

El rol ético amoral del abogado: Una defensa, un problema, y algunas posibilidades.

Stephen Pepper¹

(Stephen Pepper: "The Lawyer's Amoral Ethical Role: a Defense, a Problem, and Some Possibilities", 1986 Am. B. Found. Res. J. 613, tomado de Andrew L. Kaufman: "Problems in Professional Responsibility", Little Brown and Company, 3a. ed., p. 246-251. Traducido por Julián López Masle²)

Once años atrás Richard Wasserstron publicó un provocativo artículo llamando la atención sobre la dimensión moral de la relación cliente abogado. En la década reciente el tema ha recibido una gran cantidad de atención tanto de parte de la profesión como de la academia. Gran parte de la exposición de Wasserstron decía relación con la moralidad rol-diferenciada de la relación cliente-abogado, que él refería como el rol profesional amoral. Wasserstron era crítico, pero "indeciso", acerca del valor de tal rol. Este ensayo es una defensa del rol amoral del abogado.

El rol de todos los profesionales, observaba Wasserstron, "es preferir los intereses del cliente o paciente" sobre aquellos de otros individuos.

"Donde la relación cliente abogado existe, es a menudo apropiado y muchas veces incluso obligatorio para el abogado hacer cosas que, en la misma situación, una persona ordinaria no necesitaría, y no debiera hacer". Esta sigue siendo la idea generalmente aceptada dentro de la profesión acerca de la función propia de un abogado. Una vez que un abogado ha entrado en una relación profesional con un cliente la noción es que la conducta del abogado en servicio del cliente debe ser juzgada por un standard moral diferente al de la misma conducta por una persona iletrada. A través de la contrainterrogación, un abogado puede sugerir a un jurado que un testigo está mintiendo cuando el abogado sabe que el testigo está diciendo la verdad. Un abogado está autorizado también para redactar contratos o crear corporaciones para un cliente para permitirle la distribución y venta de cigarrillos, espectáculos nocturnos, o pornografía. Un abogado está autorizado para redactar un testamento para un cliente desheredando a los niños en caso de que ellos se casen fuera de la fe familiar. El punto de vista tradicional es que si tal conducta por los abogados

¹Stephen L. Pepper es professor of law del College of Law, University of Denver, y durante el período académico 1987-88 fue visiting professor of law en Cornell Law School. A.B. 1969, Stanford University; J.D. 1973, Yale Law School. Este ensayo fue el ganador en la competencia "Call for Scholarly papers" organizado por la Association of American law Schools en 1985, y fue presentado a la reunión anual de 1986, donde fue comentado por los profesores Andrew Kaufman y David Luban.

²La traducción ha sido realizada hecha con el exclusivo propósito de ser puesta a disposición de los alumnos del curso de Etica Profesional Aplicada de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile.

es legal, entonces es moralmente justificable, incluso si una misma conducta por una persona iletrada es moralmente inaceptable e incluso si los objetivos del cliente o los medios son moralmente inaceptables. En la medida en que lo que el abogado y el cliente hacen es legal, es el cliente el que es moralmente responsable, no el abogado.

Aunque este rol amoral es el standard generalmente aceptado dentro de la profesión, ninguna justificación moral generalmente aceptada ha sido articulada hasta ahora. Esto sigue siendo así a pesar de las acaloradas discusiones académicas sobre la materia durante los 10 años que siguieron al artículo de Wasserstron, discusión simbolizada por la pregunta: ¿Puede una buena persona ser un buen abogado?. La crítica al rol amoral ha sido extraordinariamente diversa, yendo desde la economía pasando por la jurisprudencia hasta la religión. La justificación más común para el rol se enmarca en el lenguaje del "sistema acusatorio", focalizándose en la justificabilidad de los diferentes roles del abogado y del juez. La parte I de este ensayo sugerirá una mucho más amplia justificación moral para el rol profesional amoral del abogado, el "modelo de ciudadano de primera clase". La parte II enfrentará dos de las más comunes críticas al rol amoral. La parte III plantea la seria dificultad para el modelo creado cuando el rol profesional amoral se combina con la dominante visión legal realista del derecho. La parte IV explora algunas posibilidades para superar las dificultades del realismo legal.

I. EL MODELO DE CIUDADANO DE PRIMERA CLASE.

Como una introducción al modelo de ciudadano de primera clase, me gustaría comenzar con una breve explicación del concepto de obligación profesional. La misma idea de profesión conlleva la función de servicio, la noción de que en cierto grado el profesional debe subordinar sus intereses a los intereses de aquellos que necesitan de sus servicios. Esta orientación es sugerida por las siguientes siete características que definan el concepto de una profesión.

1. Una profesión es un medio de ganarse la vida.
2. Una profesión está basada en conocimiento especializado, entrenamiento, y habilidad, a menudo requiriendo trabajo intelectual y muchos años de educación superior.
3. Los servicios prestados por el profesional, basados en estos fundamentos de conocimiento y habilidad, son necesarios a los individuos en varios momentos de su vida y son frecuentemente del mayor interés personal (por ejemplo, servicios relacionados con la salud física, libertad, salvación religiosa, o bienestar psicológico).
4. Porque conocimiento especializado está envuelto, la calidad de los servicios prestados por el profesional no son verificables desde la perspectiva de una persona iletrada. El individuo **necesita** el servicio pero es incapaz de evaluarlo, y por lo tanto el individuo es **vulnerable** en relación con el profesional.
5. La profesión sostiene un monopolio sobre un servicio frecuentemente necesitado por individuos, y como resultado ejerce significativo poder económico.
6. La profesión es fundamentalmente auto regulada en cuando a la determinación y administración de las calificaciones para sus miembros y en la orientación de las actividades profesionales.
7. Parte de la autorregulación usualmente incluye disposiciones éticas que articulan una orientación de servicio.

La sexta y séptima características son el *quid pro quo*, por el hecho de que la profesión tiene un monopolio sobre y se gana la vida del servicio de necesidades públicas pero no puede evaluarlas.

La séptima característica se suma a la inherente ventaja que tiene el profesional sobre aquellos necesitados de sus servicios y a un permanente conflicto económico de intereses entre el profesional y aquellos que necesitan (y pagan por) sus servicios. Como un remedio para este desigual conflicto, hay una primordial obligación profesional implícita: cuando el interés del cliente y el interés del profesional entran en conflicto, el profesional debe renunciar a su interés en favor del interés de su cliente.

El Código de Ética Profesional refleja los factores y el conflicto mencionado anteriormente. Gran parte del Código modelo de Responsabilidad Profesional de la ABA -American Bar Association- (el documento vigente en más de las tres cuartas partes de los estados) parece estar designado a aumentar el bienestar económico de la profesión, pero gran parte de él también parece designado a poner los intereses del cliente sobre aquellos del abogado, a proteger al cliente del auto interés del abogado. Es con este segundo aspecto de la ética de la profesión legal con el cual este ensayo está relacionado. Dejando de lado las provisiones "de gremio", el rol del profesional es servir al cliente más allá de sí mismo. Si algo justifica el desigual poder y oportunidad graficado en los siete elementos conceptuales dictados previamente, es ésta subyacente ética del profesionalismo. Esta ética por sí misma sugiere que si un conflicto moral surge entre el abogado y el cliente, el abogado debe seguir la perspectiva del cliente. Pero este no es el argumento que quiero presentar aquí. Esta perspectiva de la teórica orientación de servicio de los profesionales constituye solo el primer peldaño.

La premisa con la cual yo quiero comenzar es que el derecho es un bien público disponible para todos. La sociedad a través de sus "creadores de derecho" (poder legislativo, cortes, agencias administrativas, etc.) ha creado varios mecanismos para facilitar y posibilitar la obtención privada de las metas individuales y de grupo. Las formas corporativas de empresa, el contrato, el trust, el testamento, el acceso a los tribunales de justicia para obtener el auxilio de la fuerza pública para la resolución de conflictos privados son todos vehículos de poder para el individuo o grupo; todo ello es "derecho" creado por la colectividad con el objeto de que esté generalmente disponible para el uso privado. Además de estos mecanismos estructurales existen enormes cantidades de leyes, que se pretende sean generalmente conocidas y que generan poder: leyes de arrendamiento, leyes del trabajo, leyes de seguridad social, la lista podría ser enormemente extensiva. El acceso a ambas formas de derecho fomenta nuestra habilidad para cumplir metas exitosamente.

La segunda premisa es un compromiso social con el principio de autonomía individual. Esta premisa se funda en la creencia de que la libertad y la autonomía son bienes morales, que la libertad de elegir es mejor que el control, que cada uno de nosotros desea, en la medida posible, tomar sus propias decisiones antes que aceptar que alguien las tome por nosotros. Esta creencia está comprobada en nuestro sistema legal, que asegura la autonomía individual dejando tanto espacio como sea posible para la libertad y la diversidad. Dejando las leyes regulatorias de un lado por el momento

(reconociendo que ella ha crecido inmensamente, contribuyendo a la legalización que se mencionará más adelante), nuestro derecho está designado (1) a permitir la estructuración privada de los asuntos (contratos, corporaciones, testamentos, trust, etc.) y (2) a definir conducta que es intolerable. Esto último establece un piso bajo el cual uno no puede ir, pero deja tanto espacio como sea posible sobre este piso para la adopción de decisiones individuales.

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 dejadas en el ámbito privado. Diversidad y autonomía son preferidas sobre "correctas" o "buenas" conductas. La intención de nuestro derecho es dejar tanto espacio como sea posible para decisiones privadas e individuales acerca de lo que es correcto e incorrecto, en lugar de decisiones públicas y colectivas.

Nuestra primera premisa es que el derecho pretende ser un bien público que aumenta la autonomía. La segunda premisa es que incrementar la autonomía individual es moralmente bueno. El tercer paso es que en una sociedad altamente legalizada como la nuestra, la autonomía depende del acceso al derecho. Puesto simplemente, la ciudadanía de primera clase depende del acceso al derecho. Y mientras el acceso al derecho -para la creación y uso de una corporación, para el conocimiento de cuanto sobretiempo debe uno pagar o tiene el derecho a percibir- está formalmente disponible para todos, en realidad está disponible sólo a través de un abogado. Nuestra ley no es usualmente tan simple, no es usualmente ejecutable por uno mismo. Para la mayoría de la gente, la mayor parte del tiempo, un acceso significativo al derecho requiere la asistencia de un abogado. Así la conclusión resultante es la siguiente: **ciudadanía de primera clase frecuentemente depende de la asistencia de un abogado**. Si la conducta que el abogado facilita es sobre el piso de lo intolerable -no es ilegal- entonces esta línea de ideas sugiere que lo que el abogado hace es un bien social. El abogado es el medio para obtener ciudadanía de primera clase, para obtener significativa autonomía, por parte del cliente.

Decir que el abogado tiene una responsabilidad moral por cada acto que facilita, que tiene una obligación moral a rehusar facilitar lo que el abogado cree que es inmoral, es sobreponer las creencias de los abogados a la autonomía individual y a la diversidad. Tal función de filtro somete a cada uno al control previo del "juez-facilitador" y a la regla de una oligarquía de abogados. Si en la alternativa, la sugerencia es que la labor de filtro del abogado debiera basarse no en la moral personal del abogado, sino en la valoración del abogado acerca de la perspectiva moral de la sociedad o en guías expresadas en un Código de Ética Profesional, entonces uno ha sustituido el proceso de decisión moral individual por un proceso de decisión moral colectiva contraria al principio de autonomía. Menos espacio ha quedado para la adopción de decisiones privadas a través de formas secretas de elaborar el derecho. Si la conducta es suficientemente "mala", parecería que ella debiera ser explícitamente convertida en ilegal. Si no es tan mala, ¿porqué someter a la ciudadanía a la incertidumbre del juicio moral y particular abogado al cual cada uno tiene acceso?. Si convertir la conducta en ilegal es demasiado problemático porque la ley sería demasiado vaga, o es demasiado difícil identificar la conducta por anticipado, o no hay

suficiente preocupación social o política, ¿queremos realmente delegar al abogado individual la autoridad para elaborar una legislación y una política de caso a caso?

Un ejemplo puede ayudar. El profesor Wasserstrom implícitamente dice que un abogado debiera rehusar redactar un testamento desheredando a un niño a causa de las visiones del niño relativas a la guerra en Nicaragua. "Pero", pregunta el profesor Freedman, "¿Es el paternalismo del abogado hacia el cliente preferible -moralmente o de algún otro modo- al paternalismo del cliente hacia su hijo?" Y, pregunta luego, ¿Hay alguna razón para sustituir la diversidad de las opiniones de los abogados sobre el tema del desheredamiento basado en creencias políticas a la diversidad de las opiniones de los clientes?. ¿Debiéramos tener una ley sobre el tema?. Si no, ¿porqué permitir un uso selectivo de las disposiciones legales sobre el testamento a través de las diversas conciencias de los abogados o a través de la colectiva conciencia de la profesión? Y si la ley es clara pero contraria a las creencias morales del abogado, tales como un resquicio legal para el rico o contrainterrogación orientada a afectar la credibilidad del testigo verdadero, ¿porqué permitir (dejemos de lado "requerir") que el abogado legisle para esta particular persona o situación?

Es evidente que un valor final significativo en apoyo del modelo de ciudadanía de primera clase es la igualdad. Si la ley es un bien público, y el acceso a ella aumenta la autonomía, entonces igualdad de acceso es importante. Porque acceso a una ley que se da filtrada desigualmente a través de las dispares visiones morales de cada abogado individual no parece ser justificable. Incluso dado el actual y quizás permanente hecho del desigual acceso a la ley, no tiene ningún sentido combinar dicha desigualdad con otra. Si el acceso a un abogado se logra (a través de dedicación privada de los propios medios, provisión pública, o a la decisión de los abogados o de la profesión de proveerlo), ¿debiera la extensión de tal acceso depender de la conciencia individual del abogado? Los valores de autonomía e igualdad sugieren que no; la conciencia del cliente debe ser superior a la del abogado. Una de las desagradables consecuencias de la visión de que el abogado debe ser moralmente responsable por todo lo que hace es la desigualdad resultante: un acceso a la ley "libre de filtros" estaría entonces disponible solo para aquellos que son legalmente sofisticados o capaces de educarse a sí mismos suficientemente como para tener acceso a la ley, mientras aquellos menos sofisticados - aquellos menos educados- quedarían sin acceso o con acceso que somete su uso de la ley al juicio moral y veto del abogado.

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