

## ¿Es inmoral defender como abogado causas inmorales?

Por Eduardo Rivera López

### SUMARIO:

**I. Introducción.**— **II. El sistema adversarial y el derecho de defensa.**— **III. Qué es lo que estos argumentos muestran.**— **IV. El deber social de garantizar el derecho a la representación legal.**— **V. El derecho a aceptar clientes con propósitos objetables.**— **VI. Por qué es objetable aceptar a un cliente con propósitos objetables.**— **VII. Objeciones.**— **VIII. Conclusión**

### I. INTRODUCCIÓN

La pregunta que deseo responder en este trabajo es si es moralmente incorrecto, para un abogado, representar a un cliente cuyo propósito es moralmente incorrecto o injusto. Mi respuesta a esta pregunta será que, *prima facie*, sí lo es. Y sostendré que lo es aun aceptando ciertos principios tradicionales de la ética profesional de la abogacía, tales como el derecho de defensa y el llamado principio "adversarial" de litigación.

Comienzo por hacer algunas aclaraciones preliminares. En primer lugar, la pregunta que planteo se refiere solamente al abogado que ejerce la profesión liberal. En este ámbito, la aceptación de los clientes, desde el punto de vista legal y disciplinario, es plenamente voluntaria (1). Excluyo entonces de mi consideración el caso de una representación de oficio o impuesta por alguna autoridad o tribunal (2).

En segundo lugar, la pregunta (y la respuesta) se refiere específicamente a la aceptación (o el rechazo) de un

cliente, no a la decisión de acompañar o no determinado propósito y conducta del cliente una vez que la relación abogado-cliente ya existe (3). Obviamente, cuál sea nuestra posición respecto de la primera cuestión (la que me interesa) puede tener influencia en nuestra posición respecto de la segunda. Sin embargo, ambas son cuestiones diferentes. En algún sentido, la pregunta que voy a tratar es más simple, dado que una vez que se ha establecido la relación con un cliente, existe un conjunto de compromisos que dificultan la decisión autónoma del abogado y la hacen más compleja (4).

En tercer lugar, una consideración preliminar más fundamental: qué significa que el caso que acepta (o no) el abogado o el propósito que se propone un potencial cliente es inmoral, incorrecto, objetable o injusto (términos que tomo como aproximadamente sinónimos) (5). No me refiero a un propósito claramente ilegal. Asesorar a un cliente para realizar un propósito criminal o simplemente ilegal suele estar prohibido por los Códigos de Ética, y no me interesa discutir ese caso (6). Lo que mi

(1) Ver, por ejemplo, el art. 20, Código de Ética del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal.

(2) Además de los abogados de oficio, los Códigos de Ética suelen imponer obligaciones de representación gratuita establecidas por los colegios profesionales. Por ejemplo, el Código de Ética del Colegio de Abogados de la Capital Federal establece en el art. 11 que el abogado "Debe aceptar los nombramientos de oficio o que por sorteo efectúen sus autoridades para asesorar, defender o patrocinar jurídicamente en forma gratuita a litigantes carentes de suficientes recursos, salvo excusación fundada concebida conforme al reglamento respectivo".

(3) Entiendo por aceptación no solamente aceptar al cliente como tal, sino también hacerlo dispuesto a acompañarlo en su propósito sin restricciones (al menos relevantes). Puede ocurrir que un abogado acepte a un cliente que quiere realizar algo incorrecto o inmoral, con el propósito de convalidarlo de que no lo haga, o de "reformatarlo". Este caso plantea problemas adicionales, de los que no me ocuparé. Aquí supondré que cuando un abogado acepta un caso es para seguir, en grandes líneas, el propósito fundamental del cliente.

(4) Entre otras cosas, el abogado no puede renunciar sin tomar precauciones para no perjudicar al cliente (ver el art. 21, Código de Ética del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal).

(5) Es importante aclarar que por "propósito inmoral" no me refiero a pretender realizar un conjunto de acciones con una intención inmoral, sino a pretender realizar (consentidamente) un conjunto de acciones que ellas mismas son inmorales (cuquiera sea la intención). Debo esta aclaración a Marcelo Alegre.

(6) Por ejemplo, la regla 1.2.d, *Model Rules of Professional Conduct de la American Bar Association* dice que "Un abogado no aconsejará a un cliente o lo representará en una conducta que el abogado sabe que es delictiva o fraudulenta, aunque el abogado puede discutir las consecuencias jurídicas de cualquier curso de acción propuesto con su cliente y puede aconsejar o asistir a un cliente a hacer un esfuerzo de buena fe de determinar la validez, alcance, significado o aplicación de la ley". Ciertamente, uno podría preguntarse si un abogado podría asesorar a un cliente a llevar a cabo una conducta ilegal pero

pregunta supone es que tiene sentido decir que el propósito de un cliente es inmoral o injusto, aun cuando no sea claramente ilegal.

Hay al menos tres razones generales por las cuales es posible que una conducta legal sea, sin embargo, moralmente incorrecta. La primera es que muchas veces el legislador decide no regular ciertos ámbitos de conducta por razones pragmáticas o ético-jurídicas (7). La segunda es que el derecho mismo puede ser (parcial o totalmente) injusto y permitirle a alguien realizar una conducta moralmente incorrecta. Por último, el derecho es esencialmente interpretable, y no todas las interpretaciones que puede aceptar un tribunal son igualmente adecuadas desde el punto de vista moral. Dadas estas razones (que quizá no son las únicas), no resulta sorprendente que frecuentemente juzguemos los propósitos o acciones (no ilegales) de las personas o de los clientes y reprochemos muchas veces esos propósitos o acciones. Mi único supuesto es que hay al menos algunas conductas u objetivos que un cliente puede tener que son moralmente objetables.

Los ejemplos de este tipo de propósitos pueden ser variados, y abarcan tanto el ámbito del derecho penal como el del derecho civil. Menciono algunas consideraciones generales que indican las clases de ejemplos en los que estoy pensando, aunque no pretendo que sean incuestionables. Una persona que ha cometido claramente un delito penal (ha matado, violado, sobornado, etc.) tiene el deber moral de aceptar su culpabilidad exigiendo, simplemente, la imposición de una pena justa (cualquiera sea la opinión que tengamos acerca de lo que es una pena justa). Sin embargo, una parte importante de los acusados penales culpables niega toda responsabilidad (o al menos no la admite). Una persona que ha dañado a otra o ha incumplido un contrato tiene el deber moral de compensar (o restituir, según el caso) a la persona damnificada. Nuevamente, no es lo que las personas que dañan o incumplen hacen muchas veces. Ellas buscan evitar o minimizar el pago de cualquier compensación. Tampoco es correcto, en un litigio o negociación, aprovechar la propia superioridad de recursos (económicos y jurídicos) para forzar

a la contraparte a un acuerdo desventajoso para ella (es decir, un acuerdo más desventajoso que el que alcanzaría si la relación de fuerzas fuera más equitativa). Sin embargo, esto es normalmente lo que las partes más fuertes tienden a hacer. Nótese que, en los tres casos, no es ilegal lo que se hace habitualmente: tratar de no ser castigado, tratar de no pagar compensaciones justas, hacer valer el mayor poder de negociación. Estas consideraciones son sólo tentativas, pero pueden alcanzar para imaginar algunos ejemplos concretos. Una empresa que ha contaminado a una pequeña población puede intentar, con el patrocinio de un abogado, no pagar la compensación justa (o pagar lo menos posible). Un político corrupto, acusado de haber recibido sobornos, puede intentar, con la ayuda de su abogado defensor, ser absuelto, a pesar de ser culpable. Un asesino o un violador puede alegar su inocencia y agotar, con ayuda de su abogado, todas las herramientas procesales para impedir el justo castigo (8). Un esposo, económicamente poderoso, que enfrenta un juicio de divorcio puede, junto con su abogado, presionar a su mujer, comparativamente más débil, para que acepte una división de bienes que lo favorezca, aun cuando no sea una división equitativa.

Obviamente, podría ser discutible que en estos casos el propósito del potencial cliente (no pagar una indemnización, eludir el castigo penal, salir favorecido en un acuerdo de divorcio) sea inmoral o injusto. Insisto en que no es mi propósito afirmar que se trata de propósitos incuestionablemente inmorales. Lo que los ejemplos buscan ilustrar es solamente el hecho de que tiene sentido decir que lo que hace (o se propone hacer) una persona con ayuda de un abogado es inmoral, aun cuando no implique una clara violación de la ley. Uno podría ciertamente sostener una posición escéptica que negara esta posibilidad. Volveré sobre esta objeción en la secc. VII.6, pero quiero adelantar sólo un comentario. El interlocutor que yo imagino, y con el cual esta discusión resulta interesante, no es un escéptico en materia moral. En general se acepta que las personas pueden realizar acciones objetables (aunque legales) y que un cliente también puede querer llevar adelante propósitos inmorales. El desacuerdo se refiere a

moralmente justificada (por ej., porque el derecho es injusto). Aunque el problema es interesante, simplemente lo dejo de lado y supongo que el propósito del cliente no es ilegal.

(7) Las razones pragmáticas suelen referirse a los costos administrativos de perseguir ciertas clases de conductas. Las razones de tipo ético-jurídico pueden basarse, por ejemplo, en evitar una irromisión excesiva del estado en la vida de las personas o en lograr algún fin moralmente más importante. Como veremos, las conductas que me interesan discutir en este artículo caen bajo esta última categoría.

(8) Por ejemplo, piénsese en un abogado defensor de un acusado de violación que (sabiendo fehacientemente de su culpabilidad) solicita una pericia psicológica de la víctima con el objeto de hacer dudar de su conducta o saca a la luz información que puede hacer quedar a la víctima como una "mujer fácil", para hacer dudar al juez o al jurado de que realmente no había dado su consentimiento. Richard Wasserstrom menciona el caso de las pericias como un caso en el cual los abogados se aprovechan de una ley injusta, que permite este tipo de solicitud (cuando no es permisible respecto de ningún otro delito). Ver Wasserstrom, R., "Lawyers as Professionals: Some Moral Issues", en Luban, D. (ed.), "The Ethics of Lawyers", New York University Press, New York, 1994, ps. 6/7.

## Doctrina

la conducta del abogado en patrocinar a este cliente. La visión tradicional de la abogacía es que esta inmortalidad no alcanza al abogado que ayuda, con su saber técnico, al cliente en sus propósitos, aun cuando éstos sean condenables o incluso aberrantes. Este es el punto básico que me interesa discutir.

### II. EL SISTEMA ADVERSARIAL Y EL DERECHO DE DEFENSA

Existen dos argumentos fundamentales para sostener que el abogado no es moralmente objetable por aceptar a un cliente con propósitos inmorales. De acuerdo con el primer argumento, el abogado no es alcanzado por el primer argumento, el abogado no es alcanzado por el juicio moral que merece el propósito de su cliente (y, por lo tanto, puede aceptarlo como tal) porque representar los intereses de un cliente cualquiera (independientemente del contenido de esos intereses) es funcional al sistema de adjudicación de justicia que poseemos, que es, en mayor o menor medida, adversarial (9). Doy a la noción de sistema o principio adversarial un significado muy amplio: se trata de un sistema de adjudicación en el que las partes del conflicto defienden su posición o interés de una manera activa y partisana para que, luego, un juez decida el conflicto imparcialmente. Este sistema requiere que todos puedan defender eficazmente sus intereses, y el único modo de hacerlo (al menos en la gran mayoría de los casos) es con el asesoramiento técnico de un abogado.

Este argumento depende, obviamente, de suponer que el sistema adversarial es aceptable. De otro modo, no podrían justificarse las acciones que el sistema requiere para su funcionamiento, especialmente si dichas acciones, desde el punto de vista de la moral general, son cuestionables (10). Sin embargo, no voy a discutir aquí la plausibilidad del sistema adversarial (cuya justificación, por lo demás, no es obvia). Aceptaré que se trata de un sistema legítimo de adjudicación.

El segundo argumento a favor de eximir al abogado de todo reproche por aceptar clientes con propósitos injustos recurre al derecho de defensa: todos tenemos un derecho a defender legalmente un interés frente a aquellos con los que tenemos un conflicto legal (sea otro particular o el Estado). Dado que la capacidad de defender ese interés depende de la habilidad técnica de hacerlo, dicho derecho implica un derecho a aseso-

rase técnicamente por un abogado. Para evitar discusiones de detalle, otorgo al derecho de defensa una interpretación muy amplia, que incluye, desde ya, el derecho constitucional de defensa en juicios penales, pero también incluye el derecho a defenderse frente a una demanda civil o a iniciarla. Esta interpretación amplia busca conceder el máximo ámbito de aplicación a este derecho. Ahora bien, resulta claro que el alcance del derecho de defensa será diferente en diferentes ámbitos de aplicación. Su alcance es amplio en el caso del derecho penal, razón por la cual el Estado garantiza, a través de un abogado de oficio, que el acusado tenga asesoramiento jurídico. Resulta menos claro que su alcance sea amplio en el derecho civil, salvo en algunos casos (como el derecho de familia). De cualquier modo, al igual que respecto del argumento del sistema adversarial, no voy a cuestionar el argumento basado en el derecho de defensa. Aceptaré que se trata de una consideración válida.

### III. QUÉ ES LO QUE ESTOS ARGUMENTOS MUESTRAN

Tanto en el caso del argumento basado en el sistema adversarial como en el basado en el derecho de defensa, lo que en primer lugar resulta avalado o justificado por estos argumentos es el derecho de los ciudadanos (y potenciales clientes) a defender sus intereses en el sistema judicial y de hacerlo con la ayuda técnica de un abogado (11). Este derecho incluye un derecho a llevar adelante propósitos injustos o inmorales (dentro de la ley). La industria contaminante tiene un derecho a defender su interés en no compensar. El político corrupto o el asesino serial tienen derecho a defender sus intereses en no ser castigados. Y tienen un derecho a hacer todo esto con el asesoramiento de un abogado. Es importante delenemos más cuidadosamente en la naturaleza y la justificación de este derecho.

Cuando sostengo que existe un derecho a defender intereses dentro del sistema judicial con el asesoramiento de un abogado, no me refiero ahora a un derecho legal (que, ciertamente, existe). La naturaleza del derecho al que me refiero es moral. En términos generales, que yo poseo el derecho moral a hacer X implica que los demás tienen un deber moral de no impedir (o intentar impedir) que yo haga X. Este deber incluye básicamente dos tipos de acciones: 1) no instaurar (o

(9) El término "adversarial" (que defino someramente a continuación) es un anglicismo. En castellano se suele hablar de "principio acusatorio" (en el derecho penal) y de "principio de contradicción" (en el derecho civil), aunque estos términos no reúnen exactamente el significado del término "adversarial". Agradezco a Carlos Véliz esta puntualización.

(10) Este punto es realizado lucidamente por David Luban en "The Adversary System Excuse", en "The Ethics of Lawyers" cit., p. 143.

(11) El sistema adversarial, en un sentido amplio, incluye también la actuación extrajudicial, como la negociación. En este ámbito, el argumento del principio adversarial para justificar las conductas de las partes es más débil por la ausencia de un juez imparcial. Para este punto ver Luban, David, "The Adversary System Excuse" cit., ps. 146/147.

apoyar, etc.) normas jurídicas (en un sentido amplio, que incluye normas disciplinarias) que me prohíban hacer X; ii) no realizar acciones directas que tiendan a impedir o a interferir mi hacer X (12). Si se trata de un derecho parcial o totalmente "positivo" (es decir, uno que se correlaciona con deberes activos), entonces es necesario agregar un tercer deber: iii) realizar acciones que tiendan a garantizar la satisfacción del derecho a hacer X.

Ahora bien, es fundamental para mi argumento tener en cuenta que *tener el derecho a hacer X no implica que sea correcto hacer X*. Podemos tener un derecho de hacer algo moralmente incorrecto (13). Que uno tiene un derecho (moralmente justificado) de hacer X significa solamente que está moralmente justificado que otros no interfieran o intenten impedir que uno haga X, y que, por lo tanto, se justifique también que exista una norma jurídica que garantice que uno pueda hacer X sin interferencias coactivas. Sin embargo, tener un derecho a hacer X no implica que hacer X sea correcto o que no sea moralmente objetable. Los derechos morales de una persona ofrecen razones morales a otros (para no impedirlo, en algunos casos, para ayudar). Los deberes morales de una persona ofrecen razones morales a esa persona (para hacer o no hacer algo) (14).

Para entender por qué esto es posible en el caso que nos ocupa es necesario decir algo más acerca de los argumentos presentados en la sección anterior referidos al sistema adversarial y al derecho de defensa.

Es discutible cuál es la relación entre el sistema adversarial y el derecho de defensa. Para algunos autores la justificación del sistema adversarial es que es el mejor sistema para garantizar el derecho de defensa (y otros derechos procesales). Para otros se trata de consideraciones independientes, y la justificación del sistema adversarial reside en su mejor capacidad para alcanzar decisiones justas (15). En cualquier caso, está claro que tanto el sistema adversarial como el derecho de defensa son esquemas institucionales pensados para el mundo real. En un mundo ideal, un juez perfectamente imparcial y omnisciente podría impartir justicia

sin necesidad de estos recursos. En cambio, el mundo real es imperfecto, tanto desde el punto de vista de la imparcialidad como del conocimiento. Por ello dejamos que las personas defiendan sus intereses de modo parcial y ofreciendo todo lo que ellos puedan decir en su favor, aun cuando sabemos que cometerán excesos. El derecho de defensa es especialmente operativo en el derecho penal y nos garantiza (dentro de lo posible) que ninguna persona inocente sea castigada (aun a riesgo de que personas culpables sean absueltas). El principio adversarial de litigación, por su lado, opera en ambos campos del derecho y contribuye a que todas las voces sean escuchadas y, de algún modo, controlen y compensen mutuamente sus excesos, maximizando la probabilidad de que la decisión del juez sea, finalmente, la más justa.

Ahora bien, si el sistema de adjudicación que resulta de la suma del principio adversarial y del derecho robusto de defensa tiene esta justificación, resulta claro que es compatible con que acciones particulares dentro del sistema sean moralmente incorrectas o injustas. Es un sistema que admite esas conductas inmorales o las tolera en función de un fin superior, que es encontrar una solución justa y, en particular en el derecho penal, minimizar la probabilidad de condenar inocentes. Pero esto no transforma a todas y cada una de las conductas realizadas en el contexto del sistema en conductas morales o correctas. Lo que hace es ofrecer razones morales a los demás para no impedir (o incluso, en algunos casos, ayudar a) que las partes puedan realizar esas conductas, es decir, para otorgarles un derecho a realizarlas.

Por otro lado, para determinar si una acción es moralmente permitida o prohibida tenemos que analizar las razones morales que tiene el propio agente a favor y en contra de realizarla. Estas razones son parcialmente independientes de que el agente posea o no el derecho de realizar la acción. Efectivamente, si no posee el derecho moral de hacer X, esto constituye una razón moral para no hacer X. Sin embargo, tal como señala Waldron, la posesión de un derecho a hacer X no constituye una razón para hacer X (16). Si alguien nos pide una

(12) En el caso que nos ocupa (defender jurídicamente un interés) hay obviamente una excepción, que se infiere de la propia naturaleza del sistema adversarial: a pesar de que yo tengo un derecho a defender un interés, la contraparte puede intentar impedir que yo satisfaga ese interés, pero sólo dentro de las reglas del sistema.

(13) Respecto de esta posibilidad siglo, con algunas diferencias, a Jeremy Waldron en su artículo "The Right to Do Wrong", *Ethics*, vol. 92, n. 1, 1981. Para un argumento más conceptual sobre la posibilidad lógica de tener un derecho de hacer algo incorrecto ver Enoch, David, "A Right to Violate One's Duty", *Law and Philosophy*, vol. 21, ns. 4/5, 2002. Es importante que este tipo de derecho (a hacer algo incorrecto) siempre debe entenderse como un derecho moral. Desde el punto de vista jurídico, acepto sin cuestionar la idea de que tener un derecho a hacer X implica un permiso para hacer X.

(14) Debo a Marcelo Ferrante este punto.

(15) Para una discusión acerca de la justificación del sistema adversarial, que incluye la presentación de varios de los argumentos más habituales, ver Luban, David, "The Adversary System Excuse" cit.

(16) A lo sumo posee lo que Jonathan Dancy llama una "razón justificadora" ("enabling reason"), pero no una razón a favor ("favouring reason"). Ver Dancy, J., "Ethics Without Principles", Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 38 y ss.

explicación moral de X y nos preguntara: "¿Por qué hiciste X?" (por ejemplo, por qué no ayudaste a tal persona, o por qué si ayudaste a tal persona), no tiene sentido responder: "Porque tengo derecho a hacer X". Tener un derecho a hacer X simplemente significa que los demás no deben interferir, pero no otorga una razón moral para hacer X (17). Existe entonces una suerte de independencia conceptual entre la cuestión de si alguien tiene un derecho a hacer algo y la cuestión de si hacer ese algo es moralmente correcto o incorrecto (salvo cuando la persona no tiene el derecho, en cuyo caso, como vimos, la acción es incorrecta). De hecho, muchas veces sostenemos que lo que alguien hace es criticable pero, sin embargo, tiene derecho a hacerlo, incluso un derecho moral a hacerlo. Que es objetable significa que prevalecen razones morales para no hacerlo. Que tiene un derecho significa que los demás no tenemos derecho a impedirle que lo haga.

Volviendo a los casos que nos interesan, un acusado que es (y se sabe) culpable de un delito tiene derecho a alegar su inocencia (o al menos a no reconocerse culpable). Una empresa que ha contaminado a una población tiene derecho a buscar (legalmente) no pagar compensación (o pagar la menor posible). Que estas personas tienen esos derechos significa que el resto de la sociedad tiene el deber moral de no impedir y de garantizar (en alguna medida) que legalmente puedan hacerlo. Sin embargo, esas conductas pueden ser moralmente objetables, dado que hay razones morales para no llevarlas a cabo. El marido más poderoso que su mujer tiene una razón moral para aceptar un acuerdo equitativo en la división de bienes o en la manutención de los hijos, aunque tenga un derecho a intentar forzar (dentro de lo legal) un acuerdo que lo favorezca. Naturalmente, que tiene ese derecho significa que el resto de la sociedad tiene razones morales para no impedirle que lo haga, o incluso para garantizarle que pueda hacerlo (razones que se fundan en el valor del sistema adversarial y/o del derecho de defensa). Pero esto no afecta a sus razones morales para no hacerlo.

#### IV. EL DEBER SOCIAL DE GARANTIZAR EL DERECHO A LA REPRESENTACIÓN LEGAL

Hemos concluido entonces que existe un derecho (moral), por parte del potencial cliente, de defender su interés con ayuda de un abogado, aun cuando ese interés sea injusto o moralmente objetable. Este derecho se correlaciona con el deber inespecífico de que algún abogado acepte cada uno de los casos en los que los ciudadanos quieren defender sus intereses. Lla-

mo "inespecífico" a este deber porque no implica que cada uno de los abogados tenga el deber de aceptar cada uno de los casos. Tampoco implica (al menos sin agregar algún supuesto adicional) que cada uno de los abogados tenga el derecho o (menos aún) la permisión moral de aceptar. Sólo implica que, de algún modo, la sociedad debe garantizar, hasta cierto punto, que las personas no queden sin un abogado que los represente, y puedan así ejercer el derecho que el sistema de adjudicación les otorga a defender sus intereses.

El alcance de este deber social inespecífico depende de cuál sea el alcance que le otorguemos al derecho a defender los propios intereses dentro del sistema de adjudicación. Si pensamos que tal derecho implica una garantía efectiva de tener un abogado para cualquier caso posible (aun cuando no se tengan los recursos para pagarlo), entonces el deber social correlativo será más fuerte: se deberá garantizar que cada ciudadano tenga un abogado, cualquiera sea el propósito. Si, en cambio, pensamos que ese derecho sólo implica una garantía mínima de no ser rechazado por todos los abogados disponibles, entonces el deber correlativo será más débil. Otras combinaciones son posibles. No pretendo ahora definir el alcance de este deber, dado que mi argumento no depende de ello. Llamaré "deber social de garantizar la representación legal" a este deber inespecífico, cualquiera sea el alcance que consideremos adecuado otorgarle en cada una de las áreas del derecho.

#### V. EL DERECHO A ACEPTAR CLIENTES CON PROPÓSITOS OBJETABLES

Existen diversos modos de satisfacer el deber social de garantizar la representación legal, y está muy lejos de ser obvio que el modo en el que de hecho se distribuyen los servicios jurídicos sea mínimamente aceptable (18). Ahora quisiera ser nuevamente conciso y aceptar que el mejor modo de satisfacer el deber social de garantizar la representación legal es otorgar un derecho a los abogados a aceptar los casos, independientemente del propósito que se persiga. Dado que este derecho no se sigue inmediatamente del deber mencionado, el paso requiere algún comentario.

El punto fundamental es qué se sigue moralmente, desde el punto de vista de un abogado individual, del deber social de garantizar la representación legal. Al respecto existen las siguientes alternativas. En primer lugar, este deber social podría generar un deber individual de cada abogado de aceptar (en la medida de lo

(17) Waldron, "The Right to Do Wrong" cit., ps. 27/28.

(18) Ver Wertheimer, Alan, "The Equalization of Legal Resources", Ed. Philosophy & Public Affairs, vol. 17, n. 4, 1988, para la cuestión de la desigualdad entre las partes en un litigio, y Luban, David, "Lawyers and Justice: An Ethical Study", Princeton University Press, Princeton, caps. 11 y 12, 1988, para la cuestión del acceso a un mínimo aceptable de recursos legales.

posible) todos los casos que les sean propuestos. Esto resulta contrario al principio de libertad profesional que figura normalmente en los Códigos de Ética profesional y que he asumido al comienzo (19).

En segundo lugar, el deber social podría generar una razón para prohibir legalmente e impedir que un abogado acepte clientes con propósitos inmorales. Esto equivaldría a quitarle el derecho al abogado a aceptar estos casos. A pesar de que no es imprescindible para mi argumento excluir esta alternativa (dado que si no existiera el derecho de aceptar, tampoco existiría el permiso y sería, por lo tanto, incorrecto hacerlo), sin embargo, creo que hay razones para considerarla excesiva y contraproducente, al menos en la mayoría de las circunstancias. En primer lugar, quitarles a los abogados el derecho a aceptar cualquier caso implicaría ejercer un control estatal sobre la cualidad moral de las causas, lo cuales contrario al espíritu liberal del sistema de adjudicación. En segundo lugar, el propio sistema adversarial y el derecho de defensa podrían verse afectados cuando una causa es aparentemente inmoral pero no lo es realmente. Así como dejamos que las personas avancen en sus intereses, aun cuando sean inmorales, debemos dejar (permitir legalmente) que los abogados representen esos intereses. Nótese, sin embargo, una vez más, que esto es enteramente compatible con que avanzar en estos intereses y representarlos como abogado sea moralmente condenable.

En tercer lugar, el deber social de garantizar la representación podría generar, además de un derecho, un permiso moral individual de aceptar cualquier caso (incluso casos inmorales). Contra esta alternativa argumento en la sección siguiente.

## VI. POR QUÉ ES OBJETABLE ACEPTAR A UN CLIENTE CON PROPÓSITOS OBJETABLES

¿Por qué no tienen los abogados, además del derecho, también el permiso moral de aceptar causas inmorales? ¿Por qué es incorrecto hacerlo? Para determinar si la acción de aceptar representar un interés injusto o inmoral es, ella misma, inmoral tenemos que realizar

el mismo tipo de pregunta que hicimos al referirnos al propio cliente: ¿cuáles son las razones que militan a favor y en contra de hacerlo. Inevitablemente, estas razones serán *prima facie*, es decir, derrotables en casos particulares. Como veremos, siempre podemos encontrar situaciones en las cuales estas razones sean superadas por otras de signo contrario. Sin embargo, en la gran mayoría de los casos no parece haber razones morales para aceptar este tipo de casos. Puede haberlas en casos excepcionales, que mencionaré más adelante, pero, en la enorme mayoría de los casos, no existe ninguna razón para aceptar. En cambio, sí existen razones fuertes para no aceptar.

La razón fundamental para no aceptar a un cliente que pretende llevar adelante un propósito inmoral es obvia: no es moralmente correcto ayudar a alguien a hacer algo incorrecto. Como vimos, el cliente también tiene derecho a llevar adelante su propósito a pesar de no tener un permiso moral para hacerlo. Si la conducta del cliente es incorrecta, contribuir específicamente y con plena conciencia a que esa conducta se realice tiene que ser también (*prima facie*) incorrecto.

Debe recordarse que aquí ya no resultan relevantes las consideraciones referidas al sistema adversarial o al derecho de defensa. Esas consideraciones alcanzan (he concedido) para otorgar un derecho a aceptar, pero no dan una razón para hacerlo (20). Esas consideraciones tampoco anulan las razones morales para no hacerlo. Supongamos que yo tengo derecho a entrar en cualquier asociación o club, pero tengo una razón moral para no hacerlo en la asociación P (por ejemplo, P es un club racista). El hecho de tener un derecho a asociarme a P no anula ni disminuye mi razón en contra de hacerlo (21). Del mismo modo, el tener un derecho a aceptar un cliente con un propósito injusto no afecta a la razón moral que tengo de no aceptarlo (22).

Existen otras razones adicionales para no aceptar causas inmorales. En primer lugar, los recursos destinados a la representación de la causa injusta podrían ser destinados a otras más loables (o al menos no injustas). Esto es particularmente importante en un país en el

(19) Uno podría cuestionar este supuesto de libertad profesional y sostener que existe un deber moral *prima facie* de aceptar todos los clientes. No exploro aquí esta posibilidad que, ciertamente, la visión tradicional que discuro no defiende.

(20) Salvo que quedara sin satisfacerse el derecho del cliente a tener asesoramiento legal. Nótese que en este caso, además de justificarse una permisión moral para aceptar, habría un deber de aceptar. Trataré este punto en la sección siguiente (objección 1).

(21) Ejemplos similares pueden encontrarse en Waldron, "The Right to Do Wrong" cit., p. 21.

(22) Recordemos, además, que se concede (salvo en casos de patrocinio de oficio o impuesto) un derecho a no aceptar (ver, por ejemplo, el art. 20, Código de Ética del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal). Es interesante notar que respecto de este derecho ocurre algo similar (de signo opuesto) al caso del derecho de aceptar. Aun considerando un derecho amplio a no aceptar casos (como el art. 20 mencionado), puede haber casos en los cuales sea moralmente objetable no aceptar. Por ejemplo, puede ser objetable no aceptar un caso de alguien con un propósito loable o importante, o de una persona sin recursos. Con todo, las razones morales tendientes a lograr propósitos loables suelen considerarse más débiles que las razones morales tendientes a evitar propósitos objetables.



## Doctrina

que los recursos jurídicos distan de estar distribuidos aceptablemente. En segundo lugar, en muchos casos la representación de una causa injusta típicamente contribuye a que otras causas injustas sean exitosas, especialmente cuando el caso tiene relevancia institucional (recursos extraordinarios, a la Corte Suprema, causas de interés público, etc.). Estas razones pueden ser consideradas de mayor o menor peso, pero debe tenerse en cuenta que no son contrarrestadas por ninguna razón moral en sentido opuesto, al menos en la generalidad de los casos.

Ciertamente, hay situaciones en las cuales se puede argumentar que, a pesar de tener razones morales para hacer Y y no tener razones morales en contra de hacer Y, sin embargo, no es verdad que deba hacer Y. Aplicado a nuestro caso, podría argumentarse que a pesar de tener razones morales para rechazar casos inmorales y no tener ninguna razón moral para aceptarlos, sin embargo, no es verdad que tengo un deber de rechazarlos. Los casos en los que este tipo de posibilidad se da más plausiblemente son los de acciones supererogatorias. Quizá tengo una razón moral para donar dinero para una causa noble y no tengo ninguna razón moral en contra de hacerlo. Sin embargo, no se sigue que tengo el deber de donar. Este argumento es plausible cuando las razones favorables a hacer Y son razones de beneficencia. Tal cosa ocurre en el caso de donar para ayudar a los pobres (suponiendo que consideramos que hacerlo obedece solamente a un deber de beneficencia). En cambio, no ocurre en el caso de rechazar un caso inmoral. Un cliente con un propósito inmoral es, típicamente, uno que pretende llevar a cabo un tipo de conducta que causa algún tipo de daño a otros o a la sociedad. La empresa que desea no pagar la indemnización o el corrupto que desea evadir el castigo justo le hacen un mal a otros o a las instituciones, en un sentido bien claro, si consiguen su propósito. En los casos en los que la razón para realizar Y es evitar un mal, sí puede decirse que si existen razones *prima facie* para realizar una acción Y y no existe ninguna razón *prima facie* en contra de realizarla, debo, *prima facie*, hacer Y (23).

Obviamente, en casos particulares puede haber razones que apoyen la aceptación. Puede haber casos en los que defender una causa injusta sea necesario para defender otro valor más importante. Tal es el caso de

los abogados que, en nombre de la libertad de expresión, han defendido en los Estados Unidos a miembros del Klu Klux Klan (24). Otro caso es el de defender causas injustas que reportan mucho dinero cuando esto es necesario para defender otras causas que podrían, de otro modo, quedar sin representación legal adecuada (25). Un estudio jurídico (o incluso un abogado individual) podría tomar la defensa de un político corrupto y justificarla diciendo que esto le permite obtener los recursos para defender perseguidos políticos, o indigentes, o causas ambientales (26).

Estos argumentos son, ciertamente, atendibles en casos concretos y pueden, efectivamente, desplazar el deber moral de no aceptar determinados clientes. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el solo hecho de aceptar que es necesario tener alguno de estos justificativos para legitimar la aceptación de una causa inmoral revela que, en principio, dicha aceptación no se justifica. Es necesario derrotar la presunción moral contraria a hacerlo.

## VII. OBJECIONES

1. La objeción que parece a primera vista más evidente es que el abogado sí tiene una razón moral para aceptar a un cliente, aun cuando su propósito sea inmoral: satisfacer el derecho de este potencial cliente a la representación. Si el cliente tiene el derecho a defender su interés con la ayuda de un abogado, al punto de que el Estado le garantizará (en mayor o menor medida) que le sea proveída la asistencia legal, entonces resulta extraño que un abogado cualquiera no tenga un permiso moral (y no sólo un derecho) para aceptar. En otras palabras, es implausible que sea incorrecto hacer algo que es necesario para satisfacer un derecho de otra persona.

Sin embargo, la cuestión es un poco más compleja, y nos obliga a volver una vez más a la justificación del derecho del cliente a defender, dentro de la ley, intereses injustos. Este derecho, como vimos, se basa en el sistema de adjudicación que contiene, básicamente, el principio adversarial y el derecho de defensa. Este sistema, hemos supuesto, se justifica sobre la base de las imperfecciones epistémicas y morales que ocurren en el mundo real. El derecho que surge de este sistema de adjudicación es el de defender sin interferencia los

(23) Utilizo en este párrafo la letra Y para indicar una acción correcta (rechazar un caso inmoral); antes utilicé X para indicar la conducta opuesta, incorrecta (aceptar un caso inmoral).

(24) El caso es citado con este mismo propósito por Gargarella, Roberto en "¿A quién sirve el derecho? La ética profesional del abogado en una sociedad desigual" JA 2009-III-5, p. 34.

(25) No defiendo este argumento consecuencialista. Simplemente digo que es un argumento posible y no claramente descartable.

(26) Aquí estoy suponiendo que defender perseguidos políticos, indigentes o causas ambientales es moralmente superior a defender políticos corruptos o empresas contaminantes. Como siempre, esto es discutible. Nuevamente, el lector puede reemplazar estos ejemplos por otros.

intereses dentro del sistema. El aspecto de derecho positivo (es decir, de un derecho que se correlaciona con un deber activo de proveer un servicio), que consiste en este caso en garantizar efectivamente el asesoramiento técnico legal para poder avanzar ese interés dentro del sistema de un modo eficiente, sólo aparece subsidiariamente, cuando, por alguna razón (económica o de otro tipo), ese derecho se encuentra en peligro. Este riesgo se manifiesta de modo diferente en el derecho penal y civil. En cualquier caso, desde el punto de vista de un abogado profesional (no de oficio), el hecho de que, en última instancia, el potencial cliente tenga un derecho positivo al asesoramiento legal no le da a él una razón moral para aceptar el caso, salvo que ese derecho se encuentre en peligro. Nótese que se acepta sin discusión la libertad del abogado de no aceptar clientes. Esto se debe a que no existe, en principio, una razón moral para aceptar. La razón moral para aceptar recién aparece cuando el cliente corre peligro de quedar sin representación. En este caso es el Estado el que, mediante mecanismos diversos, garantiza que ello no ocurra. Si esto es así, entonces el hecho de que el cliente tenga un derecho a defender un interés moral o injusto no otorga un permiso (moral) al abogado a aceptar a ese cliente, en la medida en que otros abogados ejerzan su derecho a aceptar o, en definitiva, el Estado ejerza su obligación de imponerle el caso a un abogado de oficio.

Nótese que cuando el Estado ejerce su obligación lo hace siguiendo razones morales diferentes de las que sigue un abogado particular. El Estado (al menos idealmente) busca, en primer lugar, garantizar que el sistema de adjudicación funcione sin excepciones, para todos los casos. En segundo lugar, busca evitar desigualdades en la satisfacción del derecho a defender un interés (27). Por ello se justifica que un abogado de oficio sea tan celoso en la defensa del caso asignado como el abogado profesional en la defensa de su cliente. En cambio, el abogado particular no actúa por este tipo de razones. Él no es responsable por el funcionamiento sin excepciones del sistema, ni por la igualdad entre los ciudadanos. Por lo tanto, el derecho del cliente a avanzar un interés injusto no le crea a él ninguna razón moral para contribuir a que ese derecho sea debidamente garantizado.

2. Otra posible objeción a mi argumento es que no es moralmente universalizable. Si todos los abogados aceptarían mi punto de vista (no aceptar clientes con malos propósitos), algunos clientes podrían quedar sin representación adecuada, cosa que viola el derecho de defensa y socava el sistema adversarial (ambas cosas

que he aceptado). En el caso del derecho penal y de familia este riesgo no existe, dado que hay una garantía efectiva del Estado de proporcionar asesoramiento legal. En otras ramas del derecho civil el riesgo de que un potencial cliente no encuentre fácilmente un abogado dispuesto a aceptar llevar adelante un propósito inmoral no es necesariamente atentatorio del derecho de defensa o del sistema adversarial, salvo en los casos extremos en los que no es posible encontrar un abogado que acepte. Sin embargo, estos casos son muy improbables. En estos casos improbables el Estado es el que debe hacerse cargo de garantizar la satisfacción del derecho a la representación. En la enorme mayoría de los casos no existe el menor riesgo de que se afecte el derecho a tener un asesoramiento adecuado, dado que existen otros abogados dispuestos a ejercer su derecho a aceptar esos casos.

3. En relación con este último punto, Michael Bayles argumenta que si otro abogado aceptará una causa inmoral en caso de que yo no lo haga, no puede ser incorrecto que yo acepte, *ceteris paribus* (28). Si el resultado dañoso va a ocurrir de cualquier modo, no puede ser incorrecto que sea yo el que lo causa en lugar de que sea otro. Bayles llama a este argumento "argumento de la no diferencia". El argumento parece atractivo a primera vista pero, sin embargo, es altamente contraintuitivo. Un sicario no tiene permitido matar por el hecho de saber con seguridad que si él no acepta el encargo, otro sicario lo hará. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que el argumento de la no diferencia es *ceteris paribus*. Esto significa que no es incorrecto que yo tome el caso en lugar de otro, siendo todo lo demás igual. Esta cláusula es muy difícil que se cumpla en el mundo real. En el mundo real (por ejemplo, en nuestro medio) existen innumerables cosas que un abogado puede hacer en lugar de tomar un caso moralmente objetable: defender personas cuyo derecho de defensa está comprometido, defender causas moralmente loables, etc. Todas estas acciones de valor moral positivo, alternativas a defender causas inmorales, no se producirían si uno aceptara esas causas, dado que los otros abogados (aquellos que sí aceptarían las causas inmorales si uno no lo hiciera) difícilmente las realizarían (si uno sí aceptara esas causas inmorales).

4. Otra objeción es la siguiente: supongamos que la posición que yo defiendo fuera internalizada por los abogados y, por lo tanto, la defensa de cierto tipo de clientes o de causas fuera considerada inmoral (a pesar de existir un derecho a aceptarlos). Esto parece habilitar el reproche moral por parte del resto de los abo-

(27) Agradezco a Marcelo Ferrante este último punto.

(28) Bayles, Michael, "A problem of clean Hands", en M. Davis y F. Eiliston (comps.), "Ethics and the Legal Profession", Ed. Prometheus, Amherst, New York, 1986, ps. 431/432.



gados y de la sociedad en general a los abogados que acepten este tipo de causas. Podría pensarse que se trata de un escenario peligroso. Personas que son totalmente sindicadas como pertenecientes a ese tipo de potenciales clientes podrían no obtener una defensa adecuada, y los abogados dispuestos a aceptarlas serían objeto de condena social injusta. Un político aparentemente corrupto podría ser inocente (o no pre-tender más que una condena justa). Una empresa aparentemente contaminante podría estar en regla (o estar justificada en contaminar). Sin embargo, si defender políticos corruptos o empresas contaminantes recibe la condena social que normalmente reciben las conductas consideradas moralmente condenables, estas personas no podrían acceder (o tendrían dificultades para acceder) a una buena defensa, y los (pocos) abogados dispuestos a aceptar serían injustamente discriminados.

Esta es sin duda una objeción fuerte. Sin embargo, depende de realizar una inferencia errónea a partir de mi tesis. Ella dice que los abogados que aceptan representar clientes con propósitos moralmente objetables hacen (*prima facie*) algo moralmente incorrecto y son, por ello, reprochables. Ahora bien, hay una distancia (sutíl) entre, por un lado, realizar una conducta incorrecta u objetable y ser moralmente reprochable por ello y, por otro, que las demás personas estén habilitadas (justificadas, legitimadas) para reprochar a la persona que la realiza. Que una persona sea reprochable por realizar una conducta incorrecta significa que merece un reproche, no que los demás pueden, sin más, reprocharla. Puede haber razones (morales) que impidan este reproche. Por ejemplo, otros pueden no tener autoridad moral para reprochar, o hacerlo puede generar un daño a terceros. En el caso de defender causas injustas existe ciertamente un riesgo de estigmatización de determinados tipos de causas, si se generalizara una práctica de reproche hacia los abogados que las aceptan. Por ello el resto de la sociedad debería ser muy cauto antes de lanzar reproches hacia aquellos que aceptan casos que pertenecen a este tipo. Debería escuchar las razones del abogado en cuestión a favor de aceptar el caso. Debe notarse que todo esto, o incluso la posición más radical que prohibiera todo tipo de reproche, es totalmente independiente y compatible con mi tesis fundamental: que los abogados que toman causas para ayudar a un cliente a hacer algo moralmente incorrecto hacen algo moralmente incorrecto y son, en principio, reprochables por ello.

Por otro lado, debe notarse también que el riesgo de un efecto estigmatizador existe respecto de cualquier norma moral. Por ejemplo, suponíamos que es moralmente incorrecto ayudar a escapar a personas que es-

tán en la cárcel. Sin embargo, puede haber casos en los que esto se justifique. La persona que lo hace en uno de estos (pocos) casos corre el riesgo de ser citada injustamente por pertenecer su conducta a una clase de conducta sospechada (ayudar a escapar de la cárcel). Sin embargo, esto no nos impide afirmar que, *prima facie*, no debemos realizar esa conducta.

5. He argumentado que lo objetable del abogado que representa a un cliente con un propósito objetable es que, normalmente, es incorrecto ayudar a alguien a hacer algo incorrecto. Sin embargo, esto podría ser cuestionado. Podría pensarse que existe algo así como una "división del trabajo moral", de modo tal que ayudar a alguien con un servicio que puede utilizarse para algo bueno o para algo malo no necesariamente afecta al que ayuda cuando ese servicio es usado para hacer algo malo. Por ejemplo, el vendedor de cuchillos no hace algo incorrecto al venderle un cuchillo a alguien que tiene el propósito de usarlo para asesinar, aunque el vendedor sepa que ése será su uso. Él cumple con su función (vender cuchillos), y no es criticable por ello. El abogado ofrece un servicio que también puede usarse para algo bueno y para algo malo. El hecho de que el cliente lo use para algo malo no hace criticable al abogado (29).

Notése, sin embargo, que yo no he dicho que es siempre incorrecto ayudar a realizar una conducta incorrecta. Puede haber casos en que no lo sea. Puede haber casos en los que, todo considerado, no sea incorrecto que un abogado represente a alguien que desea llevar adelante un propósito objetable. Mi punto es que hay una razón moral para no hacerlo, tal que hacerlo toma, en principio, incorrecto. En este sentido, estaría dispuesto a sostener que si el vendedor sabe que el cuchillo que él le vende será usado para matar, él tiene una razón para no venderse lo (aunque sepa que el asesino lo podrá comprar en otro negocio). Por otro lado, y aun cuando esto sea dudoso, es importante señalar que el caso del vendedor no es suficientemente análogo al caso del abogado. El vendedor de cuchillos vende un objeto que, en sí mismo, puede ser utilizado para un fin bueno (cortar comida) y un fin malo (acuchillar a alguien). El abogado que asesora a un cliente para un fin determinado no le da algo que el cliente puede usar para cualquier fin, sino que el asesoramiento está destinado precisamente a ese fin. Un caso más parecido al del abogado es el de un editor que le publica a un nazi un libro en defensa del nazismo. En este caso es defendible que el editor tenga derecho a publicar ese libro (al igual que el autor a escribirlo y publicarlo), aunque hacerlo sea profundamente objetable. En este caso el derecho del autor nazi de dar a conocer sus ideas, así como el derecho del editor de ayudarlo en

(29) En versiones algo diferentes, debo esta crítica a Carlos Véliz y a Marcelo Alegre.

ese propósito, están justificados por el principio de libertad de expresión. Sin embargo, este derecho no excluye que podamos objetar moralmente al autor y a su editor.

Por otro lado, la posición de la división del trabajo moral lleva a una asimetría que resulta difícil de sostener. Cuando un abogado ayuda a un cliente para una causa noble (por ejemplo, ayuda a un perseguido político inocente a salir de la cárcel), alabamos su conducta profesional y la consideramos noble. No se entiende por qué no tendría que ocurrir lo mismo (pero de signo contrario) cuando un abogado ayuda a un cliente para una causa inmoral.

6. Por último, mi posición parece suponer que es posible determinar objetivamente qué causa es justa o injusta y que los abogados tienen acceso a esa determinación. Los abogados, de internalizar el criterio defendido en este trabajo, se erigirían en una suerte de tribunal moral que establecería qué causas son dignas de ser defendidas y cuáles no. Esto sería, además, antidemocrático, dado que el abogado estaría reemplazando la autoridad del legislador (democrático), quien ha establecido lo que el cliente puede o no puede hacer (30).

Creo que esta objeción parte de un malentendido. A lo largo de mi argumento he concedido el derecho de los potenciales clientes a defender cualquier causa (dentro de la ley). También he concedido el derecho de los abogados a aceptar cualquier causa (dentro de la ley). He incluso concedido que este derecho no es solamente un derecho jurídico o disciplinario, sino un derecho moral, es decir, una consideración moral que prohíbe a otros impedir (o intentar impedir) que el abogado acepte este tipo de casos, y que otorga una razón para que exista un derecho jurídico y disciplinario a aceptar este tipo de casos. Todo esto lo he concedido sobre la base del valor del sistema adversarial y del derecho de defensa. Sin embargo, he intentado mostrar que todo esto es independiente de la cuestión de si el propósito que persigue un potencial cliente es moral o inmoral, correcto o incorrecto, loable o criticable. Y es compatible con que ese propósito sea inmoral, incorrecto o criticable. Del mismo modo, el derecho del abogado a representar clientes con propósitos inmorales es independiente de la cuestión de si la conducta del abogado

de patrocinar a un cliente determinado es correcta o incorrecta, loable o criticable; y es compatible con que su conducta sea incorrecta y criticable. Desde este punto de vista, ayudar a alguien a hacer algo objetable, salvo que exista alguna consideración en contrario, es objetable. Salvo que el sistema adversarial o el derecho de defensa estuvieran en peligro, las consideraciones basadas en ellos no alcanzarían para refutar esta afirmación. Si alguien quiere engañar a otro y necesita nuestra ayuda, no nos convertimos en tribunales paternalistas o antidemocráticos si nos negamos a prestar esa ayuda. Tampoco aceptamos el argumento escéptico que rechaza que haya propuestas objetivamente inmorales. Simplemente no nos prestamos a que nos usen con un fin inmoral. Desde este punto de vista, la situación del abogado es la misma: la de alguien a quien se necesita para realizar algo moralmente objetable. Si hacer esto es (en principio) objetable fuera de la profesión, no hay ninguna razón para pensar que no lo es dentro de ella (31).

## VIII. CONCLUSIÓN

La conclusión de mi argumento es, entonces, que, aun cuando existe un derecho moral a aceptar causas injustas, es en principio moralmente objetable hacerlo. Quisiera terminar haciendo algunas consideraciones acerca del alcance de esta tesis.

En primer lugar, se trata de un deber *prima facie* de no aceptar causas injustas. Como hemos visto, puede haber razones que desplacen este deber. Puede haber casos en que aceptar sea necesario, por ejemplo, para preservar un valor superior (la libertad de expresión u otro), o para mejorar la asistencia legal de otras causas más loables. En segundo lugar, la incorrección de una conducta es una cuestión gradual: hay conductas más incorrectas y conductas menos incorrectas. Y existe una zona gris de casos dudosos, en los que no es claro si se trata realmente de una conducta incorrecta. Con estas dos aclaraciones, lo que la tesis de este artículo dice en definitiva es que: i) hay ocasiones en las que existe una razón moral *prima facie* para no aceptar a un cliente; ii) una razón de esta clase es la inmoralidad o injusticia del propósito que tiene el potencial cliente; iii) esa razón debe ser balanceada con otras razones morales que puedan militar a favor de la aceptación; iv) si luego del balance persiste la razón en contra de

(30) Una objeción de este tipo puede encontrarse en Monroe Freedman, "Personal Responsibility in a Professional System", en Luban, D., "The Ethics of Lawyers" cit., p. 85.

(31) Una posición diferente de esta objeción es la de Duncan Kennedy, quien también sostiene que no hay que aceptar causas injustas. Sin embargo, él propone que cada abogado rechace aquellas causas en él considera injustas. Ver Duncan Kennedy, "The Responsibility of the Lawyers for the Justice of Their Causes", Texas Tech Law Review, vol. 18, 1986, p. 1162. Yo, en cambio, supongo que existe cierto acuerdo mínimo acerca de la calidad moral de ciertas conductas. Como dije al comienzo, discuto con quien acepta que hay clientes con propósitos inmorales pero, al mismo tiempo, rechaza que el abogado que ayuda tenga alguna responsabilidad.

## Jurisprudencia anotada

aceptar, aceptar es moralmente incorrecto; v) la inco-rección puede ser mayor o menor, de acuerdo con el peso relativo de las razones en juego.

Puede pensarse que estas consideraciones referidas al balance de razones debilitan la idea fundamental de que es incorrecto defender causas injustas. Muestran, ciertamente, que las decisiones morales son complejas. Sin embargo, no habría que dejarse tentar excesivamente por estas consideraciones. Es muy fácil (y nu-mano) hacer racionalizaciones para legitimar las pro-

pias decisiones ante uno mismo y ante los demás. Si mi argumento es plausible, debería contribuir a evitar este mal, al ayudarnos a entender con más claridad por qué cuando un cliente se propone hacer algo que es claramente incorrecto o inmoral, el abogado que le ayuda a este propósito también hace algo que, *prima facie*, es moralmente incorrecto o inmoral, a pesar de que tiene un derecho moralmente justificado a hacerlo. Recurrir, como se hace habitualmente, al derecho de defensa y al sistema adversarial no alcanza para inmu-nizar al abogado de la crítica moral (32).

## Jurisprudencia anotada

### DAÑOS Y PERJUICIOS

**Responsabilidad de los medios de prensa – Derecho a la libertad de expresión – Dere-cho al honor – Doctrina de la real malicia – Alcances – Publicación periodística involu-crando aspectos personales y profesiona-les relativos a un juez federal**

1 – Teniendo en cuenta que el a quo aplicó errónea-mente el derecho, al otorgar supremacía a las reglas de la responsabilidad que surgen del Código Civil frente a las –sin dudas superiores en jerarquía– reglas de pro-tección del derecho a la libertad de expresión, tal como han sido formuladas en la doctrina de la real malicia, corresponde revocar la sentencia recurrida en cuanto los responsables por los daños y perjuicios reclamados por determinado juez federal como consecuencia de la publicación de una nota periodística con opiniones crí-ticas relativas a su desempeño profesional –del dicta-men del procurador general de la Nación–.

2 – La doctrina de la real malicia es una ponderación de los intereses en conflicto que se aparta, por razones de diseño constitucional, de las reglas corrientes del derecho de daños, otorgando un mayor valor al asegu-ramiento de la libertad de expresión futura que a una eventual lesión al honor –del dictamen del procurador general de la Nación–.

3 – Quien entable demanda por daños y perjuicios con-tra un medio periodístico deberá acreditar que este tuvo o debió tener conocimiento de la falsedad o posible falsedad objetiva de las expresiones publicadas, no pu-diendo dicho conocimiento ser acreditado mediante

una presunción, debiendo, por el contrario, ser materia de prueba por parte del supuesto damnificado.

4 – No habiendo el accionante aportado elementos que permitan aseverar que el diario demandado conocía la falsedad de la referida información o que obró con notoria despreocupación acerca de su verdad o falsedad, co-responde admitir los agravios de los recurrentes y re-vocar la sentencia recurrida en cuanto los condenó a in-demnizarle el daño moral padecido como consecuencia de los dichos supuestamente lesivos para su honor.

5 – El estándar de la real malicia sostiene que tratán-dose de informaciones referidas a funcionarios públi-cos, figuras públicas o particulares involucrados en cuestiones de esa índole, aun si la noticia tuviere ex-pressiones falsas e inexactas, los que se consideran afectados deben demostrar que quien emitió la expre-sión o imputación conocía la falsedad y obra con real malicia, esto es, con el exclusivo propósito de injuriar y calumniar y no con el de informar, criticar o incluso, de generar una conciencia política opuesta a aquella a quien afectan los dichos.

6 – Toda vez que el carácter difamatorio que se le atribuye a la nota impugnada no supera el nivel de tolerancia que es dable esperar de quien desempeña la magistratura cuando se lo critica en su esfera de actuación pública, corresponde rechazar su pretensión indemnizatoria por el supuesto daño moral padecido como consecuencia de la misma.

**CORTE SUP., 16/11/2009 – Bugo, Jorge A. v. Lanata, Jorge y otros**

*Con nota de DAMIÁN AVALLÉ*

(32) Agradezco los comentarios y críticas de Marcelo Alegre, Marcelo Ferrante, Roberto Gargarella, Martín Hevia y Carlos Véliz.