversarial no requiere una elaboración extensa para una justificación del rol amoral: parcialmente no estoy de acuerdo.
- IV. En lo concerniente al "problema de realismo": estoy completamente de acuerdo, e incluso, considero que esta es la mayor contribución del ensayo de Pepper.
- V. En lo concerniente a su campaña de soluciones posibles al problema: estoy de acuerdo, con algunas apreciaciones menores.

Estas son las cinco secciones de mi respuesta.

### I

Abraham Lincoln una vez dijo a un cliente durante su ejercicio profesional en Springfield:

Si, sin duda que podemos ganar su caso por usted; nosotros podemos hacer que un vecindario completo entre en una disputa irreconciliable; podemos arruinar a una madre viuda y a sus seis hijos huérfanos de padre y de esa forma obtenerle seiscientos dólares respecto a los cuales pareciera que usted podría demandarlos, pero que en derecho pertenecen, al menos para mí, tanto a la mujer y sus hijos como parecieran ser de usted. Usted debe recordar que algunas cosas legalmente correctas no son moralmente correctas. Nosotros no debemos tomar su caso, pero le daremos un pequeño consejo por el cual no le cobraremos nada. Usted parece ser un hombre

---

<sup>1</sup> David Luban es Frederick J. Haas Professor of Law and Philosophy, University of Georgetown, y durante el período académico 1979-97 fue Professor of Philosophy and Legal Ethics, University of Maryland. B.A., University of Chicago; M.A., M.Phil., Ph.D., Yale.

<sup>2</sup> La traducción ha sido realizada con el exclusivo propósito de ser puesta a disposición de los alumnos del curso de Profesión Jurídica de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile.

activo, energético; nosotros le aconsejaremos que se la juegue por ganar seiscientos dólares en cualquier otra forma.

Lincoln parece haber considerado que “algunas cosas legalmente correctas no son moralmente correctas” como una verdad importante. Esto muestra que ejercer los derechos legales de uno no siempre es moralmente aceptable. Desde ahí, Lincoln evidentemente concluyó que ayudar a alguien a ejercer sus derechos no siempre es moralmente aceptable. Y al hacerlo, Lincoln rechazó el rol éticamente amoral del abogado.

Pepper no está de acuerdo con esta línea de pensamiento, arguyendo en cambio que “el abogado es una buena persona en cuanto provee acceso al derecho”. Pepper no es el primer escritor que insiste –descartando el recordatorio de Lincoln de que lo legalmente correcto no siempre es moralmente correcto– de que asesorar a personas para que hagan lo que es legalmente correcto siempre es moralmente correcto. Charles Fried y Alan Donagan también han argumentado que la autonomía legal es buena, y que ayudar a las personas a que tengan autonomía legal es bueno. Pero algunas cosas legalmente correctas no lo son moralmente, y así en cualquier argumento similar debemos preguntarnos cómo el conejo de la justificación moral logra salir del sombrero. Y la respuesta, creo, es aquella que todos esperamos: los conejos no salen de los sombreros a menos que hayan sido colocados en los mismos para poder comenzar. Fried mete al conejo en el sombrero utilizando una analogía de los abogados como amigos que –como sus críticos han señalado– ruega por la pregunta. Donagan lo logra sacar del todo al conejo del sombrero; él (correctamente) impone limitaciones tan estrictas sobre el rol amoral que resultaría irreconocible para sus defensores. Y Pepper, creo, asume que la moralidad ya se encuentra en el derecho, en cuanto en un sentido importante cualquier cosa legalmente correcta *es* moralmente correcta. Eso, sin embargo, no puede ser, o al menos así espero argumentar.

El argumento por el rol amoral versa de la siguiente forma: *Primera premisa*: “el derecho pretende ser un bien público que aumenta la autonomía”; *Segunda premisa*: “la autonomía [es] preferida sobre conductas ‘correctas’ o ‘buenas’”. *Tercera premisa*: “en una sociedad altamente legalizada como la nuestra,... el acceso al derecho... en realidad... está disponible sólo a través de un abogado”. *Conclusión*: “lo que el abogado hace es un bien social”. “El abogado es una buena persona en cuanto provee acceso al derecho”.

Yo niego la segunda premisa, de que la autonomía individual es preferida sobre la conducta correcta o buena: este es el punto en el cual el conejo se mete dentro del sombrero. Pepper parece haber desdibujado la distinción crucial entre *la deseabilidad de personas actuando autónomamente* y *la deseabilidad de sus actos autónomos*. Es bueno, deseable, para mí tomar mis propias decisiones sobre si debo mentirte; es malo, indeseable, para mí que te mienta. Es bueno que las personas actúen autónomamente, que tomen sus propias opciones sobre qué hacer; lo que elijan, sin embargo, no necesariamente será bueno. La segunda premisa de Pepper es plausible solamente cuando nos enfocamos exclusivamente en este primer par de proposiciones; pierde plausibilidad cuando centramos nuestra atención en la segunda. *Las demás cosas siendo iguales*, Pepper está en lo correcto en cuanto “aumentar la autonomía individual es moralmente bueno”, pero cuando el ejercicio de la autonomía resulta en acciones inmorales, las otras cosas no son iguales. Debes recordar que algunas cosas realizadas autónomamente no son moralmente correctas.

El argumento subsiguiente de Pepper consiste en que al ser bueno el ejercicio de la autonomía, ayudar a las personas a ejercer su autonomía es bueno. Aunque esto es verdad, también es solo la mitad de la historia. La otra mitad consiste en que dado que hacer cosas malas es malo, ayudar a las personas a realizar cosas malas es malo. Los dos factores deben contrapesarse entre sí, y Pepper no lo hace.

Compare este caso: el automóvil, al facilitar el traslado a distintos lugares, aumenta la autonomía humana; por lo tanto, las demás cosas siendo iguales, es moralmente bueno arreglar el auto de una persona que no puede por sí misma hacerlo andar. Pero ese tipo de consideraciones difícilmente pueden invocarse para defender la moralidad de reparar el auto de fuga de un asaltante armado, asumiendo que usted sabe con anticipación cuál es el propósito de ese auto. La incorrección moral de ayudar al asaltante pesa más que la bondad moral abstracta de aumentar su autonomía.

Pepper admite que “podrá ser moralmente erróneo manufacturar o distribuir cigarrillos o alcohol, o desheredar a nuestros hijos por casarse fuera de nuestra fe, pero la generalidad de tales decisiones son en el ámbito privado”. Esto es verdad, pero no significa que tales ejercicios de autonomía sean moralmente aceptables. Al contrario, reconoce que son inmorales. Y esto es simplemente regresar a la distinción entre la deseabilidad de ejercer autonomía y la indeseabilidad de ejercerla incorrectamente.

Pepper ve esto. Para hacer que su argumento funcione, distingue entre conducta (meramente) *inmoral* y conducta *intolerable*, y señala que la conducta intolerable “debe ser explícitamente ilegal”; en un punto, en efecto, equipara conducta “no ilegal” con conducta “por sobre el piso de lo intolerable”. Usando esta distinción, argumenta en efecto que la conducta contraria a derecho *es* conducta cuya inmoralidad no pesa más que el valor de la toma de decisiones en forma autónoma. Si no queremos que las personas se formen una opinión propia sobre esa conducta, la declararíamos ilegal, y el hecho de que no lo hayamos hecho muestra que no la reprobamos suficientemente como para quitar esa decisión de las propias manos de las personas.

Sin embargo, no se sigue la conclusión. Existen muchas razones para no prohibir conductas más allá de la razón de que no las consideremos suficientemente malas como para quitárselas de las manos a las personas. No deberíamos poner en efecto prohibiciones que no son exigibles, o que lo son solamente bajo un costo enorme, o a través de medios invasivos inaceptables o desproporcionados. No deberíamos prohibir conductas inmorales si resultaría demasiado difícil especificar esas conductas, o si por necesidad las leyes serían vagas o incluso ambas- o no lo suficientemente inclusivas, o si su exigibilidad destruiría nuestras libertades.

Todas estas razones son familiares y buenas para abstenerse de prohibir conductas que no tienen absolutamente nada que ver con la intensidad de nuestro rechazo de esa conducta. Es ilegal introducir de contrabando una botella de whisky escocés que no esté exento de impuestos. No es ilegal seducir a alguien por medio de palabras románticas melosas, pretendiendo maliciosamente romper el corazón de la amada con posterioridad (como sucede en el *Diario de un Seductor*, de Kierkegaard). Seguramente esta discrepancia no

muestra que nosotros juzgamos “intolerable” contrabandear (pero no seducir), o incluso que juzgamos el contrabando como moralmente peor que la seducción. Por el contrario, juzgamos la seducción como una peor conducta, quizás incluso como una conducta intolerable, pero percibimos que prohibir las seducciones tendría obviamente enormes costos sociales. La distinción entre conducta legal e ilegal simplemente no conduce a la distinción entre aquella conducta que consideramos sobre la base de fundamentos morales que las personas libremente deberían realizar y aquella conducta que consideramos intolerable moralmente.

Pepper reconoce esto también, pero resiste sus consecuencias al formular una pregunta retórica: “Si convertir la conducta en ilegal problemático porque la ley sería demasiado vaga, o porque es demasiado difícil identificar la conducta por anticipado, o porque no hay suficiente preocupación social o política, ¿queremos realmente delegar en el abogado individualmente considerado la autoridad para elaborar una legislación y una política de caso a caso?”

No considero que esa pregunta sea retórica; yo respondo que “sí”. La razón se dirige, pienso, al corazón de mi discrepancia con Pepper. Lo que más molesta a Pepper, creo, es la idea de que los abogados debieran interponerse a sí mismos y sus preocupaciones morales como “filtros” respecto a qué proyectos legalmente permisibles de los clientes debiera él estar habilitado para aceptar el asunto. Su preocupación, en cambio, parece tener dos aspectos en ella, uno específico para abogados, el otro más general: “Tal selección somete a cada uno al... imperio de una oligarquía de abogados”. Más generalmente, me parece que Pepper rechaza que *cualquiera*, abogado o no, interponga sus escrúpulos para filtrar los proyectos legalmente permisibles de agentes autónomos. Es decir, él rechaza obstáculos informales a la autonomía, permitiendo solamente los obstáculos formales que surgen del propio derecho. (Esta parece ser la fuerza de su argumento de que cualquier conducta que no sea ilegal queda para “la toma de decisiones individuales”.) Sospecho que parte de la preocupación de Pepper consiste en que permitir obstáculos informales a la autonomía significa quitar la ciudadanía de primera clase a las personas según lo garantiza el derecho y de este modo amenazar al propio Estado de Derecho.

La primera de sus preocupaciones es ilusoria, por cuanto no existe una oligarquía de abogados, actual o potencial, de la cual preocuparse. Una oligarquía es un grupo de personas gobernando *concertadamente*, mientras que los abogados que se niegan ejecutar proyectos a los cuales se oponen sobre fundamentos morales lo harán individualmente, sin deliberar colectivamente con otros abogados. La preocupación respecto a un Comité Central de abogados oculto se evapora cuando nos damos cuenta que el comité nunca sostendrá una reunión, y que sus miembros ni siquiera saben que lo integran. Una analogía clarifica este punto. No hay duda que a través de la historia las personas han sido usualmente disuadidas de asumir proyectos inmorales por rabia, amenaza, y falta de colaboración de sus esposas. Sin embargo, haría escaso sentido preocuparse de que lo anterior equivalga a someter la acción autónoma “al gobierno de una oligarquía de esposas”. No *existe* tal oligarquía de esposas.

La segunda preocupación es más interna. A diferencia de Pepper, no me complica la existencia de filtros informales para los proyectos legalmente permisibles de las personas.

Lejos de ver esto como una amenaza al Estado de Derecho, los considero esenciales para su propia existencia.

Nosotros –las personas, se entiende– estamos tentados por un vasto conjunto de conductas reprimibles. Algunas pueden ser y son toleradas; algunas no las realizamos debido a nuestros escrúpulos; y algunas de ellas están prohibidas por el derecho. Pero el derecho no puede prohibir toda conducta intolerable, porque la sociedad humana sería aplastada categóricamente por una monstruosa, incomprensible masa de derecho. Y los escrúpulos –conciencia, moralidad– no harán su trabajo.

En cambio, para contenernos nosotros dependemos en una vasta extensión de la presión social informal. ¿Por qué las personas rara vez se saltan la fila de la cafetería? ¿Por qué llevan sus propias bandejas? ¿Por qué mantienen sus maliciosas, chismosas lenguas (¡relativamente!) en contención cuando están en la oficina? ¿Por qué son civilizadas para subordinar a los empleados? ¿Por qué cumplen su palabra? ¿Por qué los seductores Kierkegaardianos son pocos y se mantienen alejados? Para muchas personas, la respuesta es escrúpulos, moralidad; pero para muchos otros no lo es. Sostengo que, cuando la conciencia es demasiado débil, la respuesta a todas estas preguntas es que las personas se preocupan de lo que los demás dirán, pensarán, y harán, y por eso guían su comportamiento como corresponde.

Imaginen ahora qué sucedería si no pudiéramos contar más en este tipo de motivación, por lo que tendríamos que exigir legalmente el comportamiento deseable –privar de libertad o imponer multas a quienes se saltan la fila y no llevan sus bandejas, a los rumores y a los decanos groseros y a los rompe corazones. ¡Imagínense perseguir policialmente estos delitos! Cuando comenzamos a reflexionar sobre la verdadera envergadura del comportamiento altruista que damos por descontado en el día a día, nos damos cuenta que la sociedad podría no existir sin esa densa red de filtros informales proporcionados por otras personas.

Entre esos filtros está la no cooperación. Muchos proyectos viles son abortados porque los asociados o socios o amigos o familia o patrocinadores financieros o empleados del agente no tendrán nada que ver con ellos. Mi argumento es que lejos de ser un estado de cosas objetable, ni la sociedad ni el derecho podrían sobrevivir sin esos filtros.

Y, para concluir el argumento, no veo por qué la decisión del abogado de no asistir a un cliente en un proyecto que el abogado considera vil es diferente en cualquier forma de estas otras instancias de control social realizada por medio de no cooperación privada. No es más que una afrenta a la autonomía del cliente por parte del abogado el negarse a asistirlo en ese proyecto de lo que es para la esposa del cliente amenazarlo con irse de la casa si éste continua adelante con dicho proyecto. En efecto, la autonomía del abogado le permite ejercer la “prerrogativa Lisístratiana” –negar sus servicios a aquellos cuyos planes desaprueba, decidir no irse a la cama con clientes que pretenden “hacer que un vecindario completo entre en una disputa irreconciliable”.

Pepper pretende autorizar a la autonomía del abogado un alcance restringido: para abstenerse de ser abogado, para participar en un diálogo moral con los clientes, para rehusar

a representar a un cliente, y en casos extremos participar en objeciones de conciencia en contra de obligaciones profesionales odiosas. Las dos últimas de estas en conjunto cuadran con la prerrogativa Lysistratiana, excepto por la limitación a la objeción de conciencia a casos extremos según Pepper. Él incluye esta limitación porque piensa que sólo acciones extremadamente objetables pesan más que el valor de aumentar la autonomía del cliente. Creo, sin embargo, que en casi todos los casos de inmoralidad significativa por parte del cliente el bien de ayudar al cliente a desarrollar su autonomía será superado por el mal de la acción inmoral que el cliente proponga. El argumento para este punto completará mi respuesta a la defensa del rol amoral sostenida por Pepper.

La toma de decisiones en forma autónoma es valiosa por dos razones complementarias. Metafísica y axiológicamente, el ejercicio de la libertad es uno de los más importantes (si es que no el más importante) componentes del bienestar humano; y psicológicamente, el ejercicio de la libertad es desarrollado en tanda con precisados rasgos de carácter: racionalidad y prudencia, compromiso adulto, auto-actualización, y responsabilidad.

Es crucial comprender, sin embargo, que ninguno de estos valores requiere de autonomía *ilimitada* en orden a ser satisfactoriamente desarrollado –si fuera así, por supuesto, la autonomía humana resultaría incompatible con la propia existencia del derecho. Este hecho a su vez supone que las imposiciones ocasionales o limitadas no imponen amenaza alguna a los valores que subyacen a mi autonomía, siempre que mi vida contenga muchas otras oportunidades para desarrollar y ejercer las capacidades asociadas con la toma de decisiones en forma autónoma –siempre que, en otras palabras, mi vida como un todo sea autónoma. La autonomía de un padre no es puesta en peligro por la oposición de su hijo a la guerra de Nicaragua: el padre todavía tiene muchas otras oportunidades similares para tomar decisiones libremente (es más, el padre probablemente incluso tenga muchas otras oportunidades para hacer miserable a su hijo). Su vida como un todo es autónoma.

Y, desde que las interacciones de los abogados con clientes son mayoritariamente ocasionales, la negativa de los abogados a ejecutar designios inmorales de sus clientes no amenazan los valores que subyacen a la autonomía si la vida de sus clientes como un todo es autónoma en sus otras interacciones. Por esta razón, en caso de conflicto la amenaza a la autonomía impuesta por abogados tipo Lincoln se verá típicamente superada por la inmoralidad de ayudar a sus clientes.

En efecto, Pepper ha argumentado por una tesis fuerte y una tesis débil. La tesis fuerte es que ayudar a los clientes, incluso cuando están haciendo el mal, es bueno. La tesis débil es que negar ayuda a los clientes es malo. Pero ambos argumentos se caen: los conejos salieron del sombrero solo porque estaban esperando ahí para poder comenzar.

[Se omiten las partes 2, 3, 4 y 5 del artículo]