

Comportamientos diferenciados por rol y responsabilidad moral de la abogacía

Behaviors Differentiated by Role and Moral Responsibility of the Legal Profession

OSCAR E. MIRANDA MILLER¹

Resumen

El presente escrito tiene como objeto analizar la manera como las relaciones entre abogado-cliente pueden llegar a convertir a los primeros, esto es, a los abogados, en personas “amoraless” e incluso “inmorales en nuestro trato con el resto de la humanidad”. En otros términos, se quiere reflexionar sobre si existen justificaciones adecuadas para que los profesionales de la abogacía habitemos en eso que, según Wasserstrom, en el mejor de los casos es un mundo “moralmente simplificado”, frecuentemente “amoral” y a veces “claramente inmoral”. En consideración con ello, resulta pertinente afrontar interrogantes tales como: ¿Debe atribuirse responsabilidad moral a quienes asistan a sus representados para lograr resultados claramente contrarios al interés público aunque pueda argumentarse que dichas gestiones no exceden el marco de la ley? ¿Varía la contestación a esta pregunta, ya sea según la naturaleza de la representación o asesoramiento en cuestión, o las características de la parte representada o asesorada?.

Palabras clave

Rol, abogacía, comportamiento, sistema penal, visión tradicional, clientes, moral, partidismo neutral, relación abogado-cliente.

1 Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Puerto Rico.
Contacto: oscar.miranda1@upr.edu.

Abstract

The purpose of this article is to analyze the way in which attorney-client relations can convert the former, that is, the lawyers, into "amoral" and even "immoral" persons in our dealings with the rest of humanity. In other words, we want to consider on whether there are adequate justifications for lawyers to inhabit what, according to Wasserstrom, at best is a "morally simplified", often "amoral" and sometimes "clearly immoral" world. Considering this, it is pertinent to address questions, such as: Should moral responsibility be attributed to those who assist their constituencies to achieve results clearly contrary to the public interest although it can be argued that such efforts do not exceed the framework of the law? Does the answer to this question vary, either according to the nature of the representation or advice in question, or the characteristics of the represented or advised party?

Keywords

Role, lawyer, behavior, criminal system, traditional view, client, morality, neutral partisanship, lawyer - client relationship.

Sumario

1. Introducción; 2. Representación aguerrida de clientes impopulares; 3. ¿Diles a quién representas y te dirán quién eres? 3.1. La concepción amoral o moralmente neutral de la abogacía; 3.2. Comportamientos diferenciados por rol; 3.3. Críticas al partidismo neutral y la visión tradicional de la abogacía; 3.4. Argumentos a favor del comportamiento diferenciado por rol; 4. ¿Lo penal es distinto?; 4.1. Argumentos en contra; 4.2. Argumentos a favor; 5. Evaluación moral del partidismo neutral; 6. Reflexiones finales.

1. Introducción

La profesión legal probablemente ha estado vinculada a todas las causas de interés público a través de la historia de los Estados Unidos y Puerto Rico. Muchos nos hemos dedicado a ella atendiendo un llamado a contribuir al desarrollo de una sociedad más justa.² Sin embargo, a través de la historia las críticas a la abogacía han sido numerosas y quienes han escrito en décadas recientes sobre el estado de la profesión legal en los

2 La idea se ha expresado, por ejemplo, en los siguientes términos: "The moral appeal of the lawyering role rests on the ideal that 'lawyers, not just in exceptional moments of public service, but in their everyday practice, participate directly in furthering justice.'" ROGER C. CRAMTON, "Furthering Justice by Improving the Adversary System and Making Lawyers More Accountable", 70 *Fordham L. Rev.* 1599 (2002), citando a William H. Simon, "The Trouble with Legal Ethics", 41 *J. Legal Educ.* 65, 66 (1991).

Estados Unidos han dado cuenta de ello.³ Rhode, por ejemplo, señala que “lo que no le gusta al público sobre los abogados puede llenar un libro extenso y la tarea se ha hecho con frecuencia”.⁴ Zitrin y Langford comentan que los abogados “se encuentran perennemente entre las personas menos queridas en los Estados Unidos”.⁵ Se han ofrecido diversas explicaciones para esto. Cramton afirma que se ha desvirtuado la profesión bajo el mantra de “el cliente es primero”, entendido esto como “primero y único”.⁶ También expresa que en otra época la lealtad al cliente quedaba balanceada por la obligación primaria del abogado ante las instituciones y los procesos legales, pero ya no es así.⁷ Dicha visión romantizada de la abogacía conforme a la cual tiempos pasados fueron mejores puede o no ajustarse a la realidad,⁸ pero lo cierto es que por

-
- 3 Simon comienza su libro sobre la ética en la abogacía expresando lo siguiente: “Many young people go to law school in the hope of finding a career in which they can contribute to society. They tend to come out with such hopes diminished, and the hopes often disappear under the pressures of practice. Late in their careers, especially if they achieve worldly success, they often recall their hopes with nostalgia and regret. We owe to this late-career experience a booming literature of books, after-dinner speeches, and bar association reports decrying the ethical poverty of law practice”. WILLIAM H. SIMON, *The Practice of Justice* 1, Boston, Harvard University Press, 1998.
- 4 RHODE, DEBORAH, *In the Interest of Justice* 3, Oxford University Press, 2000 (traducción suplida).
- 5 ZITRIN, RICHARD & LANGFORD, CAROL, *The Moral Compass of the American Lawyer* 163, Ballantine Books, 1999 (traducción suplida).
- 6 ROGER C. CRAMTON, “On Giving Meaning to “Professionalism”, en *ABA Teaching and Learning Professionalism: Symposium Proceedings*, Oct 2-4, 1996, pp. 7-8. Cramton ha expresado además lo siguiente: “The operative goal of most practitioners (echoed by much of what is taught in law school) is to “win” for the client (and for one’s own self-esteem and monetary reward) without getting sanctioned by a judge, disciplined by the bar, or exposed to civil or criminal liabilities. In short, Holmes’ “bad man” is the typical American lawyer whose only concern is how far he can go in winning for the client without incurring the wrath of the law or harmful damage to reputation”. CRAMTON, ROGER C., *Furthering Justice by Improving the Adversary System and Making Lawyers More Accountable*, Cit.
- 7 Específicamente ha expresado lo siguiente: “Some years ago the fidelity and loyalty owed to clients was balanced by a generally accepted understanding that the lawyer’s primary obligation was to the procedures and institutions of the law. When tension arose between client interests and those of the legal system, the lawyer’s respect for the rule of law-the maintenance and improvement of just and efficient legal institutions-almost always prevailed. Our greatest need today is to regenerate this common faith” – *Ibíd.*
- 8 Deborah Rhode lo ha cuestionado: “Lawyers belong to a profession permanently in decline. Or so it appears from the chronic laments by critics within and outside the bar. The profession, we are told, has lost its “fine sense of dignity and honor” and has become “contaminated with the spirit of commerce.” That complaint came in 1895, but such sentiments were in ready supply a century earlier and later... If ever there was a true fall from grace, it must have occurred quite early in the profession’s history. Over two thousand years ago, Seneca observed advocates acting as accessories to injustice, “smothered by their prosperity,” and Plato condemned their “small and unrighteous souls.” – RHODE, DEBORAH, *In the Interest of Justice* 3, Cit.

mucho tiempo se ha criticado a los abogados por su falta de independencia frente a sus representados, particularmente los poderosos. Hace más de 100 años, en un mensaje ofrecido ante la Escuela de Derecho de Harvard, el Juez Brandeis expresó lo siguiente:

En lugar de mantenerse al margen, ubicarse entre los ricos y el pueblo, y estar listos para limitar los excesos de unos u otros, algunos abogados capaces han permitido en gran medida, que se les haya convertido en complementos de grandes corporaciones y desatendido las obligaciones de utilizar sus destrezas para la protección de las personas.⁹

Así, al igual que Freedman, muchos se han preguntado si los abogados son meramente mercenarios o “si deben obedecer su propia conciencia en lugar de la de sus clientes”.¹⁰

Para fines de este escrito, la crítica a la profesión jurídica que me interesa explorar particularmente señala que las relaciones abogado-cliente tienden “sistemáticamente” a convertirnos en personas “amorales” e incluso “inmorales en nuestro trato con el resto de la humanidad”.¹¹ Pretendo, por tanto, participar de la reflexión en torno a si existen justificaciones adecuadas para que los profesionales de la abogacía habitemos eso que, según Wasserstrom, en el mejor de los casos es un mundo “moralmente simplificado”, frecuentemente “amoral” y a veces “claramente inmoral”.¹² A esos efectos, resultan pertinentes las siguientes preguntas: ¿Debe atribuirse responsabilidad moral a quienes asistan a sus representados para lograr resultados claramente contrarios al interés público aunque pueda argumentarse que dichas gestiones no exceden el marco de la ley? ¿Varía la contestación a esta pregunta, ya sea según la naturaleza de la representación o asesoramiento en cuestión, o las

Véanse además las expresiones de la Comisión sobre Profesionalismo de la A.B.A.: “Perhaps the golden age of professionalism has always been a few years before the time that the living can remember. Legend tends to seem clearer than reality. Still, it is proper—indeed it is essential—for a profession periodically to pause to assess where it is going and out of what traditions it has come.”- L. RHODE, DEBORAH & LUBAN, DAVID, *Legal Ethics* 38, 4th Ed. Foundation Press, 2004.

- 9 *Texto original*: “Instead of holding a position of independence, between the wealthy and the people, prepared to curb the excesses of either, able lawyers have, to a large extent, allowed themselves to become adjuncts of great corporations and have neglected the obligations to use their powers for the protection of the people”. - LOUIS BRANDEIS, citado en L. Rhode, Deborah & Luban, David, *Legal Ethics* 38, Cit.
- 10 MONROE H. FREEDMAN, “Personal Responsibility in a Professional System”, en *Cath. U. L. Rev.*, Vol. 27, 197, pp. 191–192.
- 11 RICHARD WASSERSTROM, “Lawyers as Professionals: Some Moral Issues” en *Human Rights*, Vol. 5, 1975, pp. 1-24.
- 12 *Ibíd.*, p. 2.

características de la parte representada o asesorada? Estos interrogantes han sido abordados por juristas estadounidenses, pero aún se prestan para gran debate y entiendo necesario reflexionar en cuanto a ellos, particularmente desde el contexto de la profesión jurídica latinoamericana. Esto en vista de las recientes reformas procesales penales con tendencias acusatorias en lugar de inquisitivas.

De entrada, reconozco que mi formación como abogado defensor en casos penales sesga un tanto mi reflexión.¹³ Durante mi carrera profesional como profesor de derecho y abogado de defensa en casos penales, me han preguntado en incontables ocasiones si puedo dormir tranquilo representando criminales.¹⁴ La contestación corta es que cuando he logrado una absolución, desestimación o acuerdo favorable, he dormido como un bebé.¹⁵ Este artículo está en gran medida dedicado a explicar de manera más elaborada el porqué de eso.

2. Representación aguerrida de clientes impopulares

Las prácticas de representación agresiva o aguerrida (coloquialmente llamadas *hard ball tactics* en los Estados Unidos) pueden ser parte de lo que contribuye a la mala opinión pública sobre la abogacía y es fácil entender el porqué. En los procesos civiles, por ejemplo, hay muchas maneras en las que una parte puede intimidar, frustrar o antagonizar en general a la parte contraria.¹⁶ Es usual que

13 Bien se ha cuestionado si los abogados podemos ser objetivos al evaluar estos dilemas al señalar que una característica de ese mundo moralmente simplificado es que habitarlo es muy cómodo. ROGER C. CRAMTON, "On Giving Meaning to "Professionalism", en: *ABA Teaching and Learning Professionalism: Symposium Proceedings*, Cit., p. 10.

14 Cuando se trata de estudiantes de derecho, usualmente la pregunta no va dirigida a la representación en términos generales, sino a la representación exitosa. Es decir, los estudiantes suelen dar por sentado que el deber de un abogado de defensa es garantizar a sus representados los derechos fundamentales, concebidos como algo abstracto, pero se preguntan cómo puedo dormir tranquilo si a raíz de mis gestiones personas culpables "salen a la calle". Ahora, en otros contextos los cuestionamientos son más generales. En palabras de Abbe Smith, "criminal lawyers cannot escape the scorn heaped upon our clients... The presumption is that there is something wrong with 'those people' and something wrong with those of us who stand by their sides." SMITH, ABBE, "The Calling of Criminal Defense", 50 *Mercer L. Rev.* 443-446, 1999.

15 Por el contrario, haber perdido juicios e incluso haber facilitado acuerdos con el Ministerio Público para que representados hicieran alegaciones de culpabilidad y fuesen sentenciados a periodos extensos de reclusión en prisión, sí me ha quitado el sueño en muchas ocasiones. Las peores instancias han sido aquellas en las que no creía que mis representados fuesen culpables, pero incluso en casos en los que he estado convencido de su culpabilidad he perdido el sueño.

16 Cramton describe esta realidad en los siguientes términos: "In negotiation, actual fraud is to be avoided, but there is no duty to be candid and deception abounds. It is permissible for a lawyer representing a business client to include provisions known to be illegal or unenforceable in adhesion

las partes con mayores recursos económicos conviertan el litigio en una guerra de desgaste (*war of attrition*). Así, en el contexto de los procesos de descubrimiento de prueba se fuerzan demoras y se fomenta la confusión en aras, ya sea de evitar revelar información o aumentar los costos del litigio. Esto puede hacerse de distintas maneras, por ejemplo: afirmando que no se entienden preguntas o solicitudes de producción de información que en realidad sí se entienden; oponiéndose al descubrimiento de información pertinente a sabiendas de que debería proceder; o acobardando a la parte contraria con cientos o miles de documentos entre los cuales deberá escarbar para encontrar la información que busca. Vemos otro ejemplo en el contexto de las negociaciones, cuando la representación legal de una parte que claramente debe responder monetariamente, pero que cuenta con mayores recursos económicos que la otra, entorpece las negociaciones y retrasa la transacción hasta el último momento.

En procesos penales, las prácticas de representación aguerrida pueden consistir, por ejemplo, en dilaciones estratégicas, conainterrogatorios agresivos de testigos que dicen la verdad o alocuciones ante el jurado en las que se afirme la inocencia de un acusado a quien su representante legal en realidad cree culpable. Además, la defensa adecuada de una persona acusada de delito puede requerir como parte del deber de representación competente que “se invoquen procesos o prácticas que sean en sí mismas moralmente objetables y que en otros contextos el abogado o abogada desaprobaba”.¹⁷

Aunque más adelante abundaré al respecto, de entrada, comparto que me incluyo entre aquellos que cuestionan la moralidad de prácticas como las antes

contracts drafted for use in consumer transactions. In litigation, taking advantage of a palsy, using delay as a litigation tactic, running up the costs of an opposing party to achieve a more favorable settlement, and so forth, are acceptable and pervasive conduct”. CRAMTON, ROGER C., *Furthering Justice by Improving the Adversary System and Making Lawyers More Accountable*, Cit., p. 1601.

- 17 WASSERSTROM, RICHARD, *Lawyers as Professionals: Some Moral Issues*, Cit., p. 6. Por la misma línea, Nilsen comenta lo siguiente: “Criminal defense lawyers are frequently required to utilize legal strategies that are morally repugnant because they perpetuate racial, gender, or cultural stereotypes. They know that legal and factual argument often persuades to the degree it piggybacks on the existing prejudices of a listener. A lawyer may, for example, explain or mitigate a client’s conduct by attributing it to cultural factors or to post traumatic stress or pre-menstrual syndrome. It may be necessary to discredit witnesses by accentuating conduct that draws upon stereotypes. Lawyers also may enhance their chances, by invoking discriminatory strategies such as striking female jurors during jury selection on the theory that women are intolerant of their own sex. Although such discriminatory practices may be harmful to individuals or groups and do appear to conflict with efforts to achieve justice and equality in the courts, criminal defense lawyers usually understand zealous advocacy to require pursuit of their client’s cause even if it has deleterious consequences to third parties”. — NILSEN, EVA, “The Criminal Defense Lawyer’s Reliance on Bias and Prejudice” en *Geo. J. Legal Ethics*, Vol. 8, 1994, pp. 1-3.

reseñadas cuando son empleadas por partes poderosas en procesos civiles o administrativos. No obstante, no reprocho las prácticas de representación agresiva o aguerrida en el contexto de la defensa de personas acusadas de delito. De hecho, en algunas situaciones, soy partidario de ellas y reconozco haberlas empleado en más ocasiones de las que puedo recordar. Sin embargo, habiéndome alejado un poco del litigio para dedicarme a la academia, me he visto más interesado en la opinión pública sobre el quehacer de los abogados de defensa, particularmente en torno a las prácticas de representación aguerrida y la representación de clientes poco populares.

En términos generales, nunca me han sorprendido los cuestionamientos sobre la moralidad de la representación de ‘criminales’ cuando provienen de personas sin formación jurídica. Las nociones éticas imperantes en la abogacía son vistas con desdén desde la moralidad convencional.¹⁸ Resulta usual que el público en general se cuestione cómo puede defenderse a quienes han cometido delitos terribles. De hecho, en mi experiencia, no es inusual que miembros de la profesión que se dedican a otras áreas del derecho expresen que les cuesta entenderlo.¹⁹ Sin embargo, solían sorprenderme los cuestionamientos —y reproches— provenientes de abogados que (aunque mayormente dedicados a otro tipo de práctica legal) se conciben a sí mismos como solidarios con la representación en casos penales de personas indigentes y de recursos económicos limitados. Me refiero a abogadas y abogados identificados con causas de justicia social, los problemas de acceso al sistema judicial y el medio ambiente. Compañeras y compañeros a los que en adelante me referiré como ‘juristas progresistas’.

18 SIMON, WILLIAM H, *The Ideology of Advocacy: Procedural Justice and Professional Ethics*, 1978 Wis. L. Rev. 29, 30. Disponible en: <https://www.scribd.com/document/349281667/THE-IDEOLOGY-OF-ADVOCACY-PROCEDURAL-JUSTICE-AND-PROFESSIONAL-ETHICS>

19 Rhode y Luban señalan que los desincentivos para la representación apropiada “son particularmente fuertes cuando el delito es terrible o el acusado pertenece a un grupo particularmente poco popular” (traducción suplida). L. RHODE, DEBORAH & LUBAN, DAVID, *Legal Ethics* 38, Cit., p. 311. Me parecen además particularmente atinadas las siguientes expresiones de Abbe Smith:

“Criminal defense work is an increasingly difficult undertaking in these harsh times. Blame is a favorite pastime. Vengeance follows close behind. Compassion for those who commit wrongdoing out of misfortune seems either nostalgic or naive. Instead, there is a universal call for individual accountability; wrongdoers ought to be held strictly responsible for their actions, no matter the circumstance.

Along with blame and vengeance comes a lust for punishment. The public cannot seem to get enough of it. The United States is building prisons at a record pace. If the current trend continues, the number of Americans behind bars will soon surpass the number of students enrolled full-time in four-year colleges and universities. Incarceration remains a popular solution for a wide array of social problems. As one criminologist has noted, jail has become the social service agency of first resort”.

- SMITH, ABBE, *The Calling of Criminal Defense*, Cit., p. 444.

Me parece que comparto la siguiente opinión con muchos abogados progresistas de mi generación o relativamente contemporáneos: la sociedad en general y los profesionales del derecho en particular, debemos reprochar a quienes asistan a sus representados para lograr resultados claramente contrarios al interés público. Sin embargo, al parecer difiero de algunas compañeras y compañeros al entender que la práctica de defensa en lo penal entraña en sí una manifestación vital del interés público y, puede por ello, constituir una excepción a lo anterior.²⁰ Con el tiempo, he notado que algunos juristas progresistas expresan solidaridad en términos generales con la representación de indigentes, pero cuestionan de manera muy crítica la labor de defensa cuando se lleva a cabo a favor de determinados clientes impopulares. Específicamente, los clientes poco populares a los que me refiero son hombres imputados de delitos asociados a violencia machista. Es decir, me he percatado que bastantes juristas progresistas son solidarios con la representación de indigentes en casos penales, en tanto dicha solidaridad no choque con su formación y entendidos feministas. En mi opinión, para una cantidad significativa de compañeras y compañeros feministas, la solidaridad con los acusados -por más indigentes que sean- no se extiende a esos hombres. En otras palabras, una cantidad significativa de abogadas y abogados que se conciben a sí mismos como progresistas, son solidarios o "pro acusado", en tanto dicho acusado no sea un "maltratante". Esto me parece en cierta medida entendible; después de todo, estos acusados son el reflejo vivo de los problemas endémicos de violencia, machismo y falta de educación con perspectiva de género que aquejan a nuestra sociedad. Ahora, desde mi punto de vista como abogado y profesor del curso de Profesión Jurídica, lo que me ha resultado particularmente interesante es que la solidaridad de muchos compañeros progresistas tampoco se extiende a las abogadas y abogados quienes representamos a hombres indigentes acusados de hechos de violencia contra mujeres. Particularmente cuando, a raíz de nuestras gestiones como abogado defensor, esos acusados poco populares "salen a la calle" o reciben una condena menor a la máxima posible. Lejos de solidaridad ante nuestra gestión profesional en representación de una persona indigente acusada de delito, a veces lo que recibimos de parte de compañeros y compañeras es reproche.

A continuación, resumiré el caso de un prototípico cliente impopular condenado por un asesinato vinculado a la violencia de género. No involucra ningún ejemplo

20 Esto en la medida en que la atribución de responsabilidad penal a quienes cometan delitos sea considerada cónsona con el interés público. No obstante, conforme se discutirá más adelante, la misión de los abogados de defensa no es ni debe ser facilitar la búsqueda de la verdad cuando la misma sea desfavorable a las personas acusadas de delito.

obvio de representación agresiva, pero sí del empleo de una estrategia de defensa que puede exponer al abogado defensor al desdén social. La anécdota relacionada al caso que también compartiré me sirvió de pauta para replantearme algunos presupuestos sobre la dimensión moral de la relación abogado-cliente, tanto en general, como en el contexto específico de la representación de acusados de delito. Presupuestos o entendidos que por mucho tiempo di por sentado, sin percatarme de lo controversiales que resultan ser, no solo para el público en general, sino para otros miembros de la profesión.

3. ¿Diles a quién representas y te dirán quién eres?

En el año 2013, en Gurabo, Puerto Rico, Juan Ramos Álamo mató a su vecina Ivonne Cintrón Negrón apuñalándola repetidas veces. Luego, desmembró el cadáver e intentó deshacerse de partes del mismo. Tras ser válidamente arrestado y recibir las advertencias en cuanto a su derecho constitucional a no autoincriminarse, Ramos Álamo accedió a ser interrogado y confesó haber matado a la Sra. Cintrón Negrón. Adujo que lo hizo tras una confrontación física que surgió luego de ella rechazar los avances sexuales que él le hizo.²¹ El Sr. Ramos Álamo fue acusado, entre otros delitos, por asesinato en primer grado en su modalidad de premeditación.²² Al ser el Sr. Ramos Álamo indigente y no contar con recursos para contratar representación privada, se le asignó un defensor público de la Sociedad para la Asistencia Legal (S.A.L.).²³

¿Cómo se representa a alguien como Ramos Álamo? Un hombre adulto que, sin ser un incapaz mental, comete un crimen atroz y lo confiesa tras ser advertido de su derecho a permanecer en silencio. En este caso en particular, el abogado defensor intentó primero sin éxito la supresión de la evidencia inculpatoria.²⁴ Luego, consciente de que no había manera de evitar la condena de su representado, aspiró

21 Véase en términos generales la resolución del Tribunal de Apelaciones confirmando la determinación del Tribunal de Primera Instancia conforme la cual se denegó la solicitud de supresión de la evidencia ocupada, *Pueblo v. Ramos Álamo*, KLCE201400595.

22 Es decir, se le imputó haber matado a un ser humano habiendo dedicado algún tiempo a formular el designio de matar. Véase OSCAR E. MIRANDA MILLER, "Premeditación y grados de asesinato: Propuesta para un cambio", 82 *REV. JUR. UPR* 943, 961 (2013), citando a JOSHUA DRESSLER, *Understanding Criminal Law*, 5th ed., 2009, pp. 517-18.

23 Surge de la cobertura de prensa de El Nuevo Día que el Sr. Ramos Álamo fue representado por el Lcdo. Ángel Piñero Santini, colega a quien no conozco personalmente.

24 Sentencia *Pueblo V. Ramos Álamo*, Cit. <http://www.elnuevodia.com/noticias/seguridad/nota/sorpresivo-veredictoencascontrahombreaacusadodedesmembrarasuvecina-1851178/>

a que la misma fuese por un delito menor al imputado. Los informes finales en los casos penales, particularmente si se ventilan ante un jurado, se caracterizan porque las partes presenten una teoría de lo sucedido. Ante pocas o ninguna otra opción, la teoría de defensa fue que, al momento de los hechos, surgió una discusión luego de que el Sr. Ramos Álamo pretendiese sostener relaciones sexuales con la Sra. Cintrón Negrón y ella se rehusase. El abogado adujo que “no todo el mundo reacciona igual”,²⁵ y argumentó además que su representado “reaccionó de la manera que de momento se le ocurrió”.²⁶ Para un abogado defensor, dicha teoría dista mucho de ser ideal en la medida en que se reconoce que el cliente mató a la víctima y que actuó sin estar justificado ni excusado.²⁷ Además, al enfatizar el coraje del acusado al no lograr las relaciones sexuales pretendidas, se acepta que este es un machista violento y se corre el riesgo de enajenar al jurado, cuyos integrantes pueden entender, por ejemplo, que se le está atribuyendo culpa a la víctima por lo sucedido. De hecho, al presentar una teoría como esa, el abogado corre el riesgo de parecer él mismo machista e insensible.

A pesar de las limitaciones de la teoría del caso aducida por la defensa, no se me ocurre ninguna otra línea argumentativa que hubiese sido viable para representar al Sr. Ramos Álamo. Me parece que, ante una acusación por asesinato premeditado sustentada por prueba insoslayable en cuanto a la conexión de su representado con la muerte, el abogado defensor hizo lo mejor que pudo intentando reducir su responsabilidad penal. Inicialmente intentó que el juez instruyera al jurado sobre el delito menor incluido, en esos momentos llamado ‘homicidio’ en el ordenamiento puertorriqueño (hoy día llamado asesinato atenuado), conforme al cual se le atenúa un tanto la responsabilidad penal a quien mata al calor de un arrebato de cólera surgido a raíz de una provocación razonable. No obstante, el juez que presidió sobre los procesos se negó a impartir la instrucción solicitada. Por ende, al argüir que su representado actuó “bajo un arrebato de ira” tras la discusión que surgió cuando la víctima “no quiso acceder a sostener relaciones sexuales”,²⁸ el abogado esencialmente

25 Noticia en El Nuevo Día, Cit.

26 *Ibíd.*

27 Las defensas de justificación niegan la antijuricidad de la conducta. Es decir, quien actúa amparado por una defensa de justificación (como la legítima defensa o el estado de necesidad) hace lo correcto. Por su parte, mediante las defensas de excusa (por ejemplo, la incapacidad mental o la coacción) se exime de responsabilidad penal al autor, pero por compasión ante sus circunstancias, no porque su comportamiento fuese correcto o conforme a derecho.

28 Noticia en El Nuevo Día, Cit.

adujo que la actuación de su representado (aunque intencional y delictiva) no fue constitutiva de asesinato premeditado. Al final del día, la argumentación de defensa resultó, por decirlo así, exitosa. Mediante votación 9-3, el jurado encontró al Sr. Ramos Álamo culpable de asesinato, pero en segundo grado, en lugar de primer grado.²⁹ Es decir, la condena no fue por el delito mayor de asesinato premeditado.

Si bien las acciones y motivaciones de Ramos Álamo fueron terribles, en términos de derecho penal, el veredicto del jurado no me parece para nada descabellado. La premeditación ha sido un elemento subjetivo del delito históricamente empleado en los Estados Unidos y Puerto Rico para distinguir los asesinatos en primer grado, de los llamados asesinatos en segundo grado.³⁰ En términos generales, premeditar significa pensar en algo de antemano y los asesinatos premeditados se consideran como algunos de los homicidios criminales más reprochables.³¹ El entendido subyacente es que, asesinar a alguien tras haber tenido oportunidad de pensar al respecto, resulta peor que hacerlo bajo el impulso del momento.³² En el caso del Sr. Ramos Álamo, la estrategia de su abogado defensor fue dirigida a crear duda razonable entre el jurado en cuanto a si había matado albergando el estado mental del delito imputado. Según antes comentado, el tribunal no acogió su solicitud de instrucciones en cuanto al delito de homicidio (asesinato atenuado). Esto debido a que conforme la jurisprudencia interpretativa, no cualquier arrebató de cólera resulta idóneo para aminorar la responsabilidad penal de asesinato a dicho delito.³³ No obstante, conforme un sector de la doctrina jurídica, aunque un arrebató de cólera no sea adecuado para disminuir la responsabilidad penal al delito menor de asesinato atenuado, quizás podría excluir el elemento de deliberación requerido para

29 En lugar de por asesinato premeditado, el cual acarrea una pena de noventa y nueve años de prisión, lo condenaron por el delito básico de asesinato, que conllevaba una pena de cincuenta años.

30 OSCAR E. MIRANDA MILLER, *Premeditación y grados de asesinato: Propuesta para un cambio*, Cit., p. 952.

31 *Ibíd.* p. 959.

32 A partir del abarcador proceso de reformas al Código Penal de Puerto Rico llevado a cabo en el año 2014, se ha prescindido de la 'premeditación' como elemento distintivo entre los grados de asesinato.

33 El estándar para evaluar si alguien obró bajo un arrebató de cólera se supone que sea uno objetivo: si la situación produciría cólera en una persona promedio. Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, si el juez que preside sobre el juicio estima que, conforme la prueba, ningún jurado razonable podría creer que la muerte se produjo en medio de un arrebató de cólera, no tiene que impartir instrucciones sobre el delito menor. Véase, por ejemplo, *Pueblo v. Rosario Orangel*, 160 DPR 592 (2003).

un asesinato en primer grado.³⁴ Precisamente eso fue lo que sucedió en este caso.³⁵ Por ello, la estrategia empleada por el abogado defensor de Juan Ramos Álamo fue plausible a la luz del derecho penal sustantivo. Más aún, conforme sustentaré en este trabajo, aunque algunos consideren dicha estrategia machista e insensible, fue apropiada a la luz de los deberes que debe entenderse rigen la profesión.

La reacción pública en Puerto Rico tras el veredicto en *Pueblo v. Ramos Álamo* fue de indignación e incredulidad. El resultado fue recibido como insuficiente a pesar de la severa pena a la que se enfrentaba el convicto.³⁶ ¿Cómo era posible que no se le hubiese condenado por el peor delito posible?³⁷ La ira colectiva fue dirigida a varios actores, entre estos las personas que integraron el jurado (que no condenaron por el delito mayor) y la Fiscalía (que no logró convencer al jurado para que lo hiciera). Sin embargo, la reacción de reproche que me pareció más interesante fue la dirigida hacia el abogado defensor. Me llamaron la atención particularmente los comentarios insultantes de un profesor universitario en una red social virtual.³⁸ Por mi parte, me pregunté qué más podía haber hecho el abogado. ¿Acaso pararse frente al jurado y decir que su representado era culpable?³⁹ Ahora, lo que me parece verdaderamente

34 MOUNTS, SUZANNE, "Premeditation and Deliberation in California: Returning to a Distinction Without a Difference", en *U.S.F. L. Rev.*, Vol. 36, pp. 261 – 296., citando *People v. Thomas*, 156 P.2d 7 (Cal. 1945); *People v. Valentine*, 169 P.2d 1 (Cal. 1946); y *People v. Heslen*, 163 P.2d 21 (Cal. 1945).

35 Surge de la cobertura mediática del proceso de deliberación del jurado que el mismo solicitó más información sobre las diferencias entre la modalidad del asesinato en primer y segundo grado. Noticia en El Nuevo Día, Cit.

36 La victoria de la Defensa fue un tanto pírrica ya que el jurado entendió probados los agravantes imputados por la fiscalía. Al ser sentenciado con agravantes, Ramos Álamo se exponía a una pena máxima de 62.5 años por el asesinato y 12 años por infracción a la Ley de armas. Por disposición expresa de ley, esas penas se cumplen de manera consecutiva entre sí. Por lo tanto, conforme el veredicto del jurado, el convicto se exponía a una sentencia agregada máxima de 74.5 años de prisión (en lugar de los 111.5 años a los que podía ser sentenciado de haber sido condenado por asesinato en segundo grado).

37 Noticia en El Nuevo Día, Cit.

38 El distinguido comentarista tildó al abogado de "gamberro" y cuestionó si "pasó por una escuela de derecho o por una fábrica de churros con traje y corbata".

39 Reaccioné en la red social disputando las razones para insultar al abogado y afirmando que su argumentación ante el jurado, podía parecer insensible pero no era descabellada ya que era plausible en derecho. La respuesta del comentarista fue reafirmarse en sus ataques al abogado defensor y emprender ataques similares contra mí. Recuerdo particularmente que me llamó "plomero del derecho" y me resulta curioso que, entre todas las expresiones poco elegantes de su diatriba, esa sea la que me ha dado que pensar. Las implicaciones de su metáfora me parecen claras: él se concebía a sí mismo como un profesional, mientras que a mí y a otros abogados defensores nos concebía como meros técnicos. Con el pasar del tiempo me pregunté por qué habría de incomodarme

meritorio de atención fueron las opiniones divididas entre juristas de mi generación.⁴⁰ En términos generales, quienes se dedicaban (en mayor o menor medida) a la labor de defensa en casos penales, coincidían plenamente con mi apreciación de la labor del abogado de la S.A.L. Por otra parte, entre quienes se dedicaban a otras áreas del derecho, las opiniones estaban divididas. Varias personas expresaron reproche ante lo que percibían como la gestión a menudo inmoral de quienes hemos representado hombres acusados de actos de violencia contra mujeres, ya sea por presentar defensas que consideran insensibles o machistas, o incluso por el hecho mismo de abogar a favor de ellos.

Habiendo compartido el ejemplo anterior, en adelante reseñaré los contornos generales del debate académico en los Estados Unidos sobre la dimensión moral de la relación abogado-cliente, para luego atender específicamente la pregunta en cuanto a si la práctica de lo penal es distinta.

3.1 La concepción amoral o moralmente neutral de la abogacía

La abogacía conlleva el ejercicio de responsabilidades vicarias, es decir, implica la dedicación profesional a actuar a nombre de otros.⁴¹ Más aun, la relación abogado-cliente suele darse en contextos en los que la sociedad obliga a las personas a procurar los servicios de juristas para poder adelantar o proteger adecuadamente sus intereses.⁴² Por lo tanto, los abogados deben a sus representados estándares de conducta más altos que a otras personas.⁴³ Esto no presenta mayores problemas cuando el compás moral del representante legal coincide con el de su cliente. Es

eso y noté que la respuesta es muy sencilla. La plomería es un oficio noble e importante, pero más bien técnico en lugar de profesional. Como bien han señalado los profesores Rhode y Luban, los abogados nos enorgullecemos de formar parte de una profesión. Se trata de una cuestión de estatus estrechamente vinculada a nuestra autoestima y el entendido de nuestro lugar en la sociedad. L. RHODE, DEBORAH & LUBAN, DAVID, *Legal Ethics 38*, cit., p. 38.

40 Algunas opiniones fueron vertidas como parte de la discusión en la red social virtual, otras me fueron expresadas en conversaciones privadas.

41 CHARLES P. CURTIS, "The Ethics of Advocacy", en *Stan. L. Rev.*, Vol. 4, 1951, p. 3.

42 Wasserstrom se expresa en los siguientes términos: "Most clients come to lawyers to get the lawyers to help them do things that they could not easily do without the assistance provided by the lawyer's special competence. They wish, for instance, to dispose of their property in a certain way at death. They wish to contract for the purchase or sale of a house or a business. They wish to set up a corporation which will manufacture and market a new product. They wish to minimize their income taxes. And so on. In each case, they need the assistance of the professional, the lawyer, for he or she alone has the special skill which will make it possible for the client to achieve the desired result". —WASSERSTROM, RICHARD, *Lawyers as Professionals: Some Moral Issues*, Cit., p. 6.

43 *Ibíd.*, p. 5.

decir, cuando su sentido de justicia o sus entendidos morales le indican que los objetivos que el cliente pretende lograr o las acciones llevadas a cabo que pretende defender son o fueron apropiadas. Sin embargo, en muchas ocasiones, esa no es la situación. A veces, el compás moral del abogado le indica que lo que su representado hizo o quiere hacer es injusto o reprochable.⁴⁴

Si bien, en términos generales, ningún abogado tiene que aceptar la representación de un cliente en particular,⁴⁵ muchos entienden que una vez se acepta la representación, *tiene* que proveérsele la mejor asistencia posible.⁴⁶ Esto a pesar de que personalmente dicho abogado desapruebe los objetivos o las acciones de su representado. A esos efectos, Freedman afirma lo siguiente:

Un abogado debe, de hecho, tener la libertad de escoger clientes según los parámetros que él o ella considere adecuados... Esa decisión... sin embargo... puede estar correctamente sujeta al escrutinio y la crítica moral de otras personas, en especial de quienes se sienten obligadas moralmente a persuadirlo a él o ella a usar su capacitación y destrezas profesionales de maneras que las que critican consideran ser más acordes con la ética personal, social o profesional... No obstante, una vez el abogado ha asumido la responsabilidad de representar a un cliente, el vigor de esa representación no se puede moderar en función del juicio moral del abogado respecto al cliente o a la causa del cliente.⁴⁷

44 Wasserstrom ofrece los siguientes ejemplos: "Suppose that a client desires to make a will disinheriting her children because they opposed the war in Vietnam. Should the lawyer refuse to draft the will because the lawyer thinks this a bad reason to disinherit one's children? Suppose a client can avoid the payment of taxes through a loophole only available to a few wealthy taxpayers. Should the lawyer refuse to tell the client of a loophole because the lawyer thinks it an unfair advantage for the rich? Suppose a client wants to start a corporation that will manufacture, distribute and promote a harmful but not illegal substance, e.g., cigarettes. Should the lawyer refuse to prepare the articles of incorporation for the corporation? In each case, the accepted view within the profession is that these matters are just of no concern to the lawyer qua lawyer" – *Ibíd.*, p. 56-7.

45 "Barring extraordinary circumstances, therefore, the attorney is free to exercise his or her personal judgment as to whether to represent a particular client." MONROE H. FREEDMAN, "Personal Responsibility in a Professional System", en *Cath. U. L. Rev.*, Vol. 27., 1978, pp. 191-192. Por supuesto, esa afirmación se refiere a quienes se dedican a la práctica privada de la profesión. Quienes se dedican al servicio público, por ejemplo, en la Sociedad para la Asistencia Legal o la Corporación de Servicios Legales, de ordinario no pueden negarse a representar a quienes cualifiquen para recibir los servicios de la entidad.

46 Por ejemplo, Wasserstrom, quien aduce lo siguiente: "The lawyer need not of course agree to represent the client (and that is equally true for the unpopular client accused of a heinous crime), but there is nothing wrong with representing a client whose aims and purposes are quite immoral. And having agreed to do so, the lawyer is required to provide the best possible assistance, without regard to his or her disapproval of the objective that is sought". WASSERSTROM, RICHARD, *Lawyers as Professionals: Some Moral Issues*, Cit., p. 7.

47 *Texto original:*

A lawyer should indeed have the freedom to choose clients on any standard he or she deems

Vemos como, según Freedman, puede reprochársele al abogado asumir determinada representación legal, pero no desempeñarla vehementemente una vez asumida.

Conforme explican Rhode y Luban, lo que se concibe como el deber de representación ferviente o aguerrida de los clientes -aun a expensas de terceros inocentes- y la obligación de dejar a un lado los entendidos morales personales del abogado, pueden derivarse respectivamente de los principios de partidismo (*partisanship*) y neutralidad, cuya aplicación conjunta ha sido llamada partidismo neutral.⁴⁸ El partidismo neutral refleja los entendidos tradicionales en la profesión sobre la naturaleza de la relación abogado-cliente y las obligaciones que acarrea.⁴⁹ El partidismo neutral sirve de base para lo que se conoce comúnmente como la concepción amoral o moralmente neutral del profesionalismo (en general) y de la abogacía (en particular). A esto se le ha llamado de distintas maneras, entre ellas "ideología de la abogacía",⁵⁰ "visión dominante" de la abogacía,⁵¹ y "concepción estándar del rol del abogado".⁵² Según explica Simon, la visión dominante se caracteriza porque la lealtad al cliente se considera el deber ético distintivo de la abogacía.⁵³ Como uno de los primeros ejemplos de la visión dominante formulada de manera drástica, suele citarse las siguientes expresiones de Lord Henry Brougham:

appropriate... That choice... however... can properly be subjected to the moral scrutiny and criticism of others, particularly those who feel morally compelled to persuade the lawyer to use his or her professional training and skills in ways that the critics consider to be more consistent with personal, social, or professional ethics... However, once the lawyer has assumed responsibility to represent a client, the zealotry of that representation cannot be tempered by the lawyer's moral judgments of the client or of the client's cause". - MONROE H. FREEDMAN, *Personal Responsibility in a Professional System*, Cit., p. 199.

48 L. RHODE, DEBORAH & LUBAN, DAVID, *Legal Ethics* 38, Cit., pp. 136-140, citando a WILLIAM SIMON, "The Ideology of Advocacy: Procedural Justice and Professional Ethics", *L. Rev.* 29, 36-38, Wisconsin, 1979.

49 Al llamar 'tradicionales' a estos principios, no pretendo denotar que sean entendidos universalmente aceptados. De hecho, "[c]ríticos contemporáneos han objetado que no hay nada de estándar al concebir el rol de los abogados en términos de [los principios de partidismo y neutralidad]". - *Ibíd.*, p. 137, citando a TED SCHNEYER, "Moral Philosophy's Standard Misconception of Legal Ethics", 1984 *Wisc. L. Rev.* 1529; y a STEPHEN ELLMANN, "Lawyering for Justice in a Flawed Democracy", 90 *Colum. L. Rev.* 116, 120-29, 1990.

50 WILLIAM H. SIMON, *The Ideology of Advocacy: Procedural Justice and Professional Ethics, The Ideology of Advocacy*, cit.

51 WILLIAM H. SIMON, *The Practice of Justice* 1, cit., p.7.

52 *Ibíd.* citando a GERALD J. POSTEMA, "Moral Responsibility in Professional Ethics", 55 *N.Y.U. L. Rev.* 63, 73 (1980) y a LUBAN, DAVID, *Lawyers and Justice: An Ethical Study* 7, 11-52, 1988.

53 *Ibíd.*, p. 7

Un representante legal, en el desempeño de su deber, conoce solamente a una persona en todo el mundo, y esa persona es su cliente. Su primer y único deber es salvar a ese cliente por todos los medios y recursos, y a cualquier costo y a pesar de cualquier peligro para otras personas, incluido él mismo; y en el cumplimiento de su deber, no debe prestar atención a la alarma, los tormentos, o la destrucción que pudiera ocasionar a otras personas.⁵⁴

En la medida en que -según tiende a presuponer la visión dominante- los comportamientos asociados al partidismo neutral se entiendan requeridos como parte de la gestión profesional, podría afirmarse que no son moralmente reprochables. Es decir, si los deberes éticos de la abogacía requieren el partidismo neutral, la representación ferviente o aguerrida (*zealous representation*) no es inmoral, a pesar de que se lleve a cabo en representación de alguien que sí lo sea.

No obstante, la doctrina jurídica refleja ciertas dudas en cuanto a que la representación ferviente o aguerrida sea un requerimiento ético. Las *Model Rules of Professional Conduct* de la A.B.A. (en adelante, Reglas Modelo) no utilizan la palabra *zeal* y lo más cercano es el requisito de "diligencia razonable" en pro de los intereses de los clientes de la Regla 1.3.⁵⁵ Aunque los antecesores de las Reglas Modelo, siendo el más reciente el *Code of Professional Responsibility*, sí empleaban el término "zeal" para describir cómo debe ser la representación de los clientes,⁵⁶ su omisión en la encarnación más reciente de los estándares de conducta puede señalarse para argumentar en contra de la representación ferviente o aguerrida. Sin embargo, ese argumento no parece concluyente. Citando un Comentario oficial a la Regla 1.3, Rhode y Luban reconocen que en la práctica muchos abogados entienden que la representación ferviente o aguerrida es parte de los estándares éticos.⁵⁷ Por la

54 *Texto original:*

"An advocate, in the discharge of his duty, knows but one person in all the world, and that person is his client. To save that client by all means and expedients, and at all hazards and costs to other persons, and amongst them, to himself, is his first and only duty; and in performing this duty he must not regard the alarm, the torments, the destruction which he may bring upon others". — RHODE & LUBAN, *Legal Ethics* 38, p. 137, citando J. NIGHTINGALE *Trial of Queen Caroline* 8, ed.1820-21; Véase además, ABBE SMITH, *Defending Defending: "The Case for Unmitigated Zeal on Behalf of People who have done Terrible Things"*, 28 *Hofstra L. Rev.* 925, 929 F/N 23, 2000.

55 RHODE & LUBAN, *Legal Ethics* 38, cit., p. 140, citando la Regla Modelo 1.3.

56 *Ibíd.* p. 139, citando el Canon 7 del *Code of Professional Responsibility*: "A lawyer should represent a client zealously within the bounds of the law"; así como el Canon 15 de los *Canons of Professional Ethics*: "The lawyer owns 'entire devotion' to the interest of the client, warm zeal in the maintenance and defense of his rights..."

57 Rhode y Luban se expresan en los siguientes términos:

misma línea, Simon, un fuerte crítico de la visión dominante, da por sentado que en gran medida la misma es asumida no solo por el *Model Code*, sino también por las más recientes Reglas Modelo.⁵⁸

3.2 Comportamientos diferenciados por rol

Conforme a la llamada visión dominante o concepción moralmente neutral de la abogacía, en el desempeño de nuestros roles profesionales los abogados tenemos que anteponer los intereses de nuestros clientes a los propios y a los de otras personas.⁵⁹ De hecho, según Cramton, el problema con el *mantra* de “el cliente va primero” es precisamente que pretende significar que los intereses de los clientes se anteponen, no meramente a los de sus abogados, sino a los del público en general.⁶⁰ Citando a Wasserstrom, Pepper explica la concepción amoral o moralmente neutral de la abogacía de la siguiente manera:

“Donde exista la relación abogado-cliente, con frecuencia es adecuado, y muchas veces incluso obligatorio, que la abogada tome acciones que, con las demás variables constantes, una persona regular no necesita, y no debe, hacer”. Este sigue siendo la interpretación aceptada y generalizada dentro de la profesión, de la función apropiada de un abogado. Una vez el abogado ha entrado en una relación profesional con el cliente, esta noción dicta que el comportamiento del abogado en el contexto de su servicio al cliente se juzga por un parámetro moral diferente, en comparación con el mismo comportamiento de parte de una persona lega.⁶¹

Although on its face... the Model Rules weakens the ethic of zealous representation... a Comment to Rule 1.3 specifies that a lawyer “must... act with commitment and dedication to the interests of the client and with zeal in advocacy upon the client’s behalf”; the word “must” was deliberately added to this Comment in 2002, replacing the less forceful word “should” in prior versions. In practice, many lawyers believe that “warm zeal” continues to be the ethical standard that the Model Rules embody, and that lawyers have neither right nor authority to refrain from effective tactics even if they find them morally offensive. – *Ibíd.*, p. 140.

58 WILLIAM H. SIMON, *The Practice of Justice*, cit., 7-8; Véase, además, SMITH, ABBE, *The calling of Criminal Defense*, cit.

59 STEPHEN PEPPER, “The Lawyer’s Amoral Ethical Role: A Defense, a Problem, and some Possibilities” en *Law & Social Inquiry*, Vol. 11, N° 4, 1986, pp. 613 – 634.

60 CRAMTON, ROGER C. on Giving Meaning to “Professionalism”, en *ABA Teaching and Learning Professionalism: Symposium*, cit., p. 19.

61 *Texto original:*

“Where the attorney-client relationship exists, it is often appropriate and many times even obligatory for the attorney to do things that, all other things being equal, an ordinary person need not, and should not do.” This remains the generally accepted understanding within the profession of a lawyer’s proper function. Once a lawyer has entered into the professional relationship with a client,

Si bien puede cuestionarse si es correcto afirmar que históricamente la concepción amoral o moralmente neutral de la abogacía ha sido la noción dominante en nuestra profesión,⁶² me parece poco controversial afirmar que una gran cantidad (si no la mayoría) de los abogados partimos de la premisa de que nuestro rol profesional nos requiere o prohíbe determinados comportamientos que resultarían intuitivos en otros contextos. Dichos comportamientos variarán dependiendo de la práctica particular de cada profesional, pero para aclarar el punto basta con los ejemplos ofrecidos por Pepper:

Mediante el contrainterrogatorio, a un abogado se le permite sugerirle a un jurado que un testigo miente, aun sabiendo que el testigo dice la verdad. Un abogado puede redactar contratos o formar una corporación para un cliente para facilitar que este distribuya y venda cigarrillos, [armas de fuego] o pornografía. Puede redactar un testamento para un cliente que deshereda al hijo que se case con alguien que no profese la misma fe de la familia. La perspectiva tradicional es que ese tipo de comportamiento por parte del abogado... se justifica moralmente, incluso si el mismo comportamiento de parte de una persona lega se considere inaceptable moralmente, y aun cuando los objetivos del cliente y los medios que este utilice se consideren inaceptables moralmente. Siempre y cuando lo que el abogado y el cliente hagan sea legal, el responsable en términos morales es el cliente, y no el abogado.⁶³

La concepción amoral de la abogacía es quizás mejor entendida a partir de lo que Wasserstrom denomina 'comportamientos diferenciados por rol'. Este concepto explica cómo durante el desempeño de nuestros roles profesionales en muchas ocasiones resulta apropiado -incluso obligatorio- dejar a un lado consideraciones que de otra manera podrían ser determinantes.⁶⁴ Conforme explica Freedman, "la

the notion is that conduct by the lawyer in service to the client is judged by a different moral standard than the same conduct by a layperson. - STEPHEN PEPPER, *Lawyer's Amoral Ethical Role: A Defense, a Problem, and some Possibilities*, cit.

62 Véase RHODE & LUBAN, *Legal Ethics* 38, cit.

63 *Texto original:*

"Through cross-examination, a lawyer may suggest to a jury that a witness is lying when the lawyer knows the witness is telling the truth. A lawyer may draft contracts or create a corporation for a client to enable the distribution and sale of cigarettes, (guns), or pornography. A lawyer may draft a will for a client disinheriting children should they marry outside the faith. The traditional view is that such conduct by the lawyer is... morally justifiable, even if the same conduct by a layperson is morally unacceptable and even if the client's goals or means are morally unacceptable. As long as what the lawyer and client do is lawful, it is the client who is morally accountable, not the lawyer".
- STEPHEN PEPPER, *Lawyer's Amoral Ethical Role: A Defense, a Problem, and some Possibilities*, cit.

64 WASSERSTROM, RICHARD, *Lawyers as Professionals: Some Moral Issues*, cit., p. 3.

diferenciación por rol, en este contexto, se refiere a situaciones en que la reacción moral de la persona varía dependiendo de si está actuando en la capacidad personal o la profesional (como representante)".⁶⁵ La representación acérrima de personas acusadas de delitos es quizás el ejemplo más evidente de comportamiento diferenciado por rol en la abogacía, pero no es el único. La abogacía ha tendido a adoptar prácticas de pelota dura (*hard ball*) en todas las vertientes del quehacer profesional.

Los comportamientos diferenciados por rol no son exclusivos de la abogacía. En términos generales, todo profesional tiene el deber de representar, atender o velar por los intereses de su representado y de preferirlos en una variedad de maneras por encima de los intereses de otros. Más aún, en todos los ámbitos de la vida determinados roles justifican comportamientos que en otros contextos serían sospechosos. Por ejemplo, en nuestras sociedades se espera que una persona, en su rol de madre, anteponga los intereses de su hijo a los de otros niños, aun si esos otros niños están más necesitados. La mayor necesidad de esos otros niños ante los cuales no se tienen obligaciones específicas en función de un rol particular, pasa a ser moralmente menos significativa, si no del todo irrelevante.⁶⁶ Ahora, se espera que esa misma madre, en su rol de médico de sala de emergencias, no anteponga los intereses de su hijo a los de otros pacientes más necesitados de su atención inmediata. Es decir, las perspectivas diferenciadas por rol alteran grandemente nuestros puntos de vista morales.⁶⁷

Según señalado, como parte del deber de representación, puede que tengamos que invocar procesos o incurrir en prácticas que resultan en sí moralmente objetables y que podríamos desaprobamos en otros contextos. Al cuestionar si es justificable esa característica de la profesión jurídica, Wasserstrom describe un mundo que, para los abogados, es siempre moralmente simplificado, a menudo amoral y, en ocasiones, sencillamente inmoral. Es decir, problematiza los entendidos tradicionales conforme los cuales a los abogados se nos requiere que seamos indiferentes ante una gran variedad de fines y consecuencias que en otros contextos tendrían importancia moral.⁶⁸ Entre las distintas razones para las constantes críticas a la profesión jurídica,

65 *Texto original*: "role-differentiation refers, in this context, to situations in which one's moral response will vary depending upon whether one is acting in a personal capacity or in a professional, representative one." - MONROE H. FREEDMAN, *Personal Responsibility in a Professional System*, cit., p. 194

66 WASSERSTROM, RICHARD, *Lawyers as Professionals: Some Moral Issues*, cit., p. 4.

67 *Ibíd.*

68 *Ibíd.*, pp. 5-6.

se ha destacado la percepción en cuanto a que la práctica de la abogacía va dirigida a ocultar la verdad en lugar de esclarecerla.⁶⁹ Esto no es de extrañar ya que, como cuestión de hecho, la lealtad a los clientes puede estar reñida con la búsqueda de la verdad.⁷⁰

Las interrogantes hasta ahora señaladas me parecen muy vigentes. Recordemos, por ejemplo, los memorandos de la Oficina del Asesor Legal (*Office of Legal Counsel*) del Departamento de Justicia y del Departamento de Defensa de los Estados Unidos, en los que abogados asesoraron a la administración Bush en cuanto a las circunstancias en las que entendían que la tortura podía ser legal.⁷¹ La publicación de dichos escritos generó gran reproche hacia los abogados en el debate público estadounidense. Sin embargo, los profesores Eric Posner y Adrian Vermeuleu, de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chicago, adujeron que los abogados vilificados por la opinión pública estaban en el negocio de prestar asesoría legal, no moral, en cuanto a la permisibilidad de la tortura. La condena moral simplemente no les pareció una reacción adecuada ante el trabajo de “técnicos del Derecho”.⁷² Ahora, me pregunto si, como colectivo profesional, es a eso a lo que debemos aspirar, a ser técnicos del Derecho.

3.3 Críticas al partidismo neutral y la visión tradicional de la abogacía

A finales de la década de 1980, David Luban responde a Pepper y afirma que en la mayor parte de los casos en los que la conducta del cliente sea significativamente inmoral, el bienestar derivado de asistirlo a ejercer su autonomía se verá opacado por las consecuencias negativas de las acciones inmorales que desea llevar a cabo.⁷³ Argumenta que, en términos morales, somos igualmente responsables por las decisiones que tomamos tal cual abogados que por las decisiones que tomamos

69 Zitrin y Langford, por ejemplo, proponen que la falta de popularidad de los abogados quizás se deba a que “todo el mundo cree que mienten . . . incluso los propios abogados”. - ZITRIN, RICHARD & LANGFORD, CAROL, *The Moral Compass of the American Lawyer*, cit.

70 “The advocate’s prime loyalty is to his client, not to truth as such.” – MARVIN E. FRANKEL, *The Search for Truth: An Umpire’s View*, Vol. 123 N° 5, University of Pennsylvania, Law Review, 1975.

71 Específicamente sobre las instancias en las que, a su entender, la defensa de estado de necesidad (*choice of lesser evils*) podía servir como defensa ante violaciones a la ley federal que criminaliza la tortura. Véase KIMBERLY KESSLER FERZAN, “Torture Necessity and the Union of Law and Philosophy”, en *Rutgers L. J.*, Vol. 36, 2004, p. 184.

72 *Ibíd.*

73 LUBAN, DAVID, “Lysistratian Prerogative: A Response to Stephen Pepper”, en *Law & Social Inquiry*, Vol. 11, N° 4, American Bar Foundation, 1986. Disponible en: <http://scholars.law.unlv.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1030&context=facpub>

como ciudadanos en general. Luban sostiene que es un error asumir que la moralidad es intrínseca a la Ley o que todo lo legal es moral.⁷⁴ Afirma además que Pepper nubla la distinción crucial entre la deseabilidad de que las personas actúen de manera autónoma y la deseabilidad de sus actos autónomos.⁷⁵ Aunque Luban acepta que es deseable ayudar a las personas a ejercer autonomía individual, le parece que eso es “solo la mitad de la historia”, la otra mitad es que, en vista de que hacer cosas malas no es deseable, ayudar a otros a hacer cosas malas tampoco es deseable.⁷⁶

Mientras a Pepper le preocupa que los abogados pretendamos interponer nuestros propios escrúpulos o moralidad como filtro frente a los proyectos de sus clientes, Luban entiende que, en vista de que el Derecho no puede proscribir toda la conducta intolerable, eso precisamente es lo que debemos hacer.⁷⁷ Conforme explica Luban, descansamos sobre la presión social informal para controlar la conducta de aquellos para quienes su propio cargo de conciencia no es suficiente para detenerlos de actuar de ciertas maneras dañinas y que requieren motivación adicional.⁷⁸ La vida en sociedad descansa sobre lo que describe como “un entramado denso de filtros informales provistos por las propias personas” entre los cuales resalta la “no-cooperación”.⁷⁹ Luban afirma que muchos esquemas perniciosos son abortados porque los actores que los pondrían en movimiento no reciben el apoyo de asociados, jefes, empleados, amigos o familiares quienes les dejan claro que “no van a tener nada que ver con eso”.⁸⁰ Más aun, no ve cómo distinguir esas instancias de no-cooperación privada de la decisión de un abogado de no asistir a un cliente en un esquema que considere nocivo. Luban asevera que no sería más perjudicial para la autonomía de un cliente que su abogado se rehúse a asistirlo en un esquema pernicioso de lo que resultaría que su esposa lo amenace con dejarlo si no desiste.⁸¹ Así, mientras Pepper solo acepta las objeciones de conciencia de los abogados en casos extremos, Luban entiende que son adecuadas en casi todo caso en que la inmoralidad del cliente sea significativa.⁸²

74 *Ibíd.*, p. 638.

75 *Ibíd.*, p. 639.

76 *Ibíd.*

77 *Ibíd.*, pp. 640-41.

78 *Ibíd.*, pp. 641-42.

79 *Ibíd.*, p. 642.

80 *Ibíd.*

81 *Ibíd.*

82 *Ibíd.*

Si bien tengo la impresión de que la concepción moralmente neutral sigue siendo la visión dominante en la práctica diaria de la abogacía,⁸³ al examinar los principales tratados sobre ética y el quehacer profesional, me parece que en la doctrina jurídica estadounidense no lo es. Esto puede tener bastante que ver con que David Luban es uno de los autores más influyentes en el campo de la Ética y la responsabilidad profesional y muchos otros autores reconocidos han expresado desaprobación de la visión tradicional o moralmente neutral. Entre ellos destaca William Simon, quien argumenta que los abogados, no solamente debemos ejercer discreción al aceptar clientes (algo con lo que coinciden algunos defensores del partidismo neutral como Monroe Freedman), sino que además debemos ejercer discreción o juicio independiente en los medios que empleamos para adelantar los fines de los clientes.⁸⁴ Más adelante discutiremos un poco más a fondo las aportaciones de Simon.

3.4 Argumentos a favor del comportamiento diferenciado por rol

Como bien señalan Rhode y Luban, cualquier defensa del partidismo neutral a partir de los comportamientos diferenciados por rol debe incluir una defensa del rol en sí mismo.⁸⁵ Si el rol de la abogacía no es justificable, el partidismo neutral tampoco lo será. Entre los argumentos que se han esbozado a favor del partidismo neutral y los comportamientos diferenciados, me parece que destacan dos: (1) los que se levantan sobre las necesidades del sistema legal; y (2) los que descansan sobre el derecho de los clientes a la autonomía.⁸⁶ A continuación discutiremos ambas líneas argumentativas y luego resumiremos algunas importantes críticas que han recibido.

A. Necesidades del sistema

Un importante argumento ofrecido para sustentar la deseabilidad de los comportamientos diferenciados por rol en la abogacía tiene que ver con la participación

83 Como bien señala Cramton: "The finding cannot be based on extensive and reliable social science studies. Most of the relevant conduct takes place in private and is protected by the professional duty of confidentiality; and law schools, foundations and governments have evidenced little interest in studying what lawyers actually do." ROGER C. CRAMTON, *Furthering Justice by Improving the Adversary System and Making Lawyers More Accountable*, cit., p. 1601.

84 WILLIAM H. SIMON, "Ethical Discretion in Lawyering 101" en *Harv. Law Review*, Vol.1083 N° 1083, 1988.

85 RHODE & LUBAN, *Legal Ethics 38*, cit., p. 152.

86 Los profesores Rhode y Luban resumen además los argumentos de Charles Fried centrados en los intereses morales de los abogados, pero no los encuentro particularmente persuasivos. — *Ibíd.*, pp. 152-154.

en un complejo mundo institucional que presupone que los abogados suscriban el partidismo neutral. Conforme a esta línea de pensamiento, la diferenciación de roles es necesaria para el funcionamiento del sistema adversativo sobre el cual se levanta el ordenamiento jurídico estadounidense. Suele decirse en los Estados Unidos que el sistema adversativo es mejor y más sencillo que cualquier otro método creado para determinar los hechos legalmente relevantes a una controversia. Este sistema presupone que la manera más efectiva para encontrar la verdad en los procesos judiciales es presentar ante jueces y jurados el choque entre visiones conflictivas.⁸⁷

Conforme señalan Rhode y Luban, las principales características del sistema adversativo son la adjudicación por un juzgador imparcial, las reglas procesales formales y “la responsabilidad de las partes por la presentación de sus propios casos”.⁸⁸ Esa última característica inspira los principios de partidismo y neutralidad. Bajo el sistema adversativo, “el rol del abogado es adelantar los intereses del cliente (partidismo), sin reparar en su propio entendido en cuanto a las implicaciones morales de los mismos (neutralidad)”.⁸⁹ En ese sentido, el sistema adversativo presupone que cada parte cuenta con un abogado cuyo rol institucional es argumentar los méritos del caso de su cliente y desmerecer los argumentos del oponente,⁹⁰ independientemente de cuál sea la verdad. Presupone además que la comunicación plena y libre de inhibiciones entre abogado y cliente es esencial.⁹¹

En este punto, resulta indispensable hacer una salvedad en cuanto a la naturaleza particular de los procesos penales. El tema será desarrollado a fondo más adelante, pero por el momento basta saber que las obligaciones de los abogados hacia sus representados en los casos penales son además obligaciones ante el sistema de administración de la justicia.⁹² Algunos han dicho que en los estados totalitarios el rol de los abogados de defensa en casos penales no es argumentar la inocencia de sus representados, sino asistir al tribunal a determinar si son culpables.⁹³ Esa

87 FREEDMAN, MONROE H, “Professional Responsibility of the Criminal Defense Lawyer: The Three Hardest Questions”, en *Mich. L. Rev.*, Vol. 64, 1966, p. 1469. Disponible en: http://scholarlycommons.law.hofstra.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1005&context=faculty_scholarship

88 RHODE & LUBAN, *Legal Ethics 38*, cit., p. 155.

89 *Ibíd.*

90 WASSERSTROM, RICHARD, *Lawyers as Professionals: Some Moral Issues*, cit., p. 10.

91 FREEDMAN, MONROE H, *Professional Responsibility of the Criminal Defense Lawyer: The Three Hardest Questions*, cit.

92 FREEDMAN, MONROE H, *Lawyers' Ethics in an Adversary System*, 1975.

93 *Ibíd.* Véase, además, RHODE & LUBAN, *Legal Ethics 38*, cit., p. 311.

generalización podrá ser más o menos acertada dependiendo del ordenamiento jurídico que se tenga en mente, pero de cualquier manera, queda claro que bajo el sistema adversativo no es así. Como bien señala Monroe Freedman, distintos integrantes de la Corte Suprema de EE.UU. han reconocido expresamente que la misión de los abogados de defensa no es facilitar la búsqueda de la verdad, al menos en tanto dicha verdad sea desfavorable al acusado. Más aun, en el descargo de su responsabilidad profesional, puede que tengan que ser obstáculos a la búsqueda de la verdad.⁹⁴ Según la Corte Suprema, al desempeñar su rol de esa manera los abogados desempeñan un papel en el esquema constitucional de la administración de justicia penal.⁹⁵ Esquema constitucional que, a diferencia de lo que podría parecer, no está principalmente diseñado para encontrar la verdad, sino para garantizarles a las partes -particularmente las acusadas de delito- el ejercicio de sus derechos.⁹⁶

Como vemos, al menos en procesos penales, cuestionar el rol de defensa bajo el sistema adversativo puede equivaler a cuestionar los cimientos sobre los cuales se levanta el ordenamiento constitucional estadounidense. Así, citando la opinión particular del Juez White en *US v. Wade*,⁹⁷ la ABA solía partir de la premisa de que cuando resultase esencial a la defensa de una persona acusada de delito, era apropiado destruir mediante el conainterrogatorio a un testigo de cargo veraz, ya

94 FREEDMAN, MONROE H, "Judge Frankel's search for truth" en *U. Pa. L. Rev.*, vol. 123, 1974, p. 1060.

95 *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 480-481 (1966).

96 La idea se ha expresado, por ejemplo, en los siguientes términos: "The administration of justice is no more designed to elicit the truth than the scientific approach is designed to extract justice from the atom." CHARLES P. CURTIS, *The Ethics of Advocacy*, cit., p. 12.

97 *US v. Wade*, 388 U.S. 218, 256-57 (1967). En el célebre pasaje, el Juez White expresa lo siguiente en cuanto al rol de los abogados de defensa en los procesos penales: "Law enforcement officers have the obligation to convict the guilty and to make sure they do not convict the innocent... But defense counsel has no comparable obligation to ascertain or present the truth. Our system assigns him a different mission. He must be and is interested in preventing the conviction of the innocent, but... we also insist that he defend his client whether he is innocent or guilty. The State has the obligation to present evidence. Defense counsel need present nothing, even if he knows what the truth is. He need not furnish any witnesses to the police, or reveal any confidences of his client, or furnish any other information to help the prosecution's case. If he can confuse a witness, even a truthful one, or make him appear at a disadvantage, unsure or indecisive, that will be his normal course. Our interest in not convicting the innocent permits counsel to put the State to its proof, to put the State's case in the worst possible light, regardless of what he thinks or knows to be the truth. Undoubtedly there are some limits which defense counsel must observe but more often than not, defense counsel will cross-examine a prosecution witness, and impeach him if he can, even if he thinks the witness is telling the truth, just as he will attempt to destroy a witness who he thinks is lying. In this respect, as part of our modified adversary system and as part of the duty imposed on the most honorable defense counsel, we countenance or require conduct which in many instances has little if any, relation to the search for truth".

que omitir dicha gestión violaría los deberes de representación bajo el Model Code of Professional Responsibility.⁹⁸

Hace más de 50 años, en la trigésimo primera Conferencia Cardozo, Marvin E. Frankel señaló que en la escala de valores que el sistema adversativo pretende promover, la búsqueda de la verdad ocupa un lugar muy bajo,⁹⁹ y expresó lo siguiente:

Con frecuencia, mientras lo utilizan partes interesadas, el proceso llega a la verdad solo como una conveniencia, un producto incidental o un encuentro accidental. El trabajo del defensor, dicho de manera sencilla, es ganar si es posible hacerlo sin romper la ley... [P]ara un porcentaje considerable de los abogados en el proceso de litigio en cualquier momento dado, la verdad y la victoria son mutuamente incompatibles.¹⁰⁰

Aduce, además, Frankel que esa relativa poca importancia que el sistema confiere a la búsqueda de la verdad es una de las principales razones por las cuales

98 HARRY I. SUBIN, "The Criminal Lawyer's 'Different Mission': Reflections on the 'Right' to Present a False Case", en *Geo. J. Legal Ethics*, Vol. 1, 1987, p. 125.

La posición oficial de la ABA en cuanto a este asunto ha variado durante las últimas décadas. Subin señala que, a final de la década de 1980, el estándar 4-7.6 de los ABA Standards Relating to the Administration of Criminal Justice aparentaba haber dado un giro radical al señalar que un abogado "should not misuse the power of cross-examination or impeachment by employing it to discredit or undermine a witness if he knows the witness is testifying truthfully." *Id.* nota al calce 13. Interesantemente, la versión más reciente ya no lee así, sino que parece adoptar la sigue posición intermedia:

(a) The interrogation of all witnesses should be conducted fairly, objectively, and with due regard for the dignity and legitimate privacy of the witness, and without seeking to intimidate or humiliate the witness unnecessarily.

(b) Defense counsel's belief or knowledge that the witness is telling the truth does not preclude cross-examination.

.....

(d) Defense counsel should not ask a question which implies the existence of a factual predicate for which a good faith belief is lacking.

https://www.americanbar.org/publications/criminal _ justice _ section _ archive/crimjust _ standards _ dfunc _ blk.html

99 MARVIN E. FRANKEL, *The Search for Truth: An Umpire's View*, cit., pp. 1031 y 1033. Según afirma, eso es así por diseño:

"We proclaim to each other and to the world that the clash of adversaries is a powerful means for hammering out the truth... Despite our untested statements of self-congratulation... we know that many of the rules and devices of adversary litigation as we conduct it are not geared for, but are often aptly suited to defeat, the development of the truth" – *Ibíd.*, p. 1036.

100 *Texto original*:

"Employed by interested parties, the process often achieves truth only as a convenience, a byproduct, or an accidental approximation. The business of the advocate, simply stated, is to win if possible without violating the law... the truth and victory are mutually incompatible for some considerable percentage of the attorneys trying cases at any given time" – *Ibíd.*, p. 1037.

la profesión legal es tenida en dudosa estima por la sociedad.¹⁰¹ Interesantemente, no parece argumentar que la profesión había malentendido los requerimientos del sistema adversativo, sino que los problemas señalados son el producto de dicho sistema:

Nuestros tribunales esperan de manera pasiva por lo que presenten las partes, y casi nunca conocen —con frecuencia, ni sospechan— lo que las partes han escogido no presentar. Los parámetros éticos que rigen a los asesores legales exigen lealtad y entusiasmo hacia el cliente y su causa, sin ninguna obligación definitiva hacia la verdad.¹⁰²

Aunque no lo dice en esas palabras, al hacer referencia a cómo los estándares éticos -lejos de desincentivarla o condicionarla- requieren la representación acérrima de los clientes, Frankel trae a colación la prevalencia y aceptación en nuestra profesión de los comportamientos diferenciados por rol.

B. Autonomía de los clientes

La autonomía de los seres humanos es un valor al cual tradicionalmente se le brinda particular importancia en la sociedad estadounidense. Se da por sentado que la libertad de elección es preferible a las restricciones y que todas las personas preferimos tomar nuestras propias decisiones a que sean tomadas por otros.¹⁰³ El partidismo neutral es también defendido mediante argumentos que se levantan sobre el derecho de los clientes a ejercer sus derechos y a entablar sus reclamos de manera autónoma. Aunque son varios los autores que critican que los abogados pretendan seguir los dictámenes de su propia conciencia, esto en la medida en que permitir eso pueda redundar en una disminución de la autonomía de sus clientes,¹⁰⁴ probablemente el trabajo más influyente es el de Stephen Pepper.¹⁰⁵

A pesar de reconocer en su ensayo que la concepción amoral o moralmente neutral de la abogacía ha recibido numerosas críticas, Pepper da por sentado que es

101 *Ibíd.*, p. 1040.

102 *Texto original:*

“Our courts wait passively for what the parties will present, almost never knowing—often not suspecting—what the parties have chosen not to present. The ethical standards governing counsel command loyalty and zeal for the client, but no positive obligation at all to the truth” – *Ibíd.*, p. 1038.

103 STEPHEN PEPPER, *Lawyer’s Amoral Ethical Role: A Defense, a Problem, and some Possibilities*, cit., pp. 616 y 617.

104 *Ibíd.*, citando a ELLMANN, STEPHEN, “Lawyers and Clients” en *U.C.L.A.L.*, Vol. 34, 1987, p. 717 y STRAUSS, MARCY, “Toward a Revised Model of Attorney-Client Relationship: The Argument for Autonomy” en *NCL Rev.*, vol. 65, 1987, p. 315.

105 *Ibíd.*, p. 613.

el estándar aceptado en nuestra profesión.¹⁰⁶ Acto seguido, afirma que no se había formulado una justificación moral para la misma que gozara de aceptación general,¹⁰⁷ y se da a la tarea de proponer la suya. Pepper llama dicha justificación moral (de la concepción amoral de la abogacía) el “modelo de ciudadanía de primera clase”.¹⁰⁸ Su justificación parte de la premisa de que la idea misma del profesionalismo implica una función de servicio la cual presupone que los profesionales deben subordinar sus intereses a los de aquellas personas que necesitan sus servicios.¹⁰⁹ Particularmente en vista de que los profesionales se ganan la vida proveyendo servicios sobre los cuales mantienen un monopolio y en gran medida autorregulándose.¹¹⁰

Es en dicho contexto que Pepper propone las siguientes tres premisas: primero, el derecho tiene como propósito ser un bien público que aumente la autonomía;¹¹¹ segundo, aumentar la autonomía individual es moralmente bueno;¹¹² y tercero, en una sociedad altamente legalizada como la nuestra, la autonomía a menudo depende del acceso al derecho.¹¹³ En otras palabras, Pepper afirma que aquello que llamó ciudadanía de primera clase depende del acceso al derecho y eso a su vez suele depender de contar con asistencia de abogado. Es decir, que los abogados somos “medios” para que los clientes ejerzan una autonomía significativa y puedan gozar de una “ciudadanía de primera clase”.¹¹⁴

A partir de lo anterior, Pepper afirma que atribuirle responsabilidad moral a los abogados por los actos de sus representados que faciliten, por entenderse que existe una obligación moral de rehusarse a facilitar aquello que personalmente consideren inmoral, equivale a sustituir la autonomía individual y la diversidad por las creencias particulares de los abogados.¹¹⁵ Así, Pepper aduce lo siguiente:

106 *Ibíd.*, p. 614.

107 *Ibíd.*

108 *Ibíd.*, p. 615.

109 *Ibíd.*

110 *Ibíd.*, p. 615 y 616.

111 “Law is intended to be a public good which increases autonomy.” *Ibíd.*, p. 617.

112 “Increasing individual autonomy is morally good.” *Ibid.*

113 “In a highly legalized society such as ours, autonomy is often dependent upon access to the law.” – *Ibíd.*

114 *Ibíd.*

115 *Ibíd.*

Si el comportamiento es lo suficientemente “malo”, se debería hacer ilegal de manera explícita, uno pensaría. Si no es tan malo, ¿por qué someter a la ciudadanía a la arbitrariedad del juicio moral del abogado específico a quien tenga acceso una persona dada? Si hacer ilegal la conducta es demasiado oneroso porque la ley sería demasiado vaga, o si identificar la conducta con anticipación es demasiado difícil, o si no hay suficiente preocupación política o social por el asunto [como para hacer una ley al respecto], ¿es nuestra intención delegarle a cada abogado particular la autoridad para legislar caso a caso?¹¹⁶

Como vemos, Pepper frasea su argumento como uno de acceso a la justicia. Afirma que en la medida en que el derecho es un bien público (“public good”) y el acceso al mismo aumenta la autonomía, no se justifica filtrar dicho acceso a través de los entendidos morales de cada abogado individual.¹¹⁷ Así, aduce que “la autonomía del cliente debe ser limitada por el derecho, no por la moral del abogado. Y si el derecho es manipulable y no limita claramente la conducta del cliente, ese aspecto del derecho debe estar disponible para el cliente”.¹¹⁸

4. ¿Lo penal es distinto?

Conforme hemos adelantado, la conveniencia de que la abogacía se aferre a la visión dominante o concepción moralmente neutral del ejercicio profesional ha sido objeto de interesantes discusiones en la academia estadounidense. En un extremo encontramos a quienes, como Pepper (y en gran medida Freedman), defienden la concepción moralmente neutral de manera acérrima.¹¹⁹ Estos autores entienden apropiada la tendencia de la abogacía a aferrarse a la diferenciación de roles y el partidismo neutral. En el extremo opuesto encontramos autores que, como William Simon, consideran la concepción moralmente neutral como contraria al interés

116 *Texto original:*

“If the conduct is sufficiently “bad,” it would seem that it ought to be made explicitly unlawful. If it is not that bad, why subject the citizenry to the happenstance of the moral judgment of the particular lawyer to whom each has access? If making the conduct unlawful is too onerous because the law would be too vague, or it is too difficult to identify the conduct in advance, or there is not sufficient social or political concern, do we intend to delegate to the individual lawyer the authority for case-by-case legislation?” – *Ibíd.*, p. 618.

117 *Ibíd.*

118 *Ibíd.*, p. 626.

119 Freedman, por ejemplo, entiende que los abogados están obligados a impugnar a los testigos de cargo aun cuando les conste que están diciendo la verdad.. FREEDMAN, MONROE H, *Professional Responsibility of the Criminal Defense Lawyer: The Three Hardest Questions*, cit., pp. 43-49

público y prácticamente no admiten excepciones.¹²⁰ En lo que podría considerarse un punto intermedio, encontramos académicos críticos de la concepción moralmente neutral de la abogacía que la aceptan (quizás como un mal necesario) en el contexto específico de la práctica de defensa en lo penal.¹²¹ Esta noción está bastante arraigada en la doctrina jurídica y entre sus proponentes destacan David Luban y Deborah Rhode, dos verdaderos pesos pesados en el campo de la ética y el quehacer profesional.¹²² El propio Wasserstrom, quien al reflexionar en torno a la concepción amoral o moralmente neutral de la abogacía es escéptico en cuanto a su conveniencia,¹²³ afirma que la misma es necesaria en el contexto de la defensa de personas acusadas de delito:

Por lo menos, está claro que se considera tanto apropiado como obligatorio que el abogado monte una defensa igual de vigorosa y persuasiva para un cliente considerado culpable como la que habría preparado si hubiera estado completamente convencido de la inocencia de su cliente. Sospecho que muchas personas consideran que esta es una característica atractiva y admirable de un profesional legal. Sé que yo lo considero así con frecuencia. Las justificaciones para ello son variadas y... probablemente convincentes.¹²⁴

120 Simon afirma que "las decisiones morales que implican el compromiso fundamental de la profesión con la legalidad y la justicia" son las que surgen "de los conflictos entre los intereses del cliente, por una parte, y los intereses de terceros y el interés público, por otra parte". WILLIAM H. SIMON, *The Practice of Justice 1*, cit., p. 4. Así, asocia la visión amoral con la injusticia deliberada y afirma que la concepción dominante de la abogacía define sus responsabilidades de manera formalista, categórica y mecánica. – *Ibíd.*, pp. 3-4. Simon presenta a manera de ejemplo casos en los que las conductas de los abogados resultan, como mínimo, defendibles a la luz de las normas de responsabilidad profesional, no obstante, a su juicio, contribuyen a injusticias sustanciales. Entre ellos los siguientes: (1) Abogados que reciban de su cliente información que exoneraría a una persona inocente convicta de delito, pero que no revelan por surgir de una comunicación privilegiada; (2) Abogados que asistan a clientes adinerados en el desarrollo de esquemas corporativos para beneficiarse de legislación dirigida a favorecer a personas desventajadas burlando así la clara política pública. – *Ibíd.*, p. 7.

121 Haciendo referencia a Luban, Rhode y Wasserstrom como preámbulo a una crítica de estos entendidos, Simon dice lo siguiente: "With striking consistency, this literature exempts criminal defense from its critique and concedes that the standard adversary ethic may be viable there." - WILLIAM H. SIMON, "The Ethics of Criminal Defense" en , *Mich. L. Rev.*, vol. 91, 1993, p. 1703.

122 WILLIAM H. SIMON, *The Practice of Justice 1*, cit., p. 170. *Citando a* LUBAN, DAVID, "Lawyers and Justice: An Ethical Study", en *Princeton University Press*, 1988, pp. 58-66. DEBORAH RHODE, "Ethical Perspectives on Legal Practice", en *Stanford Law Review*, Vol. 37, 1985, pp. 589, 605.

123 Wasserstrom propone reflexionar en cuanto a cómo minimizar las consecuencias negativas asociadas a la diferenciación de roles en la relación abogado-cliente sin perder los beneficios que surgen del quehacer de la abogacía. RICHARD WASSERSTROM, *Lawyers as Professionals: Some Moral Issues*, cit., p. 19-20.

124 *Texto original:*

A efectos de este trabajo, resulta particularmente relevante el contraste entre la visión de los autores que, a pesar de criticarla, reconocen la concepción moralmente neutral de la abogacía como excepcionalmente meritoria en el contexto de la práctica de defensa penal y aquellos que niegan que la defensa de acusados de delito sea diferente. Estos últimos rechazan la distinción hecha por quienes entienden que los casos penales son excepcionales y que en ellos se justifica la representación ferviente o aguerrida asociada con el partidismo neutral.

Es usual que, al argumentar que la diferenciación de roles es necesaria para el funcionamiento del sistema adversativo sobre el cual se levanta el ordenamiento jurídico estadounidense, se acuda a pronunciamientos de los tribunales emitidos en el contexto específico de la representación de acusados de delito. La práctica de defensa en lo penal se señala frecuentemente como una en la que se justifican los mecanismos para nublar e incluso ocultar la verdad, esto en aras de preservar el sistema adversativo y proteger a la sociedad de los excesos del gobierno.¹²⁵ Sin embargo, varios autores han sido muy críticos del rol de la abogacía al dificultar el esclarecimiento de la verdad en procesos judiciales, incluso los penales. Específicamente han criticado los métodos tradicionalmente empleados cuando los objetivos de los clientes son incompatibles con la verdad. A continuación, atenderemos la discusión doctrinal en cuanto a si lo penal es distinto.

4.1 Argumentos en contra

Quizás el más importante detractor de la noción (bastante popular entre los críticos de la visión tradicional) conforme a la cual se debe reconocer una excepción para la defensa de acusados de delito es William Simon. Este autor propone una teoría unitaria según la cual todo abogado debe ejercer discreción en los medios empleados para adelantar los intereses de sus representados. Así, no solo es muy

"It is at least clear that it is thought both appropriate and obligatory for the attorney to put on as vigorous and persuasive a defense of a client believed to be guilty as would have been mounted by the lawyer thoroughly convinced of the client's innocence. I suspect that many persons find this an attractive and admirable feature of the life of a legal professional. I know that often I do. The justifications are varied and... probably convincing".- *Ibíd.*, p. 5.

Wasserstrom expresó además lo siguiente:

"Because a deprivation of liberty is so serious, because the prosecutorial resources of the state are so vast, and because, perhaps, of a serious skepticism about the rightness of punishment even where wrongdoing has occurred, it is easy to accept the view that it makes sense to charge the defense counsel with the job of making the best possible case for the accused—without regard... for the merits... But this does not, however, justify a comparable perspective on the part of lawyers generally". – *Ibíd.*, p. 12.

125 HARRY I. SUBIN, "The Criminal Lawyer's 'Different Mission': Reflections on the 'Right' to Present a False Case", en *Geo. J. Legal Ethics*, Vol. 1, 1987, p. 125.

crítico de la visión moralmente neutral de la abogacía, sino que objeta la distinción hecha por quienes entienden que los casos penales son distintos. Simon, por ejemplo, rechaza el argumento tradicional en cuanto a que la culpabilidad de las personas acusadas de delito debe dirimirse por jueces y jurados, no por sus abogados, esto al menos en la medida en que los abogados conozcan información crucial que los jueces y jurados ignoren.¹²⁶ Parte importante de su argumento descansa sobre la crítica que ha hecho a la retórica liberal conforme a la cual los acusados de delito se conciben como individuos débiles ante el Leviatán.¹²⁷ En cuanto a esto, Simon afirmó que “es más plausible concebir al acusado típico como alguien que enfrenta un pequeño número de burócratas acosados y sobrecargados”.¹²⁸

A juicio de Simon, las tácticas de defensa agresiva no se justifican en los casos penales en general, sino únicamente en aquellos en los que se encuentren abusos de poder estatal, racismo o sentencias desproporcionadas.¹²⁹ Así, Simon afirma que los abogados deben evaluar, caso a caso y de manera estricta, si se justifica incurrir en prácticas que probablemente distorsionen el proceso de la determinación de hechos.¹³⁰

126 WILLIAM SIMON, “The Ethics of Criminal Defense”, en *Mich. L. Rev.*, Vol. 91, 1992, p. 1703.

127 *Ibíd.*, p. 1707. Simon erróneamente cataloga la retórica liberal como libertaria. Dicho error conceptual es explicado por David Luban en su artículo *Are Criminal Defenders different*, (1993).

128 *Ibíd.*

129 *Ibíd.*, p. 1725. Por tácticas de defensa agresiva Simon se refiere a aquellas que, a su entender, no asisten al juzgador de hechos a realizar determinaciones informadas ni sirven para vindicar derechos intrínsecos al proceso penal, como lo son el derecho a que se pruebe la culpabilidad más allá de duda razonable y a que la prueba ilegalmente obtenida no sea admitida en evidencia. — *Ibíd.*, p. 1703-1704. Así, expresa lo siguiente:

The issues with which we are concerned involve tactics that cannot plausibly be viewed either as assisting the trier in making an informed determination or as vindicating specific intrinsic procedural rights. It will be convenient to focus on tactics over which lawyers have some discretion in the sense that the tactics are neither clearly, at least effectively, prohibited nor clearly required by norms of effective assistance of counsel. For example:

- Defense lawyers sometimes have opportunities to draw out and delay cases, for instance, by deliberately arranging their schedules to require repeated continuances. This can have the advantage of exhausting prosecution witnesses and eroding their memories.
- Defense lawyers are sometimes asked to present perjured testimony by defendants. They sometimes find they can benefit their clients by impeaching the testimony of prosecution witnesses they know to be truthful. And they sometimes can gain advantage by arguing to the jury that the evidence supports factual inferences they know to be untrue (...)
- Lawyers occasionally find it advantageous to disclose or threaten to disclose information that they know does not contribute to informed determination on the merits because such disclosure injures the prosecution or witnesses...

Ibíd., p. 1704-1705.

130 *Ibíd.*, pp. 1722-1728.

Por su parte, Harry Subin cuestiona si se debe permitir a los abogados criminalistas adelantar defensas que conocen son falsas. Según hemos comentado, conforme la visión tradicional de la abogacía, existe una obligación de contrainterrogar e impugnar a los testigos de cargo, aun cuando al defensor le conste que estos están diciendo la verdad.¹³¹ Subin llama a eso “obstruir la búsqueda de la verdad”.¹³² A esos efectos afirma que, si bien resulta apropiado atacar un caso débil del estado señalando sus limitaciones, es inapropiado atacar un caso fuerte confundiendo al jurado con falsedades. Otras tácticas permitidas que resultan impropias a ojos de dicho autor son la presentación de evidencia que, aunque no sea falsa en sí misma, sea utilizada para desacreditar prueba veraz presentada por el estado, así como las argumentaciones al jurado basadas en las tácticas anteriores.¹³³

Subin entiende que una representación adecuada en casos difíciles, es decir, aquellos en los que la prueba del gobierno es fuerte, consiste en argumentar que los hechos presentados por el gobierno no satisfacen el peso de la prueba que le corresponde:

De esta manera, el acusado recibiría los servicios de un abogado al someter el caso del Estado a la etapa final del proceso de evaluación que el sistema provee para garantizar una protección contra las convicciones injustas. Esto, no obstante, sería todo lo que el abogado de defensa podría hacer.¹³⁴

A continuación, presento un caso hipotético para ser evaluado a la luz de la propuesta de Subin: Una abogada de defensa representa en un proceso penal a alguien que cometió los delitos imputados. La fiscalía cuenta con un video de cámaras de seguridad que refleja los hechos. En el mismo se ve a quien ella sabe es su representado. No obstante, la imagen no es clara (ya sea porque es borrosa, la cámara estaba lejos, o el ángulo no era ideal) y se presta para discusión en cuanto a la identidad del delincuente. En términos generales, la abogada en su alocución final tendrá dos opciones: (a) se limita a afirmar que existe duda razonable en cuanto a

131 FREEDMAN, MONROE H, *Lawyers' Ethics in an Adversary System*, cit., pp. 43-49.

132 HARRY I. SUBIN, *The Criminal Lawyer's 'Different Mission': Reflections on the 'Right' to Present a False Case*, cit., p. 126. Si bien podría también hacerse por medios ilegales como el perjurio, eso no es lo que el autor tiene en mente y no es lo que nos ocupa en este trabajo ya que sería clara y aburridamente impropio.

133 *Ibíd.*, pp. 126-27.

134 *Texto original:*

“In these ways, the defendant would receive the services of an attorney in subjecting the state’s case to the final stage of the screening process provided by the system to insure against unjust convictions. That, however, would be all that the defense attorney could do”. – *Ibíd.*, pp. 148, 151.

la culpabilidad de su representado; o (b) argumenta de manera inequívoca (y quizás apasionada) que su representado no es la persona que se ve en el video de seguridad.

Siguiendo los argumentos de Subin, la alocución final de la abogada debería ser algo como esto:

Damas y caballeros del jurado, la prueba presentada por fiscalía no es contundente. En el video no se puede apreciar claramente al autor de los hechos. Por lo tanto, no se demostró más allá de duda razonable la culpabilidad de mi representado y es su deber emitir un veredicto de no culpabilidad.

Una argumentación por esa línea tendría sus méritos. Constituiría -como propone Subin- una afirmación de que la fiscalía no satisfizo su peso probatorio. Además, mediante una argumentación como esa, no se le mentiría directamente al jurado. Ciertamente una argumentación por esa línea, de por sí, no daría lugar a un reclamo por representación insuficiente (para lo cual el estándar es muy estricto). Ahora, en la próxima sección veremos un ejemplo de cómo serían los contornos generales de la otra clase de alocución final.

4.2 Argumentos a favor

Como hemos visto, uno de los principales argumentos que se esgrimen para afirmar la deseabilidad de que los abogados nos comportemos conforme a nuestro rol diferenciado es que participamos de un complejo mundo institucional que solo funciona si nos adherimos a dicho rol. En otras palabras, que nuestro rol diferenciado es necesario para el funcionamiento del sistema adversativo que subyace el ordenamiento jurídico estadounidense.¹³⁵ Sin embargo, frecuentemente se pierde de perspectiva que el contexto en que dicho argumento cobra verdadera relevancia es el de la defensa de personas acusadas de delito. Esto en vista de que el sistema adversativo “tiene ramificaciones ulteriores en los casos penales”.¹³⁶ Como es sabido, en Estados Unidos y la mayoría de las jurisdicciones latinoamericanas las personas acusadas de delito se presumen inocentes hasta que se demuestre su culpabilidad más allá de duda razonable. La alegación de no culpable no necesariamente implica que la persona sea inocente ya que puede ser no culpable como cuestión de derecho.

Quizás el argumento de mayor aceptación a favor de la defensa agresiva en casos penales es que la misma constituye una salvaguarda contra el totalitarismo. David Luban lo ha expresado en los siguientes términos:

135 Esto se afirma con consciencia de que en muchas ocasiones lo que hacemos los abogados es dificultar que la verdad salga a relucir en los procesos judiciales.

136 Freedman, *Professional Responsibility*, cit., p. 1471.

Queremos obstaculizar la capacidad del Estado de ejercer su poder para castigarnos incluso de manera legítima, porque creemos, como asunto de teoría política y experiencia histórica, que cuando no se le ponen trabas al Estado o no se le controla *ex ante*, nuestras libertades políticas y civiles terminan están en peligro. Abusar del sistema de justicia criminal y utilizarlo para perseguir a sus opositores políticos es una tentación inevitable de quienes tienen el poder, y una policía demasiado entusiasta pisoteará las libertades civiles en nombre del orden y la prevención del crimen.¹³⁷

Por la misma línea se ha afirmado que “ningún asunto es más central a la ética en la profesión jurídica ni más controversial entre el público en general que las obligaciones de los abogados en casos penales”.¹³⁸ Rhode y Luban identifican la diferencia entre que el público acepte en términos abstractos la presunción de inocencia y el derecho a asistencia de abogado, y el cambio en la opinión pública cuando esos principios de derecho se concretizan en casos particulares. Así, señalan lo siguiente:

El papel que desempeñan los abogados en la liberación de ofensores culpables, y algunas veces también peligrosos, con frecuencia provoca bastante indignación. Al mismo tiempo, sin embargo, el tipo de asistencia legal que protege a las personas acusadas injustamente representa algunas de las instancias más heroicas y ampliamente respetadas de la historia de la profesión legal. Los casos penales, por lo tanto, requieren de abogados que resistan presiones opuestas y que puedan servir múltiples intereses. Tradicionalmente, estos casos han servido como paradigma del papel que desempeña el defensor porque están en juego valores cruciales para ambas partes. Los intereses de la vida, la libertad y la reputación están en controversia no solo para los acusados, sino para las víctimas, las posibles víctimas, y otras personas que pudieran ser acusadas de delitos penales. La manera en que los abogados deben sopesar esos valores trae al ruedo preguntas que son medulares para la ética legal tanto en contextos civiles como penales.¹³⁹

137 *Texto original:*

“We want to handicap the state in its power even legitimately to punish us, for we believe as a matter of political theory and historical experience that if the state is not handicapped or restrained *ex ante*, our political and civil liberties are jeopardized. Power-holders are inevitably tempted to abuse the criminal justice system to persecute political opponents, and overzealous police will trample civil liberties in the name of crime prevention and order”. — LUBAN, DAVID, *Are Criminal Defenders different?*, cit., p. 1749 citando a LUBAN, DAVID, “Lawyers and Justice: an Ethical Study” en *Princeton University Press*, Vol. 60, 1988.

138 RHODE & LUBAN, *Legal Ethics 38*, cit., p. 300.

139 *Texto original:*

“Lawyers’ role in freeing guilty, sometimes dangerous, offender often provokes considerable outrage. At the same time, however, lawyers’ assistance in protecting individuals unjustly accused accounts for some of the most heroic and widely respected moments in the bar’s history. Criminal cases thus

Me parece que, al mirar con desdén la labor de abogados criminalistas a favor de personas poco populares, particularmente aquellas cuya culpabilidad es ineludible, tanto el público en general como algunos sectores de la doctrina jurídica hacen caso omiso de las grandes desventajas generalizadas que enfrentan las personas acusadas de delito y sus representantes legales. Luban demuestra esto mediante argumentos sólidos respaldados por datos empíricos. Identifica cuatro ventajas generales de la fiscalía en los casos penales: el balance de recursos, el balance de ventajas procesales, el balance de ventajas políticas y psicológicas, y, el balance en el poder de negociación.¹⁴⁰

En cuanto al balance de recursos, Luban señala lúcidamente que las variables pertinentes no son meramente la cantidad de fiscales y sus salarios en comparación con la cantidad de abogados defensores y sus ingresos. Un importante factor a tomar en cuenta es que los fiscales cuentan con los cuerpos de policía como recursos investigativos.¹⁴¹ Entre las varias limitaciones señaladas por Luban en cuanto a la investigación y preparación para los casos que suelen enfrentar las personas acusadas de delito, creo pertinente destacar que muchos acusados indigentes permanecen encarcelados antes de ser enjuiciados porque no pueden costear sus fianzas, y por ende pierden oportunidades para asistir a sus abogados en la investigación de sus casos.¹⁴² Así, ante el argumento de Simon a efectos de que lo más probable es que los acusados enfrenten un pequeño grupo de burócratas acosados y sobrecargados, Luban asevera lo siguiente:

La desigualdad de los recursos para las tareas investigativas inclina la balanza de ventaja de recursos de manera decisiva hacia el ministerio público. “El Estado” no es solo un grupo de burócratas agobiados y con demasiado trabajo en la fiscalía. Se trata de un grupo de burócratas agobiados y con demasiado trabajo, respaldado por la policía y capaz, en muchos casos, de paralizar a sus adversarios en concreto sólido.¹⁴³

require attorneys to withstand competing pressures and to serve multiple interests. These cases have traditionally served as the paradigm of the advocate’s role because crucial values are at stake on both sides. Interests of life, liberty, and reputation are at issue not only for defendants but also for victims, potential victims, and other individuals who might be charged with criminal offenses. How lawyers should weigh those values raises issues that are central to legal ethics in civil as well as criminal contexts”. – *Ibíd.*

140 LUBAN, DAVID, *Are Criminal Defenders different?*, cit., p. 1731.

141 *Ibíd.*, pp. 1734-1735.

142 *Ibíd.*, pp. 1735.

143 *Texto original:*

“The inequality of investigative resources decisively sways the balance of resource advantage toward the prosecution. “The state” is not just a group of harassed, overworked bureaucrats in the

Respecto al balance de ventajas procesales que favorecen a las fiscalías, Luban señala las normativas predominantes en cuanto a descubrimiento de prueba, en general más limitadas que en casos civiles y sujetas a restrictivos estándares de revisión apelativa.¹⁴⁴ Señala además la deferencia en los procesos apelativos hacia la apreciación de prueba hecha en primera instancia, la frecuente invocación por parte de los tribunales de la doctrina de error no perjudicial y la limitada disponibilidad de remedios colaterales como el *habeas corpus*.¹⁴⁵

En lo que a ventajas psicológicas respecta, Luban aduce que existe un enorme desbalance en cuanto a la credibilidad de los fiscales y policías, por una parte, y de los acusados por otra parte:

Una de las primeras aclaraciones que hará cualquier abogada criminalista sobre su práctica es que el peso legal de la prueba no tiene nada que ver con el verdadero peso de la prueba: el jurado entra al banquillo del jurado con una inclinación abrumadora hacia creer que la persona es culpable según ha sido acusada.¹⁴⁶

Ahora, las ventajas psicológicas están además ancladas en realidades políticas. Así, Luban expresa, el estado suele contar con “gran credibilidad inicial” en los procesos penales porque los jurados lo conciben como “democrático y legítimo”.¹⁴⁷ En este contexto, explica lo siguiente:

La retórica liberal promueve con frecuencia la política de la defensa agresiva como parte de la protección [del pueblo] contra el totalitarismo. Una profesión legal independiente, tanto como una judicatura independiente, ha solido estar entre los primeros blancos de ataque de los regímenes totalitarios, y la historia está repleta de casos en los que quienes han protegido a víctimas de los peligros de un estado ilegítimo y opresor, han sido abogados penalistas de defensa heroicos e independientes. Sean estos argumentos correctos o no, algunos críticos, tales como Simon, puede que arguyan que los mismos

D.A.’s office. It is a group of harassed, overworked bureaucrats, backed by the police and able in many cases to immobilize their adversaries in cold concrete” – *Ibíd.*, pp. 1735-1736.

144 *Ibíd.*, p. 1737-1738, citando a *United States v. Bagley*, 473 U.S. 667 (1985) y *United States v. Williams*, 504 U.S. 36 (1992). Además, Luban lúcidamente describe las potestades del gobierno para llevar a cabo registros e incautaciones como ventajas procesales en cuanto al descubrimiento de prueba. – *Ibíd.*, p. 1738.

145 *Ibíd.*, p. 1738.

146 *Texto original*:

“One of the first points that any criminal defense lawyer will make about her practice is that the legal burden of proof has nothing whatever to do with the actual burden of proof: the jury enters the box with an overwhelming predisposition to believe that the accused is guilty as charged” – *Ibíd.*, p. 1741.

147 *Ibíd.*, p. 1743.

son irrelevantes bajo un régimen no totalitario. Sin embargo, la paradoja consiste en que, de la misma manera en que un defensor aguerrido puede ser necesario para contrarrestar un gobierno ilegítimo debido precisamente a su ilegitimidad, puede que sea necesario un defensor aguerrido también para contrarrestar un régimen legítimo *debido precisamente a su legitimidad*.¹⁴⁸

La última ventaja del estado en los procesos penales identificada por Luban es el balance en el poder de negociación. Luego de citar datos en cuanto a la enorme proporción de casos penales que culminan mediante negociación y alegación de culpabilidad, explica que estos procesos redundan en tremenda ventaja para las fiscalías:

Los fiscales pueden multiplicar los cargos contra los acusados o imponerles cargos más graves, para generar elementos con que negociar. Las sentencias ferozmente excesivas que, en años recientes, el Congreso y las asambleas legislativas estatales han considerado correcto imponer han fortalecido a los fiscales. Además, la persona acusada que se enfrente a una sentencia de este tipo va a estar, inevitablemente, muy reacia al riesgo, mientras en comparación, el fiscal tiene poco que perder si las negociaciones colapsan —en particular, nada evita que el fiscal evada el juicio regresando con una oferta mejor— y por lo tanto el fiscal puede proceder de un modo más neutral en términos de riesgo. Si un acusado tiene razones urgentes para salir rápido de la cárcel —un trabajo o dependientes—, entonces las negociaciones de fianza le brindan a los fiscales más influencia. Finalmente, recordemos que los defensores públicos están por lo menos igual de agobiados y con tanto trabajo como los fiscales.¹⁴⁹

148 *Texto original:*

“Liberal rhetoric often promotes the policy of aggressive defense as a safeguard against totalitarianism. An independent bar, like an independent judiciary, has typically been among the first targets of totalitarian regimes, and history is replete with cases in which heroic and independent criminal defense attorneys have protected victims against the dangers of an oppressive and illegitimate state. Whether or not these arguments are right, critics such as Simon may argue that they are irrelevant in a nontotalitarian regime. But the paradox is that, just as a zealous advocate may be needed to counterbalance an illegitimate government precisely because of its illegitimacy, a zealous advocate may also be needed to counterbalance a legitimate one *precisely because of its legitimacy*” – *Ibíd.*.

149 *Texto original:*

“Prosecutors can multiply charges or overcharge defendants in order to generate tradable items. The savagely excessive sentences that Congress and state legislatures have seen fit to impose in recent years give additional leverage. Moreover, the defendant faced with such a sentence will of necessity be highly risk averse, whereas the prosecutor has little to lose if negotiations break down—in particular, nothing prevents the prosecutor from averting trial by coming back with a better offer—and so the prosecutor can proceed in a more risk-neutral fashion. If a defendant has urgent reasons to get out of jail quickly—a job or dependents—then bail negotiation provides the prosecutor with additional leverage. Finally, let us recall that public defenders are at least as harassed and overworked as prosecutors” – *Ibíd.*, p. 1744.

Retomemos ahora el caso hipotético de la abogada de defensa que representa a alguien que cometió los delitos imputados pero el video de seguridad no lo demuestra contundentemente. Otra opción para la alocución final sería argumentar algo parecido a esto:

Damas y caballeros del jurado, a todas luces en este caso existe mucho más que duda razonable. Mi representado es inocente de los cargos que se le imputan. La propia prueba presentada por fiscalía lo demuestra. En el video se ve que el autor de los hechos es alguien más. Condenarlo implicaría una grave injusticia. Por lo tanto, su obligación moral es emitir un veredicto de no culpabilidad.

En este caso vemos que la abogada va más allá y con convicción afirma la inocencia del acusado. A diferencia del ejemplo anterior, mediante esta argumentación se le miente al jurado, en la medida en que se afirman cosas que se sabe no son ciertas. Para Subin, esta segunda opción sería inaceptable. Sin embargo, muchos penalistas encontrarían esta argumentación preferible a la primera en tanto aquella probablemente no convencería a nadie. Así lo ha afirmado Freedman:

Los abogados de defensa no ganan casos arguyendo por la duda razonable. La litigación de defensa eficaz exige que cada una de las palabras, acciones y actitudes del abogado sean congruentes con la conclusión de que el cliente es inocente. Como sabe todo abogado litigante, el jurado cree sin duda que el abogado de defensa sabe si su cliente es o no culpable. El jurado, por lo tanto, está pendiente de, y estará muy influenciado por, cualquier señal de parte del abogado que indique que este cree que el acusado es culpable. Así, la alegación de no culpabilidad compromete al defensor a un juicio, incluida la argumentación de cierre, en la cual tiene que argüir que “no culpable” significa “de hecho no culpable”.¹⁵⁰

Recordemos que, conforme señala Luban, el estado cuenta en los procesos penales con una gran ventaja inicial en términos de credibilidad. Al presentar acusaciones, las mismas vienen sustentadas en el imaginario del jurado y público en general por la credibilidad de fiscales y policías, así como la propia legitimidad

150 *Texto original:*

Criminal defense lawyers do not win their cases by arguing reasonable doubt. Effective trial advocacy requires that the attorney’s every word, action, and attitude be consistent with the conclusion that his client is innocent. As every trial lawyer knows, the jury is certain that the defense attorney knows whether his client is guilty. The jury is therefore alert to, and will be enormously affected by, any indication by the attorney that he believes the defendant to be guilty. Thus, the plea of not guilty commits the advocate to a trial, including closing argument, in which he must argue that “not guilty” means “not guilty in fact”.

FREEDMAN, *Professional Responsibility*, cit., pp. 1471-72.

del estado democrático de derecho. Ante esa realidad, un defensor legal que no afirme con convicción la inocencia de su representado probablemente contribuye a incrementar las ventajas del estado ante su representado.

5. Evaluación moral del partidismo neutral

Aunque las justificaciones en virtud de la diferenciación por rol de comportamientos que de otra manera podrían ser considerados inmorales no se manifiestan únicamente en el ejercicio de la abogacía, Wasserstrom señala persuasivamente que los abogados estamos expuestos a mayores críticas que otros profesionales.¹⁵¹ Pensemos en cómo resulta socialmente aceptado y esperado que los médicos atiendan a todo paciente por igual, incluso a las personas malvadas. No sería apropiado, por ejemplo, que un médico se rehusara a atender (o dar el mejor tratamiento viable) a un paciente porque éste sea un asesino o un depredador sexual. Rara vez, si alguna, un médico recibe desprecio o reproche social por salvar la vida de un asesino o violador. Sin embargo, los abogados criminalistas frecuentemente recibimos desprecio o reproche social por llevar a cabo las gestiones equivalentes en el ejercicio de nuestra profesión particular; lograr la absolución o reducción de pena para esa misma persona.

Como bien señala Wasserstrom, una característica particular del rol de los abogados que nos distingue de otros profesionales y nos hace más susceptible a las críticas morales (por ej., frente a los médicos que curan a todos por igual,

151 Wasserstrom se explica de la siguiente manera:

It is, so to speak, intrinsically good to try to cure disease, but in no comparable way is it intrinsically good to try to win every lawsuit or help every client realize his or her objective. In addition (and this I take to be the truly interesting point), the lawyer's behavior is different in kind from the doctor's. The lawyer—and especially the lawyer as advocate—directly says and affirms things. The lawyer makes the case for the client. He or she tries to explain, persuade and convince others that the client's cause should prevail. The lawyer lives with and within a dilemma that is not shared by other professionals. If the lawyer actually believes everything that he or she asserts on behalf of the client, then it appears to be proper to regard the lawyer as in fact embracing and endorsing the points of view that he or she articulates. If the lawyer does not in fact believe what is urged by way of argument, if the lawyer is only playing a role, then it appears to be proper to tax the lawyer with hypocrisy and insincerity. To be sure, actors in a play take on roles and say things that the characters, not the actors, believe. But we know it is a play and that they are actors. The law courts are not, however, theaters, and the lawyers both talk about justice and they genuinely seek to persuade. The fact that the lawyer's words, thoughts, and convictions are, apparently, for sale and at the service of the client helps us, I think, to understand the peculiar hostility which is more than occasionally uniquely directed by lay persons toward lawyers. The verbal, role-differentiated behavior of the lawyer qua advocate puts the lawyer's integrity into question in a way that distinguishes the lawyer from the other professionals.

WASSERSTROM, RICHARD, *Lawyers as Professionals: Some Moral Issues*, cit., p. 12.

aunque sean malos) es que la naturaleza del trabajo nos lleva a afirmar o declarar, a hablar por los clientes, argumentar en nombre de ellos y convencer a otros de que el cliente debe prevalecer. Cuando uno en efecto cree en lo que aduce a nombre del cliente, no hay ningún problema. Ahora, si por el contrario uno no cree en lo que está argumentando o urgiendo, sino que meramente está desempeñando un rol, habrá quienes entiendan que en el desempeño de dicho rol hemos sido hipócritas. El hecho de que las palabras, pensamientos y convicciones de los abogados aparenten estar a la venta y meramente al servicio del cliente nos ayuda a entender la hostilidad particular que muchas veces recibimos.¹⁵²

Estoy de acuerdo con Freedman y otros que creen que la decisión de aceptar o no determinado cliente tiene relevancia moral.¹⁵³ A diferencia de Pepper, no tengo mayores problemas con que los profesionales de la abogacía seamos selectivos a la hora de aceptar clientes y que dicha selectividad se fundamente en consideraciones morales. Sin embargo, al igual que Abbe Smith, creo firmemente que la representación de personas indigentes acusadas de delito es en sí misma moralmente adecuada. Es decir, al tomar la decisión de representar a personas indigentes se actúa de manera correcta y justa, en vista de la necesidad imperiosa de que este tipo de acusados tenga representación legal competente. Me parece inaceptable que quienes practican la profesión en el ámbito penal rechacen la representación de acusados indigentes por razón de los delitos imputados. Smith se expresa en los siguientes términos:

Los defensores públicos y otros abogados que representan a acusados indigentes deben representar a todos aquellos que tienen la necesidad de servicios, independientemente del carácter del acusado, del crimen de que se trate, o de los valores del abogado mismo. Las personas pobres a quienes se acusa de un crimen no tienen el lujo de escoger entre abogados; los abogados no deberían poder escoger entre los acusados pobres.¹⁵⁴

152 Ibíd.

153 Así, por ejemplo, Abbe Smith, ha expresado lo siguiente:

"I agree with Freedman that lawyers are -and ought to be held- morally accountable for deciding to accept a particular client or cause. I believe that lawyers should make thoughtful decisions about whom they represent, about the causes to which they contribute, and about the mark they leave in law and life".

ABBE SMITH, *Defending Defending: The Case for Unmitigated Zeal on Behalf of People who have done Terrible Things*, cit., pp. 934-935, citando a MONROE FREEDMAN, *Understanding Lawyers' Ethics*, LexisNexis, 1990.

154 *Texto original:*

"Public defenders and other lawyers representing the indigent accused ought to represent all those in need of their services, without regard to the nature of the accused, the crime involved, or the

Más aun, me parece que Eva Nilsen tiene razón al afirmar que, en el contexto de la representación de personas de escasos recursos económicos, la pasividad (*under-zealousness*) es un problema mayor que la agresividad.¹⁵⁵

Freedman ha afirmado que el grado de adversatividad en los procesos legales varía dependiendo de lo que esté en juego en el litigio. Así, particularmente en el proceso penal, en el cual la persona acusada se expone a la pérdida de la libertad (incluso la vida), afirmó que asegurar el respeto a la dignidad del ser humano resulta un valor prioritario. Para Freedman, el aseguramiento del respeto a la dignidad de los seres humanos acusados de delito es equiparable con las garantías procesales que se reconocen en el sistema jurídico estadounidense:

Dentro de nuestro sistema adversativo, los intereses del estado no son absolutos. Ni siquiera principales. La dignidad de la persona se respeta hasta tal grado, que incluso cuando el estado sabe que un ciudadano ha cometido un delito atroz, de cualquier manera, a la persona acusada se le reconocen derechos, tales como los de representación legal, juicio por jurado, debido proceso de ley, y el privilegio contra la autoincriminación. El juicio es, en parte, una búsqueda de la verdad; así, estos derechos básicos se caracterizan con más frecuencia como salvaguardas procesales en contra de cometer errores en proceso de encontrar la verdad. Estamos interesados, no obstante, en mucho más que en la búsqueda de la verdad, y los derechos constitucionales que nuestro sistema de justicia provee responden a valores independientes que puede que tengan más peso que el valor de la búsqueda de la verdad, hecho que se manifiesta cuando nos damos cuenta de que esos derechos, lejos de adelantar la búsqueda de la verdad, puede que la impidan.¹⁵⁶

Es decir, Freedman presupone que asegurar el respeto a la dignidad como ser humano de la persona acusada es algo que a veces se logra a expensas de la búsqueda de la verdad (la cual no deja de ser un valor importante).

lawyer's own values. Poor people accused of crime do not have the luxury to pick and choose among lawyers; lawyers should not pick and choose among the poor accused". – *Ibíd.*, p. 935.

155 NILSEN, EVA, *The Criminal Defense Lawyer's Reliance on Bias and Prejudice*, cit., p. 5.

156 *Texto original*:

"Under our adversary system, the interests of the state are not absolute, or even paramount. The dignity of the individual is respected to the point that even when the citizen is known by the state to have committed a heinous offense, the individual is nevertheless accorded such rights as counsel, trial by jury, due process, and the privilege against self-incrimination. A trial is, in part, a search for truth; accordingly, those basic rights are most often characterized as procedural safeguards against error in the search for truth. We are concerned, however, with far more than a search for truth, and the constitutional rights that are provided by our system of justice serve independent values that may well outweigh the truth-seeking value, a fact made manifest when we realize that those rights, far from furthering the search for truth, may well impede it". - Freedman, *Judge Frankel's Search*, cit., p. 1063.

Comparto la opinión de Freedman. Sin embargo, no todos los clientes son iguales. Sus circunstancias son distintas y, por ende, sus necesidades legales son distintas. Entiendo que esa realidad, al menos, grosso modo, debe influir en la evaluación que los abogados hagan en cuanto hasta dónde llegar al momento de asistirlos o representarlos. Por esta línea, Wasserstrom argumentó lo siguiente:

(...) Sí creo que se justifica el comportamiento amoral del abogado de defensa. Sin embargo, pienso que la [justificación] depende, por lo menos en igual medida, de las necesidades especiales de un acusado como de cualquier otro argumento más general a favor del comportamiento diferenciado por rol del abogado. De hecho, pienso que es probable que a muchas personas, igual que a mí, las características especiales del caso criminal les haya inducido a error.¹⁵⁷

Coincido con Wasserstrom y me parece que la evaluación necesaria debe centrarse en por lo menos dos vertientes: (1) Por una parte, la clase de asistencia que solicita el cliente ¿Se trata de un caso civil o penal? Y, algo en cierta medida vinculado a esto, ¿solicita asesoría para hacer algo o representación por algo que ya hizo? (2) Por otra parte, con cuántos recursos cuenta el cliente. ¿Se trata de una persona de recursos económicos limitados o escasos? ¿Se trata, por el contrario, de una persona adinerada o poderosa?

En cuanto a lo primero, la naturaleza de la asistencia solicitada por el cliente, me parece que en la medida en que sea en un contexto civil, son menores las justificaciones que existen para que un jurista se aferre a un rol diferenciado y asuma de lleno el partidismo neutral sin reparar en las repercusiones para terceros (más aún si se solicita asesoría o asistencia para lograr algo). Por lo tanto, en estos casos, se justifican menos las prácticas de representación agresiva o aguerrida. La idea no es nueva, David Luban la ha defendido y desarrollado.¹⁵⁸

157 *Texto original:*

"(...) I do believe that the amoral behavior of the criminal defense lawyer is justifiable. But I think that jurisdiction [sic.] depends at least as much upon the special needs of an accused as upon any more general defense of a lawyer's role-differentiated behavior. As a matter of fact I think it likely that many persons such as myself have been misled by the special features of the criminal case" WASSERSTROM, RICHARD, *Lawyers as Professionals: Some Moral Issues*, cit., p. 12.

158 Luban la ha expresado en los siguientes términos:

"In civil cases, the adversary system is not justified strongly enough to underwrite professional duties sharply dissonant with common morality; but that in criminal cases, the importance of overprotecting individual rights against the state justifies something closer to the standard picture of the adversary advocate". — LUBAN, DAVID, *Are Criminal Defenders different*, cit., p. 1756 citando a LUBAN, DAVID, "Lawyers and Justice: an Ethical Study" en *Princeton University Press*, Vol. 59, 1988.

Por otro lado, en cuanto a lo segundo, los recursos con los que cuenta el cliente, me parece que mientras mayor capacidad económica tenga, menos se justifican el partidismo neutral a ultranza y las prácticas de representación agresivas. Cuando se trata de clientes con grandes recursos económicos es muy poco probable que se materialice la preocupación de Pepper y su autonomía se vea afectada por la falta de acceso al derecho. Por el contrario, en el caso de personas de escasos recursos económicos, la brecha de acceso a la justicia que caracteriza las sociedades estadounidense y puertorriqueña conlleva la constante vulneración de su autonomía. Aun si la asistencia solicitada es para un proceso civil, el hecho de que quien la requiera sea una persona de escasos recursos económicos puede inclinar la balanza hacia la representación agresiva. De ordinario, lo menos que necesita la sociedad es que los pocos abogados a los que tienen acceso estas personas, les nieguen o condicionen su representación.

Con lo anterior no quiero decir que a una persona acusada de delito no se le tenga que representar vehementemente si es muy adinerada. La primera vertiente de análisis propuesta, la clase de asistencia solicitada por el cliente, probablemente debe ser concluyente, de manera que usualmente si se trata de un caso penal... Ahora, quizás en casos límite, como por ejemplo cuando un acusado pretende testificar a su favor algo distinto a lo que ha compartido en confidencia con su abogado, podría hacer la diferencia la segunda consideración en cuanto a los recursos del cliente. Es decir, en este último caso...

Evidentemente cada una de las dos consideraciones generales que propongo para evaluar el partidismo neutral y las prácticas aguerridas de representación pueden particularizarse mucho caso a caso. Por ejemplo, los asuntos civiles incluyen una diversidad de controversias: responsabilidad extracontractual, responsabilidad contractual, derecho de sucesiones o de familia, por mencionar algunas. Distintas controversias civiles pueden justificar distintos grados de fervor en la representación. Así, por ejemplo, en asuntos de familia en los que está en juego la relación del cliente con sus hijos, podría justificarse la defensa más aguerrida, digamos, que en una controversia contractual. No pretendo aquí delimitar esas distinciones. Sin embargo, los casos penales pueden distinguirse claramente. Y aun entre estos últimos, puede y suele distinguirse entre los menos graves, los graves y los casos de pena de muerte. De igual manera, distintos clientes pueden contar con diferentes clases de recursos. La disparidad en recursos económicos puede ser evidente, pero también puede evaluarse la disparidad en términos del nivel de educación que tengan los clientes. Además, el poder no necesariamente es económico, puede ser político o provenir de una posición de liderato religioso. Tampoco pretendo delimitar aquí

todas las posibles distinciones, sino proponer que, en términos generales, las dos vertientes señaladas deben ser evaluadas.

Al trazar estas distinciones generales, asumo posición en cuanto a lo que considero la injusticia generalizada del ordenamiento jurídico estadounidense y puertorriqueño en el trato de partes desiguales en los procesos legales. Pienso que los problemas endémicos de acceso a la justicia militan a favor de una concepción crítica del partidismo neutral y las tácticas de representación agresivas, particularmente cuando se enfrentan partes pudientes a partes desventajadas. Asumo además, los argumentos reseñados sobre la naturaleza única de los procesos penales y las particulares necesidades del sistema adversativo respecto al rol de los abogados. En Estados Unidos, la gran mayoría de las personas acusadas de delitos graves cuentan con tan escasos recursos económicos como para ser consideradas indigentes y cualificar para representación asignada por los tribunales. Solo una ínfima parte de los gastos anuales vinculados al sistema de justicia penal van dirigidos a la representación de personas indigentes. Esto implica que quienes representan a personas indigentes cuentan con una fracción de los recursos disponibles para quienes se encargan de acusarlas penalmente.¹⁵⁹ La disparidad de recursos ante el estado no es muy distinta para las personas acusadas que contratan representación privada. La mayoría no está lejos de ser indigente y no puede costear grandes gastos legales.¹⁶⁰

Para recapitular, propongo que en la evaluación que hagamos los abogados en cuanto hasta dónde resulta apropiado que lleguemos al momento de asistir o representar a nuestros clientes, debemos considerar qué clase de asistencia solicita el cliente. En la medida en que lo solicitado sea asesoría, particularmente en asuntos civiles, menos se justifica que el abogado deje a un lado sus propias consideraciones

159 L. RHODE, DEBORAH & LUBAN, DAVID, *Legal Ethics* 38, cit., p. 309. citando a RHODE, *Access to Justice*, cit., y a COLE, DAVID, *No equal justice*, cit.

160 Rhode y Luban describen la situación en los siguientes términos:
 “Defendants who hire their own counsel do not necessarily fare better... Their lawyers typically charge a flat fee, payable in advance. This practice creates obvious incentives to cut corners on factual investigation and to negotiate a quick plea bargain. Only defendants who can pay steep fees, usually in white-collar or organized crime cases, have ready access to the highly skilled advocacy that the public sees in publicized trials. Where defendants lack such resources, counsel face further temptations to curtail their advocacy. A plea bargain spares lawyers the strain and potential humiliation of an unsuccessful trial. Such settlements also preserve good working relationships with judges and prosecutors, who face their own, often overwhelming caseload demands”. – *Ibíd.*, p. 310, citando a RODE, *In the interest of justice*, cit., pp. 53 – 64; STEPHEN BRIGHT, “Keep the Dream Alive” en *Yale L. Report*, Vol. 2, Fall, 1999; y RHODE, “Access to Justice: An Agenda for Legal Education and Research”, en *Fordham L. Rev.* Vol. 69, 2001, pp.104-106.

morales o anteponga los intereses del cliente a los de otros o al interés general. En la medida en que la necesidad del cliente sea representación en un caso penal, particularmente mientras más graves sean las penas a las que se exponga, más se justifica una representación aguerrida en la que, por ejemplo, se argumente ante el juzgador una teoría que se sabe no coincide con lo realmente sucedido. De igual manera, nuestra evaluación debe tomar en cuenta los recursos con los que cuenta el cliente (o prospectivo cliente) en cuestión. En un extremo, la representación de personas con recursos escasos o módicos, justifica una representación aguerrida en la que, por ejemplo, se conainterrogue de manera agresiva a un testigo que se sabe dice la verdad. En otro extremo, la representación de grandes corporaciones o personas con enormes recursos económicos amerita que los abogados, quienes probablemente estén lucrándose bastante de su gestión, tengan en cuenta el bienestar social y los intereses de otras partes o personas más débiles.

6. Reflexiones finales

La práctica del derecho nos expone a tensiones que subyacen el propio quehacer jurídico. Como bien ha señalado Robert S. Bennett, por una parte, los tribunales, códigos de conducta profesional, profesores y tratadistas en temas de ética y responsabilidad profesional afirman que los abogados estamos sujetos a los más altos estándares de conducta. Nos dicen que somos oficiales del tribunal, guardianes del estado de derecho y que como tales, debemos promover el bienestar común. Por otra parte, las mismas autoridades, nos instruyen que debemos a nuestros clientes completa lealtad y desempeños de excelencia.¹⁶¹ Además, la realidad de “la práctica diaria empuja a abogados concienzudos a incurrir en conducta parcial e injusta”.¹⁶² Hemos visto que, de ordinario, se entiende que los deberes de lealtad y trabajo de excelencia requieren la representación aguerrida o apasionada de los intereses del cliente. Quien haya representado o asesorado clientes en su desempeño de la profesión sabrá que, no pocas veces, esas obligaciones entran en conflicto o aparentan estarlo.

En el caso específico de la defensa de personas acusadas de delito, consideraciones de política pública han pesado en el desarrollo de un estado de

161 ROBERT S. BENNETT, *Ethics, Zealous Advocacy, and the Criminal Defense Attorney*. Conferencia dictada el 8 de febrero del 2000 en el Jacob Burns Center for Ethics in the Practice of Law de la Cardozo School of Law. <https://cardozo.yu.edu/life/winter2001/bennett/> (última visita el 23 de agosto de 2017).

162 ROGER C. CRAMTON, *Furthering Justice by Improving the Adversary System and Making Lawyers More Accountable*, cit., p. 1599.

derecho conforme el cual la búsqueda de la verdad debe en muchas ocasiones ceder. A través de la historia del derecho estadounidense se han desarrollado normas que dificultan la búsqueda de la verdad en aras de asegurar otros intereses. Destacan, por ejemplo, las reglas de exclusión conforme las cuales evidencia pertinente para establecer la culpabilidad de los acusados, resulta inadmisibles en los tribunales de haberse obtenido de manera contraria a determinados estándares jurídicos. Cuando los abogados invocamos exitosamente las reglas de exclusión y logramos, por ejemplo, la supresión de un arma homicida o una confesión, resulta evidente la tensión entre distintos intereses públicos. Por una parte, el interés de que las personas culpables de delito sean condenadas, y por otra, el interés público en disuadir a los agentes de gobierno de violentar normas jurídicas en su afán de hacer valer otras. Entiendo que estas son cuestiones que ameritan tanta o más reflexión en los países latinoamericanos que han hecho una transición relativamente reciente a sistemas acusatorios.

Al principio de este escrito comenté que he dormido tranquilo al lograr resultados favorables para representados acusados de delito a los que personalmente consideraba culpables. En gran medida esto se debe a que concibo la labor de defensa en casos penales como el mantenimiento del último muro de contención frente al más peligroso ejercicio de poder del Estado. Máxime cuando se representa a personas de escasos o módicos recursos. Considero que en el contexto penal la defensa de la dignidad humana requiere no solamente una representación competente, sino ferviente. Me parece que es una obligación moral de quien acepte la encomienda de representar acusados de delito y la descarga de esa manera, incluso defendiendo a un homicida machista.

En la medida en que no expliquemos al resto de la sociedad que en el desempeño de nuestros roles como juristas van a surgir tensiones, no lograremos su comprensión. Debemos explicar o recordarle al público que la defensa agresiva en casos penales constituye una "salvaguarda contra el totalitarismo".¹⁶³ Quienes argumentan que no es necesaria en sociedades no totalitarias, pierden de perspectiva que de lo que se trata es de asegurar que la sociedad no se desbarranque camino al totalitarismo. Concibo el camino al totalitarismo como una pendiente resbaladiza y me parece que, a medida que una sociedad vaya despeñándose por ella, sería cada vez más irrelevante la labor de defensa -aguerrida o no- en los procesos judiciales de un estado cada vez más totalitario. De llegarse a tocar fondo, la labor de defensa

163 LUBAN, DAVID, *Are Criminal Defenders different?*, cit.

muchas veces será inútil hasta el punto que, en lugar del empleo de mecanismos legales, procedería la revolución.

No obstante, debemos tener en mente que la profesión jurídica en los Estados Unidos y Puerto Rico no necesariamente cuenta con guías adecuadas en cuanto a cómo resolver conflictos entre los intereses de los clientes y el bienestar común.¹⁶⁴ Me parece que no distinguir entre las tensiones asociadas a la defensa de personas acusadas de delito y aquellas asociadas a la representación y gestiones a favor de otras clases de clientes no es saludable, ni para la profesión, ni para la sociedad. En la medida en que no reflexionemos al interior mismo de la profesión sobre los distintos conflictos y las distintas opciones para atenderlos, no estaremos en posición de entablar diálogos con el público en general.

Bibliografía

- ABBE SMITH, "Defending Defending: The Case for Unmitigated Zeal on Behalf of People who have done Terrible Things", en: *Hofstra L. Rev.*, Vol. 28., 2000, pp. 925, 929.
- CHARLES P. CURTIS, "The Ethics of Advocacy", en: *Stan. L. Rev.*, Vol. 4, 1951, p. 3.
- DEBORAH RHODE, "Ethical Perspectives on Legal Practice", en: *Stanford Law Review*, Vol. 37, 1985, pp. 589, 605.
- ELLMANN, STEPHEN, "Lawyers and Clients" en: *U.C.L.A L.*, Vol. 34, 1987, p. 717.
- FREEDMAN, MONROE H, "Judge Frankel's search for truth" en: *U. Pa. L. Rev.*, , vol. 123, 1974, p. 1060.
- FREEDMAN, MONROE H, "Professional Responsibility of the Criminal Defense Lawyer: The Three Hardest Questions", en: *Mich. L. Rev.*, Vol. 64, 1966, p. 1469.
- HARRY I. SUBIN, "The Criminal Lawyer's 'Different Mission': Reflections on the 'Right' to Present a False Case", en: *Geo. J. Legal Ethics*, Vol. 1, 1987, p. 125.
- HARRY I. SUBIN, "The Criminal Lawyer's 'Different Mission': Reflections on the 'Right' to Present a False Case", en: *Geo. J. Legal Ethics*, Vol. 1, 1987, p. 125.
- KIMBERLY KESSLER FERZAN, "Torture Necessity and the Union of Law and Philosophy", en: *Rutgers L. J.*, Vol. 36, 2004, p. 184.
- L. RHODE, DEBORAH & LUBAN, DAVID, *Legal Ethics 38*, Ed. 4th, Foundation Press, 2004.
- LUBAN, DAVID, "Lysistratian Prerogative: A Response to Stephen Pepper", en: *Law & Social Inquiry*, Vol. 11, N° 4, American Bar Foundation, 1986.
- MARVIN E. FRANKEL, "The Search for Truth: An Umpire's View", Vol. 123 N° 5, *University of Pennsylvania, Law Review*, 1975.
- MONROE H. FREEDMAN, "Personal Responsibility in a Professional System", en: *Cath. U. L. Rev.*, Vol. 27, 197, pp. 191–192.

164 ROBERT S. BENNETT, *Ethics, Zealous Advocacy, and the Criminal Defense Attorney*, cit.

- MONROE H. FREEDMAN, "Personal Responsibility in a Professional System", en: *Cath. U. L. Rev.*, Vol. 27., 1978, pp. 191-192,
- MOUNTS, SUZANNE, "Premeditation and Deliberation in California: Returning to a Distinction Without a Difference", en: *U.S.F. L. Rev.*, Vol. 36, pp. 261 – 296.
- NILSEN, EVA, "The Criminal Defense Lawyer's Reliance on Bias and Prejudice", en: *Geo. J. Legal Ethics*, Vol. 8, 1994, pp. 1-3.
- RHODE , DEBORAH, *In the Interest of Justice 3*, Oxford University Press, New York, 2000.
- RHODE, "Access to Justice: An Agenda for Legal Education and Research", en: *Fordham L. Rev.* Vol. 69, 2001, pp.104-106.
- RICHARD WASSERSTROM, "Lawyers as Professionals: Some Moral Issues", en: *Human Rights*, Vol. 5, 1975, pp. 1-24.
- ROGER C. CRAMTON, "Furthering Justice by Improving the Adversary System and Making Lawyers More Accountable", en: *Fordham L. Rev.*, Vol. 70, 2002, p. 1599.
- ROGER C. CRAMTON, On Giving Meaning to "Professionalism", en: *ABA Teaching and Learning Professionalism: Symposium Proceedings*, Ed. Oct 2-4, 1996, pp. 7-8.
- SIMON, WILLIAM H, "The Ideology of Advocacy: Procedural Justice and Professional Ethics", en: *Wis. L. Rev.*, 1978, pp. 29-30. Disponible en: <https://www.scribd.com/document/349281667/THE-IDEOLOGY-OF-ADVOCACY-PROCEDURAL-JUSTICE-AND-PROFESSIONAL-ETHICS>
- SMITH, ABBE y MONTROSS, WILLIAM, "The Calling of Criminal Defense", en: *Mercer L. Rev.*, Vol. 50, 1999, pp. 443-446.
- STEPHEN BRIGHT, "Keep the Dream Alive", en: *Yale L. Report*, Vol. 2, Fall, 1999.
- STEPHEN PEPPER, "The Lawyer's Amoral Ethical Role: A Defense, a Problem, and some Possibilities", en: *Law & Social Inquiry*, Vol. 11, N° 4, 1986, pp. 613 – 634.
- STRAUSS, MARCY, "Toward a Revised Model of Attorney-Client Relationship: The Argument for Autonomy", en: *NCL Rev.*, vol. 65, 1987, p. 315
- TED SCHNEYER, "Moral Philosophy's Standard Misconception of Legal Ethics" en: *Wisc. L. Rev.* 1984, p. 1529
- WILLIAM H. SIMON, "Ethical Discretion in Lawyering 101", en: *Harv. Law Review*, Vol.1083 N° 1083, 1988.
- WILLIAM H. SIMON, *The Practice of Justice*, Harvard University Press, Boston, 1998.
- WILLIAM SIMON, "The Ethics of Criminal Defense", en: *Mich. L. Rev.*, Vol. 91, 1992, p. 1703.
- ZITRIN, RICHARD & LANGFORD, CAROL, "The Moral Compass of the American Lawyer: truth, justice, power, and Greed", en: *Responsive Community*, Vol. 9, 1999, pp. 65-68.