

La responsabilidad de los abogados por la justicia de sus casos*

DUNCAN KENNEDY**

Quiero agradecer a la clase que se gradúa por invitarme a hablar en el día de hoy. También quiero felicitar a ustedes y a sus familias por el logro que este día representa. Ésta es la primera vez que se me convoca para dar un discurso de graduación y siento cierta ansiedad al inicio de esta nueva carrera.

El tema que he elegido es sólo un aspecto de una cuestión más amplia: *La responsabilidad de los abogados por la justicia de sus casos*, seguramente uno de los temas más aburridos que se hayan inventado jamás para llenar el tiempo previo a la entrega de sus diplomas. Pero ¿qué les parece primero antes de la cuestión formal un momento de celebración breve, sentimental y hasta tonto? Busquen a su alrededor a algún compañero de estudios amigo o a algún familiar. Dense el gusto: sonrían, frunzan el ceño, hagan muecas o ignoren completamente a esa persona. Para algunos de ustedes, el calvario ha finalizado. Para casi todos ustedes –sospecho– ha habido momentos en los que se han sentido heridos o perdidos, atemorizados o humillados, en peligro. Pues bien, amigos, han cruzado la línea: ustedes ya son graduados.

Están cruzando además la línea hacia la vida profesional. Eso es algo que pueden estar esperando. No es que puedan estar orgullosos por el

* Publicado originalmente como “The responsibility of lawyers for the justice of their causes”, en *Texas Tech. Law Review*, nro. 18, 1987. Los editores agradecen al autor el permiso para traducirlo y publicarlo en esta revista. Traducción al español realizada por Luciana Ekmekdjian, docente de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires, revisada por el autor y por Mary Beloff.

** Profesor de la Escuela de Leyes de la Universidad de Harvard. Este ensayo fue presentado –ligeramente modificado– como discurso en la ceremonia de graduación del Colegio de Leyes de Washington, de la Universidad Americana, el 18 de mayo de 1986.

solo hecho de ser abogados. Después de todo, hay buenos y malos abogados; pero sí pueden enorgullecerse de los poderes que han adquirido a través del estudio del Derecho. También pueden sentirse orgullosos de la tradición inherente al derecho por la cual los abogados utilizan sus poderes para ayudar a otros en pos del bien común. Es una práctica ardua. Muchos abogados aspiran a ella; algunos lo logran. Espero que ustedes estén entre ellos.

Y ahora a lo mío. Quiero hacer algo muy típico de abogados: argumentar en favor de una posición, de una actitud que podrían –y creo que deberían– adoptar en la práctica de la abogacía en los años venideros.

Comiencen con cierta piedad abstracta: intenten hacer todo lo posible, ¡oh, graduados del Colegio de Leyes de Washington!, para evitar hacer daño con sus aptitudes de abogados.

Si les pidiera a cada uno de ustedes que juraran evitar hacer daño con sus habilidades profesionales, apuesto que la mayoría de ustedes diría: “¿Por qué no? De acuerdo, jefe, eres el orador de la ceremonia de graduación, suena inofensivo y hasta obvio para mí; en este acto me comprometo a evitar hacer daño con mis aptitudes profesionales de abogado”.

Sin embargo, creo que esta piedad abstracta contiene cierta mordacidad controversial. Pondría en aprietos a muchos abogados. Para hacer polémica esta promesa, déjenme poner a un lado dos de sus sentidos más evidentes. Cuando representan a un cliente, deberían hacer todo lo mejor por él o por ella. Eso significa: *evitar la mala praxis*,¹ y ¡quién podría discrepar con ello! Luego, existe otro aspecto algo más delicado. Creo que todos nosotros coincidiríamos en que en la mayoría de las situaciones un abogado no está obligado a aceptar a un cliente. Si creen que el cliente está intentando hacer algo terrible y quiere servirse de vuestras aptitudes profesionales para hacer daño, ustedes no están obligados a tomar el caso a menos que un tribunal los designe para hacerlo.

Vuestro Derecho a rechazar un caso va más allá de no hacer nada para ayudar a una persona con malas intenciones. Podrían no tomar el caso para evitar contribuir o estar vinculado de alguna forma con un

¹ Nota del T.: el resaltado pertenece al original.

cliente que creyeron que era malo. Son ustedes quienes eligen sus casos sobre la base de lo que ustedes prefieran.

Sé que este asunto es *un poco* controversial a partir de la reacción del *establishment* de la profesión y de los escritores de editoriales ante el boicot de los estudiantes a lo largo y ancho del país en oposición de las entrevistas de trabajo convocadas por los estudios que representan al Gobierno sudafricano. Muchos abogados consideraron escandaloso que los estudiantes intentaran influenciar a las firmas de abogados o interfirieran con la posibilidad del Gobierno sudafricano de obtener asesoramiento, mediante la amenaza de no trabajar para esos estudios.

Yo quiero ir un paso más allá que aquellos estudiantes. Si bien es cierto que nadie debería culparlos por negarse a representar a un cliente cuya actividad desapruaban, eso no es suficiente. Ustedes deberían sentirse culpables –y nosotros deberíamos reprobarlos– si siguieran adelante y defendieran una causa que creen que hará más daño que bien. No deberían tomar el caso si creen que sería mejor o más ético para la sociedad que su cliente pierda. Tampoco deberían tomar el caso si creen que el cliente no debería estar en el tribunal en primer lugar, por ejemplo, porque debería haber pagado moralmente por sus actos, aun cuando tuviese una defensa legal técnicamente correcta. No deberían tomar un caso si su cliente está haciendo valer sus derechos pero los está usando en pos de una mala causa.

El sentido fuerte de la piedad abstracta es que ustedes deberían evitar hacer daño con sus habilidades profesionales. La gran mayoría de los abogados no coinciden con ello en absoluto. En efecto, creen que ustedes no quedan manchados moralmente por las intenciones subyacentes de sus clientes, sus cualidades éticas o por el resultado que alcancen, siempre que ustedes no participen por ustedes mismos en el quebrantamiento de la ley. Quizás hacen una excepción al condenar a los abogados de la mafia aun cuando ellos no están directamente involucrados en alguna actividad criminal. Pero de eso se trata. Creo que ustedes sin dudas *quedan*² manchados por las malas acciones de clientes que ustedes facilitan mediante vuestro trabajo como abogados.

² Nota del T.: ídem 1.

En la medida en que ello sea cierto, es incorrecto representar a una clínica de abortos que intenta alquilar un inmueble para expandir sus operaciones, si ustedes son antiabortistas. Y si están a favor de la libre elección ante el aborto, también será incorrecto que representen al propietario que ha sido intimidado para desalojar una clínica de abortos. Es incorrecto trabajar en contra de la agremiación si ustedes creen que todos deberían tener un sindicato, y también está mal trabajar por el derecho del sindicato a hacer un piquete en un *shopping*, si ustedes consideran que, por lo general, los sindicatos son el mal. Es incorrecto hacer *lobby* con miras al aplazamiento de controles ambientales si ustedes creen que éstos deberían ser implementados ahora mismo, y también es incorrecto llevar adelante actividades antimonopólicas en contra de una fusión de empresas si ustedes consideran que las fusiones son positivas para la economía.

Mi posición es extrema y seguramente les será aplicable a ustedes en algún momento de sus vidas como abogados. Supongo que para eso son, al menos en algunos casos, los discursos de graduación. Lo que estoy diciendo es que rechacen al cliente aun cuando no esté intentando que hagan algo ilegal e incluso cuando no esté haciendo algo ilegal por sí mismo. Ese cliente sólo quiere que argumenten que la clínica de abortos ha incumplido el contrato de alquiler, mientras ustedes consideran que no es el caso, o bien que la fusión ha violado las leyes antimonopolio. Estoy diciendo que si *ustedes*³ consideran que el resultado de la victoria de su cliente, tras pensarlo mucho, podría llegar a ser algo negativo o socialmente desafortunado, entonces deberían negarse a participar a pesar del hecho de que el cliente pagará y de que ustedes no estarían haciendo nada que pudiera resultar ni siquiera remotamente violatorio de los cánones de la ética profesional. Estarían completamente libres de sospecha respecto de una "conducta antiética" tal como es concebida por la profesión. No obstante ello estoy insinuando que, de cualquier forma, estarían moralmente errados.

Existen muchas más objeciones a lo que acabo de decir. Intentaré derribar al menos veinte de ellas de forma rápida y sucesivamente. En primer lugar, ¿qué hay del Porsche? No me refiero al mío (de hecho, no

³ Nota del T.: ídem 1.

tengo uno); me refiero al que ustedes podrían imaginar en el futuro. La respuesta concreta es que hay mucho dinero por hacer allá afuera, para la mayoría de los abogados, la mayor parte del tiempo, sin convertirse en un asesino a sueldo. A eso nos estamos refiriendo: al abogado como mercenario sin importar la moralidad del cliente. Al menos actualmente, hay toneladas de trabajos moralmente inocuos, positivamente beneficiosos o incluso neutros para los abogados. De hecho, *la mayor parte* del trabajo de los abogados entra dentro de estas categorías para la mayoría de la gente. Si apearse a este tipo de trabajos implica alguna pérdida de ingresos, que así sea. Tal vez ganen un Porsche en la lotería.

En segundo lugar podrían pensar: si yo no lo hago, alguien más lo hará. Pero eso no lo vuelve correcto para que ustedes lo hagan. Ustedes deberían evitar hacer daño con sus habilidades de abogados aun si hay alguien más a la espera de tomar vuestro lugar. Tercero, ¿qué puede tener de malo?; en efecto, ¿por qué no es algo bueno ayudar a la gente a defender sus derechos? Los abogados deberían consagrarse a la legalidad; pero lo que estoy proponiendo es rechazar clientes por razones no legales sobre la base de que, aun dentro de sus derechos, esos clientes están haciendo más daño que bien.

La respuesta simple es que el derecho no es contiguo/sinónimo de moralidad; existe una vasta gama de comportamientos que perjudican a la gente sin que tengan remedio legal alguno, y cuando los abogados ayudan a la gente a hacer ese daño, no pueden escapar a la responsabilidad que ello acarrea si el resultado es inmoral. La legalidad es importante. Es un buen punto de partida para la discusión. Sin embargo, el hecho de que su cliente tenga derecho a hacer daño y a salirse con la suya no significa que ustedes puedan quedarse con la conciencia limpia, aun cuando vuestro rol haya sido rutinariamente técnico y no hayan sido ustedes quienes eligieron el curso de acción, si éste fue inmoral.

Además, los abogados suelen ser –incluso con frecuencia– algo más que técnicos del Derecho. Ellos dan forma a acuerdos y fabrican derecho. Inventan nuevas formas de vida social, completan lagunas, resuelven conflictos y ambigüedades. Moldean la ley mediante el proceso de argumentación jurídica, en el tribunal, en los escritos, en las negociaciones. No se podrá decir: “Mira, he moldeado el derecho de esta forma, y de

esta forma, y de esta otra. He creado mucho derecho. Pero no me responsabilicen por el contenido real del derecho que produje. Ello fue determinado por quien resultó ser mi cliente en ese momento. Yo elijo a mis clientes según su capacidad de pago. ¿En qué me concierne si el derecho por el que me pagan va en contra de mis propias creencias morales? Yo soy tan sólo un abogado y dejo a otros la decisión final”.

El problema con ello es que vuestra actividad no es neutra, y cuanto mayores sean sus habilidades jurídicas, menos neutrales resultarán ustedes. Los abogados inventan nuevas reglas, ideas, acuerdos y argumentos. Determinar cuáles ganan, cuáles son aceptados por jueces, jurados y legislaturas es función tanto de quienes tienen el talento jurídico de su lado como de la justicia que le asiste a una parte. Si colocan vuestros talentos jurídicos junto a los resultados que ustedes desaprueban, ayudarán al menos en algo a que resulte más probable que prevalezcan los malos resultados y vuestras propias malas invenciones. Son ustedes quienes deben cargar con la responsabilidad si *su* peculiar manera de moldear el Derecho o el producto de vuestro trabajo triunfa en perjuicio de la comunidad, aun cuando no hayan sido ustedes, sino un juez o un funcionario quien –por así decirlo– “tiró del gatillo” al haber sido quien de hecho resolvió el caso, y aun cuando otro hubiera actuado en vuestro lugar de no haberlo hecho ustedes.

Pero, ¿qué sucedería con el derecho a la asistencia legal si todos los abogados se cuestionaran siempre la justicia de las causas de sus clientes? ¿Y qué hay de Nuestro Sistema Adversarial⁴? ¿Acaso no consiste en que los abogados defiendan con entusiasmo los intereses de sus clientes y permitan que la verdad surja a través del conflicto? Corresponde al juez y al jurado decidir sobre la justicia del caso; el *abogado*⁵ es quien debe presentarlo de la mejor forma posible para la parte que defiende, cualquiera que ésta sea.

Todos éstos son reparos serios. Estoy dispuesto a hacer algunas concesiones a fin de reconocer algunos contraprinicipios respecto de los cuales estoy argumentando. Después de todo, aun en un día como éste, no hay absolutos.

⁴ Nota del T.: las mayúsculas figuran en el original.

⁵ Nota del T.: ídem 1.

En primer lugar, *no* estoy diciendo que ustedes deban representar clientes malos sin entusiasmo o de forma incompetente. Estoy hablando de la elección de los clientes. Una vez contratados, me parece que *quedan* de algún modo atados a actuar como contrincantes dentro del sistema adversarial a menos que pase algo inesperado que implique que ustedes deban retirarse. Esto puede plantear muchos problemas delicados si ustedes realmente están evitando usar sus aptitudes profesionales de abogados de algún modo que pueda dañar a la gente, pero ése no es mi tema.

Segundo, todas las personas -incluyendo sus potenciales clientes- tienen *derecho* a un abogado hasta el punto de que el Estado les proveerá uno si no pueden pagarlo sólo en algunos supuestos: en ciertas cuestiones penales y en algunos, pero no en todos, conflictos del Derecho de Familia. La única manifestación restante del derecho de todas las personas a tener un abogado es que el Estado no les prohíba tener uno *si* encuentran alguno que puedan permitirse pagar. El derecho a un asesoramiento legal no significa que los clientes cuyas causas perjudiquen a la sociedad tengan derecho a *vuestro* asesoramiento por el solo hecho de tener el dinero para pagar por ello.

Considero moralmente correcto ser defensor oficial o trabajar para un servicio de asistencia jurídica gratuita, a pesar de que a veces se encontrarán representando a personas que son culpables o inmorales. En tales casos, ha habido una decisión *social* en pos de que la gente tenga abogados aun cuando no puedan pagar por ellos. Incluso iría más allá y diría que si un potencial cliente no pudiera conseguir un abogado a menos que fueran *ustedes* quienes lo representen, y si fuese probable que sea tratado injustamente por el sistema al no tener asistencia legal, ustedes deberían entonces tomar el caso a fin de prevenir la injusticia que esa ausencia de abogado provocaría.

Sin embargo, de lo que estoy hablando es de lo siguiente: ¿ustedes deberían *o no* confeccionar la documentación para una empresa de bienes raíces que está actuando lícita y completamente dentro de sus derechos al comprar 100 viviendas para personas de bajos ingresos que alojan a 400 personas pobres con el fin de convertirlas en 40 condominios para ser habitados por 80 yuppies, para lo cual los pobres deberán mudarse a viviendas más pequeñas con alquileres más caros y aumentar el con-

tenido de almidón en la dieta de sus hijos? Yo sostengo que ustedes no deberían hacerlo y que en tales supuestos el derecho a un abogado deviene irrelevante. Dejen que otro abogado lo haga, o bien dejen a los propios empresarios hacerlo en el improbable caso de que no puedan comprar a alguien más con su dinero.

Creo que la verdadera objeción a mi propuesta es que ella contradice nuestra idea de que es correcto distribuir la asistencia jurídica entre las personas de acuerdo con el dinero que puedan pagar. Los abogados quieren sentirlo así porque si la sociedad delegó en el mercado la decisión acerca de quién accede a un abogado y de qué tipo (un incompetente o el mejor que el dinero pueda comprar), en consecuencia está permitido que ellos se olviden del tema al tiempo que venden sus propios servicios para lo que ellos puedan lograr alcanzar sin importar la moralidad de la actividad legal.

Si ustedes –si la mayoría de los abogados– toman con seriedad la elección de los clientes según la piedad abstracta que implica que ustedes deberían evitar hacer daño con sus aptitudes profesionales de abogados, parece probable que algunos clientes deban pagar más por menos asistencia legal, mientras que otras personas obtendrán un servicio mayor por menos dinero. Sus intuiciones morales, entonces, influenciarían la distribución del talento legal en el mercado junto con el poder de compra de los clientes. ¿Eso sería mejor o peor que la situación actual?

Yo creo que sería mejor. Actualmente, la distribución del servicio de asistencia legal es vergonzosa: los ricos obtienen mucho más de lo que realmente necesitan o merecen; las personas de ingresos medios no pueden pagarse un abogado en muchos casos en los que han sido estafadas por sumas de dinero relativamente pequeñas, al haber sido discriminadas por razones de sexo o raza, o en casos de lesiones graves. La gente pobre prácticamente no tiene acceso a la asistencia legal dada la ínfima dotación de recursos de los servicios de patrocinio jurídico gratuito. Si los abogados se sienten moralmente responsables por su contribución individual a esta asignación de recursos destinados a los servicios legales, creo que es probable que esos índices mejoren, aunque quizás sólo marginalmente. Ello posiblemente afectaría a algunos de los actuales consumidores excesivos del tiempo de los abogados.

Si ustedes aplicaran su propio criterio moral en la selección de clientes, no sólo ocasionalmente sino en todos los casos, a menudo podrían tomar decisiones con las que yo seguramente discreparía. Sin embargo, creo que la pauta global de elección probablemente sería mejor a aquella que resulta de un mercado en el que el sufrimiento humano no cuenta para nada y los dólares lo son todo. Estoy a favor de tener en cuenta la ética de los clientes en sí misma. Mi propuesta es de izquierda tan sólo en el amplio sentido de estar por la liberación y por la responsabilidad, aun cuando las consecuencias a veces puedan resultar conservadoras.

Éste es mi discurso, amigos. Ahora archívenlo en la gran videoteca de la memoria. Tal vez algún día, cuando el socio mayoritario del estudio les arroje los papeles sobre el escritorio, ustedes escuchen el murmullo de esa piedad abstracta en sus oídos: trata de no usar tus habilidades profesionales de un modo que pueda causar daño.

Muchas gracias.