

Cómo el enseñar teoría ética y política podría ayudar a resolver dos de los mayores problemas de la profesión legal

que los métodos actuales de enseñanza. Finalmente, la cuarta parte menciona ejemplos de qué tipos de cursos podrían ser enseñados y qué aprenderían los estudiantes de ellos.

1. Los problemas

1.1. La infelicidad de los abogados

La evidencia estadística indica que los abogados, como conjunto, son infelices. Un estudio sugiere que la tasa de depresión de los abogados es más de tres veces la tasa de la sociedad en su conjunto, una vez que son consideradas las tendencias socio-económicas similares⁽¹⁾. Otro estudio halló que la depresión es dos veces más común en la profesión legal que en la sociedad en conjunto⁽²⁾. Este último estudio también midió las tasas de depresión de los estudiantes ingresantes a la facultad de Derecho y halló tasas similares a las de la sociedad, abriendo la posibilidad de considerar que el Derecho simplemente atrae a quienes son más propensos a la depresión⁽³⁾. Un tercer estudio halló que cerca del 21% de los abogados y el 15% de las abogadas son obsesivo-compulsivos, tasa considerablemente mayor al 1.4-2% de la población en general⁽⁴⁾. Este estudio también halló que el 30% de los abogados y cerca del 20% de las abogadas sufren de desorden generalizado de ansiedad, comparado al 4% de la población en general⁽⁵⁾. Más aún, un estudio estimó que uno de cada cinco abogados podría ser considerado “clínicamente deprimido y en necesidad de tratamiento”⁽⁶⁾. Y en 1990 un estudio de la *American Bar Association* (en adelante, ABA) señaló que la insatisfacción con el trabajo era “reportada en varias ocasiones por abogados en todas las posiciones, tanto socios como asociados junior”⁽⁷⁾. Este estudio halló que solo un tercio de los abogados encuestados se declararan “muy satisfechos” con su trabajo y que el porcentaje de aquellos

“LA SOCIEDAD GENERALMENTE SIENTE QUE LOS ABOGADOS NO SON ÉTICOS, QUE SON DESHONESTOS Y DESPREOCUPADOS POR EL BIENESTAR DEL CLIENTE. UNA RECIENTE GUÍA PARA POLÍTICOS SUGIERE QUE ‘ES CASI IMPOSIBLE IR DEMASIADO LEJOS CUANDO SE TRATA DE DEMONIZAR A LOS ABOGADOS’ ”.

que estaban “muy satisfechos” ha disminuido en la quinta parte en los últimos seis años⁽⁸⁾. Finalmente, la ABA llevó a cabo otro estudio en 1995 que halló que un minúsculo 1% de los abogados jóvenes de empresas grandes “definitivamente no considerarían” cambiar de empleo en los siguientes dos años⁽⁹⁾.

La evidencia anecdótica también sugiere que los abogados son infelices. Muchos reflexivos observadores de la abogacía han comentado acerca de la creencia de que los abogados no están satisfechos con su trabajo⁽¹⁰⁾. Desde 1990, un constante torrente de libros y artículos de revistas de Derecho han señalado que los abogados no disfrutaban de lo que hacen y que ven sus jornadas como meramente un penoso

(1) SCHILTZ, Patrick. *On Being Happy, Healthy, and Ethical Member of an Unhappy, Unhealthy and Unethical Profession*. En: *Vanderbilt Law Review* n° 52. 871, 874 (1999).

(2) *Ibid.* p. 875.

(3) *Ibid.*, 876 n° 21.

(4) *Ibid.*

(5) *Ibid.*

(6) *Ibid.* p. 875.

(7) *Ibid.* p. 873.

(8) *Ibid.*

(9) *Ibid.* p. 887.

(10) Véase, por ejemplo, GLENDON, Mary Ann. *A Nation Under Lawyers: How the Crisis in the Legal Profession is Transforming American Society*. 1994. pp. 85-91; y, RHODE, Deborah L. *In the Interests of Justice*. 2000. pp. 23-48.



Gabriel Lerner

trabajo⁽¹¹⁾. Mary Ann Glendon, por ejemplo, simplemente pregunta: “¿Por qué los abogados están tan tristes?”⁽¹²⁾. Walt Bachman señala que “algo de dimensiones psicológicas inquietantes ocurre cuando las personas -que de otro modo serían normales- comienzan a estudiar Derecho, y los efectos parecen perdurar luego de la facultad de Derecho”⁽¹³⁾.

La infelicidad de los abogados está relacionada con la ética de tres formas. En primer lugar, muchos abogados no encuentran en su trabajo un propósito que tenga sentido. Anthony Kronman señala que “el colapso del ideal del abogado-estadista ha creado una crisis de identidad en la profesión legal. Han emergido dudas sobre si la práctica del Derecho puede seguir siendo una búsqueda intrínsecamente satisfactoria que ofrezca un profundo significado personal a aquellos involucrados en ella”⁽¹⁴⁾. Los abogados se han convertido en pistolas de alquiler para sus clientes, en un mero conducto para sus deseos, mientras que en sus inicios a menudo eran consejeros, personas que se sentían libres de plantear consideraciones de orden ético a sus clientes. Por ejemplo, mientras que los abogados en la década de 1950 gozaban de suficiente independencia para servir como la conciencia de los grandes negocios, para la década de los años 80, tres de cada cuatro abogados de empresas grandes no pueden recordar una sola ocasión en la cual hayan estado en desacuerdo con un cliente⁽¹⁵⁾. De acuerdo a Kronman, este cambio en la profesión afecta la felicidad de los abogados porque remueve el rol único del abogado como consejero de sus clientes⁽¹⁶⁾.

La segunda relación entre la ética y la infelicidad de los abogados es que frecuentemente existe una disonancia (o al menos una disonancia percibida) entre cómo debe comportarse un ser humano éticamente y cómo debe comportarse un abogado éticamente. La mayoría de las personas busca ser

un ser humano decente, pero los abogados, si hacen del interés de sus clientes su primera prioridad, con frecuencia deben hacer cosas -tal como impugnar el carácter de un testigo que dice la verdad- que serían censurables si fueran realizadas por alguien que no es abogado. Charles Fried, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard, se pregunta “¿puede ser un buen abogado una buena persona?”⁽¹⁷⁾. Walt Bachman señala:

“La mayoría de los abogados apartan su enfoque del lado hiriente de la abogacía recurriendo a la simple racionalización de que el sistema requiere de su conducta. La justicia emerge -señala el argumento- de los buenos abogados apabullando las causas del cliente opositor, del mercado de las ideas en competencia. Generalmente es así, del mismo modo en que la paz llega luego de dar muerte en la guerra. Pero el hecho de que el sistema logre trabajar no elimina la carga personal del soldado (o del abogado) de servir como instrumento de daño y dolor”⁽¹⁸⁾.

Bachman se refiere a las consecuencias psíquicas experimentadas por alguien que cree en el argumento del sistema adversarial (que, como señaló Bachman líneas arriba, la justicia emerge del devoto ejercicio de la abogacía). Pero si el abogado, o futuro abogado, consciente o inconscientemente, duda del argumento del sistema adversarial, entonces las consecuencias psíquicas serán particularmente duras.

(11) Véase, por ejemplo, BACHMAN, Walt. *Law vs. Life: What Lawyers are Afraid to Say About the Legal Profession*. 1995. pp. 69-70; y, STEFANCIC, Jean y Richard DELGADO. *How Lawyers Lose Their Way*. 2005. pp. 47-62.

(12) GLENDON, *Supra* nota 10. p. 15.

(13) BACHMAN, *Supra* nota 11. p. 51.

(14) KRONMAN, Anthony T. *The Lost Lawyer. Failing Ideals of the Legal Profession*. 1993. p. 368.

(15) GLENDON, *Supra* nota 10. p. 75.

(16) Véase, KRONMAN, *Supra* nota 14. p. 2.

(17) FRIED, Charles. *The Lawyer as a Friend: The Moral Foundations of the Lawyer-Client Relation*. En: *Yale Law Journal*. n.º 85. 1060. 1976.

(18) BACHMAN, *Supra* nota 11. p. 43-44.

Cómo el enseñar teoría ética y política podría ayudar a resolver dos de los mayores problemas de la profesión legal

Finalmente, la tercera relación entre la ética y la infelicidad de los abogados es que algunos de los otros factores que contribuyen a la infelicidad de los abogados, tales como las largas y excesivas horas y el comercialismo, posiblemente provienen de un miope materialismo. Por ejemplo, Patrick Schlitz opina que:

“El dinero está en la raíz de casi todo lo que no les agrada a los abogados sobre su profesión: largas horas de trabajo, la comercialización, la tremenda presión por atraer y retener clientes, la competencia feroz del mercado, la falta de colegialidad y lealtad entre los colegas, la pobre imagen pública de la profesión e inclusive la falta de civismo. Casi todos estos problemas serían eliminados o al menos sustancialmente reducidos si los abogados estuviesen dispuestos a ganar menos dinero”⁽¹⁹⁾.

1.2. La pobre opinión pública respecto de los abogados

Otro problema de los abogados es que la sociedad tiene una pobre opinión de la profesión legal. La sociedad generalmente siente que los abogados no son éticos, que son deshonestos y despreocupados por el bienestar del cliente. Una reciente guía para políticos sugiere que “es casi imposible exagerar cuando de demonizar a los abogados”⁽²⁰⁾. Un estudio de la ABA halló que solo la quinta parte del público pensaba que los abogados podrían ser precisamente descritos como “honestos y éticos”⁽²¹⁾. Y un porcentaje incluso menor de la población general consideraba que los abogados eran “compasivos y preocupados por uno”⁽²²⁾. De acuerdo a otro estudio de la ABA solo el 6% de los usuarios corporativos de servicios legales pensaba que “todos o la mayoría” de los abogados merecían ser llamados profesionales⁽²³⁾. Casi el mismo porcentaje opinó que el profesionalismo de los abogados estaba incrementándose, mientras que una cantidad diez veces mayor de personas pensaban que estaba disminuyendo⁽²⁴⁾.

Desafortunadamente, este no es un mero problema de relaciones públicas. Deborah Rhode resalta que “aquellos que saben relativamente poco de la profesión legal y del sistema legal tienen las impresiones más favorables (...). El problema, en resumidas cuentas, tiene que ver menos con la imagen de los abogados que con sus prácticas”⁽²⁵⁾. Y esas prácticas pueden traer problemas muy serios, al menos cuando son vistas desde la perspectiva de una persona promedio que no ha asimilado los valores de la profesión legal. Por ejemplo, Lloyd Cutler, fundador de *Wilmer, Cutler and Pickering*, frecuentemente realizaba *lobbies* para prevenir que el Congreso legisle sobre el requerimiento de las bolsas de aire para los automóviles, abogando así por los intereses de su cliente. Durante ese periodo, más de 100 mil estadounidenses perdieron la vida debido a la falta de bolsas de aire en los automóviles⁽²⁶⁾.

Incluso si uno considera estas acciones simplemente como parte del deber del abogado al representar a su cliente, parece ser que, al menos ocasionalmente, el servicio al cliente le cede la prioridad al dinero. En 1991, un estudio halló que aproximadamente el 60% de los profesionales del sector privado encuestados estaban al tanto de casos de sobrefacturación⁽²⁷⁾. El facturar más de 24 horas al día, cobrar lo mismo por la labor de un abogado junior principiante que por la de un socio, el no proporcionar cuentas suficientemente detalladas y el generar sustanciosas ganancias por actividades rutinarias -tales como el envío de faxes y las

(19) SCHILTZ, *Supra* nota 1. p. 903.

(20) RHODE, Deborah L. *In the interests of Justice: Reforming the Legal Profession*. 3. 2000.

(21) *Ibid.* p. 4.

(22) *Ibid.*

(23) RHODE, Deborah y David LUMAN. *Legal Ethics*. 5. 2001.

(24) *Ibid.*

(25) RHODE, *Supra* nota 20. p. 6.

(26) Véase, NADER, Ralph y Wesley SMITH. *No Contest: Corporate Lawyers and the Perversion of Justice in America*. 9. 1996.

(27) GLENDON, *Supra* nota 10. p. 31.



Gabriel Lerner

meriendas- son, si no lugar común, tampoco excepcionales⁽²⁸⁾. Desafortunadamente, queda bastante claro que la opinión que tiene el público acerca de que la profesión legal sufre de problemas éticos tiene cierto fundamento en la realidad.

2. Lo que las facultades hacen hoy en día

Entonces, la pregunta clave es la siguiente: ¿Qué están haciendo la profesión legal y las facultades de Derecho para enseñar ética y hacerla relevante para los estudiantes y los profesionales? La respuesta general de la profesión legal ante estas interrogantes consiste en referirse a las *Model Rules of Professional Conduct (Model Rules)*^(NT1). Las Reglas Modelo son el más reciente Código de Conducta promulgado por la ABA, actualmente adoptadas de alguna manera por más de cuarenta estados en los Estados Unidos⁽²⁹⁾. Todas las facultades de Derecho acreditadas por la ABA tiene alguna instrucción acerca de la responsabilidad profesional⁽³⁰⁾. Generalmente, este curso se enfoca en -y es organizado conforme a- las Reglas Modelo. Un ejemplo típico es un libro de texto, escrito por Stephen Gillers (utilizado regularmente) en el cual los capítulos están organizados alrededor de las Reglas Modelo⁽³¹⁾. “La relación abogado-cliente” y “Los conflictos de interés” son ejemplos de algunas de sus secciones⁽³²⁾. Además de las Reglas Modelo, estos libros de texto contienen casos relevantes así como artículos que cuestionan determinado aspecto de la profesión legal en particular, como, por ejemplo, si se debe requerir que los abogados realicen trabajo pro bono⁽³³⁾.

El mayor problema de utilizar las Reglas Modelo como base del comportamiento ético recae en que fueron específicamente

diseñadas para *no* hacerse cargo de la ética⁽³⁴⁾. Por el contrario, fueron redactadas para crear un mero código legal que estableciese límites de conducta permisible y para codificar las obligaciones ya impuestas a los abogados por otras áreas de la ley⁽³⁵⁾. Geoffrey Hazard, el “corresponsal que diseñó las Reglas Modelo” así como el “cronista y primer impulsador” de su “etapa final”⁽³⁶⁾, creía firmemente que las Reglas Modelo debían dejar las consideraciones éticas enteramente de lado. Tales consideraciones eran ideales personales -de acuerdo a Hazard- y por ello no tenían cabida en un documento como las Reglas Modelo⁽³⁷⁾. Hazard luego sostuvo que las reglas de la ética no eran suficientes para informar las decisiones de un profesional en ejercicio⁽³⁸⁾. El resultado de todo ello es que las Reglas Modelo son deliberadamente amorales. No tienen que ver con la ética y cualquier referencia a la ética tiene que haberse escabullido inadvertidamente a pesar de la voluntad del redactor principal.

Entonces, el considerar a las Reglas Modelo como respuesta a los problemas éticos en el Derecho trae ciertos problemas porque las Reglas Modelo no conducen a un abogado a comportarse éticamente. Como lo plantearon David Luban y Michael Milleman, “al hacer colapsar las categorías lógicas de las reglas para convertirlas en una sola categoría que

(28) NADER y SMITH, *Supra* nota 26. P. 239.

(NT1) En español: *Reglas Modelo de Conducta Profesional* (en adelante, las Reglas Modelo).

(29) GILLERS, Stephen. *Regulation of Lawyers: Problems of Law and Ethics*. 5. (Aspen Law & Business, 2002.)

(30) RHODE & LUBAN, *Supra* nota 23. p. 896.

(31) *Ibid.* xi-xxiv.

(32) *Ibid.* xi, xiv.

(33) Véase, por ejemplo, *ibid.* p. 87-91, 215-218; SCHWARTZ, Mortimer D. y otros. *Problems in Legal Ethics*. 2003. pp. 113-117, 223-226.

(34) LUBAN, David y Michael MILLEMAN. *Good Judgement; Ethics Teaching in Dark Times*. 9. En: *Georgetown Journal of Legal Ethics*. n° 31. 1991. pp. 44-55.

(35) *Ibid.* p. 45-46.

(36) *Ibid.* p. 46.

(37) *Ibid.* p. 47.

(38) *Ibid.* p. 48.

Cómo el enseñar teoría ética y política podría ayudar a resolver dos de los mayores problemas de la profesión legal

contiene amplias licencias, las reglas invitan a los abogados a convertir la pregunta socrática sobre '¿cómo debe uno vivir?' a la pregunta legalista de '¿es esto legalmente permisible?' y actuar correspondientemente"⁽³⁹⁾. Mary Ann Glendon apunta que "justo cuando los abogados se acercaban a un énfasis ético excepcional, las Reglas Modelo eliminaron las palabras tales como 'correcto', 'incorrecto', 'bien', 'mal', 'consciencia', y 'carácter' y las reemplazaron por palabras como 'prudente', 'adecuado' y 'permitido' "⁽⁴⁰⁾.

Para ser justos, juzgando sobre la base de los libros de texto sobre ética, un importante número de los cursos acerca de ética/responsabilidad legal reconocen las limitaciones de las Reglas Modelo y, consecuentemente, procuran adoptar una perspectiva más amplia de la materia⁽⁴¹⁾. En la mayoría de los casos, estos cursos de ética legal incrementan la discusión de las Reglas Modelo al situar a los estudiantes en situaciones hipotéticas y preguntándoles que harían o cómo reaccionarían ante diversos dilemas éticos⁽⁴²⁾. Si bien este método ciertamente tiene valor y es preferible a la sola enseñanza de las Reglas Modelo, el núcleo de estas preguntas no hace más que simplemente preguntar al estudiante *qué piensa* acerca de cierta materia, sin dar pauta alguna sobre cómo responder a estas preguntas.

3. Una posible solución

Los defectos del currículo de la ética legal podrían ser resueltos al enseñar teoría ética y política de manera sistemática. Los autores y pensadores, desde la antigua Grecia hasta el día de hoy, han tratado con temas tales como el rol adecuado del Estado, qué hace que una acción sea moral o inmoral, la existencia (o inexistencia) de la justicia, qué es la justicia

(de existir), si es que el sistema adversarial es el mejor instrumento del Derecho, y la interrelación entre las distintas áreas del gobierno. Todos estos temas están relacionados con dilemas éticos personales que los abogados suelen enfrentar y ninguno de ellos acostumbra tratarse en la facultad de Derecho⁽⁴³⁾.

Como ya ha sido discutido, la ética está relacionada con la infelicidad de los abogados en tres formas. Primero, no encuentran un objetivo fundamental en su trabajo. Segundo, como abogados, se les solicita que hagan cosas que serían censurables en otro contexto. Tercero, parece que hay más materialismo de por medio que deseo de transitar saludablemente por la profesión.

Se puede hacer frente a las dos primeras relaciones entre la ética y la infelicidad de los abogados mediante la enseñanza de teoría ética y política. Específicamente, los estudiantes podrían obtener una idea más clara de cómo desean usar su poder como abogados. El objetivo de enseñar teoría ética y política no sería el adoctrinar al estudiante hacia la respuesta "correcta". Más bien, el objetivo sería introducir al estudiante a los trabajos académicos que se encargan de los dilemas éticos que enfrentará en la práctica. Idealmente, una vez que el estudiante se encuentre con estos escritos y los tenga

(39) *Ibid.* p. 57.

(40) GLENDON, *Supra* nota 10. p. 79.

(41) Véase, por ejemplo, RHODE y LUBAN, *Supra* nota 23; SCHWARTZ y otros, *Supra* nota 33.

(42) Véase, por ejemplo, RHODE y LUBAN, pp. 96-97 *Supra* nota 23; SCHWARTZ y otros, *Supra* nota 33. pp. 166 y 215.

(43) No es del todo preciso decir que no se enseña teoría ética y política la facultad de Derecho. Georgetown, por ejemplo, tiene lo que se denomina "Currículum B", un currículum opcional del primer año que sí incluye estos temas. Véase: Georgetown Law. *Introduction to the JD Program*. Disponible en web: <http://www.law.georgetown.edu/curriculum/jdprog.cfm> (última visita realizada el 17 de marzo de 2006). No obstante, en la mayoría de casos, los estudiantes deben escoger el estar en el Currículum B, lo que significa que los estudiantes que opten por este currículum probablemente ya estén predispuestos a considerar la teoría ética y política. Adicionalmente, los estudiantes deben aprender la teoría ética y política mientras asimilan los materiales clásicos del primer año, y aquellas materias del primer año normalmente proporcionan a los estudiantes del primer año todo lo que pueden manejar.



Gabriel Lerner

presentes, los podrá utilizar como puntos de referencia para sus decisiones. O, por supuesto, los puede rechazar si no está de acuerdo. Luego de estudiar estos trabajos, los estudiantes probablemente tendrán un mayor entendimiento de sus propias creencias con relación a la justicia y el sistema adversarial, y esta nueva consciencia podría ayudarlos a elegir profesiones legales apropiadas.

El enseñar teoría ética y política también podría encargarse de la tercera relación entre la ética y los abogados infelices. Asumiendo que hay demasiado materialismo en la profesión legal, un curso de teoría política y ética podría ayudar a los abogados a ampliar sus perspectivas y forzarlos a considerar aspectos a parte del prestigio y el dinero. Los cursos de responsabilidad ética y profesional hacen esto hasta cierto punto, pero su enfoque en las Reglas Modelo transforma la pregunta relevante a una sobre qué puede uno obtener⁽⁴⁴⁾.

Más aún, el enfrentar y luchar ante problemas políticos antes de iniciarse en la profesión es importante porque hay estudios que demuestran que, si bien a veces moldeamos nuestras acciones a nuestras creencias, a menudo adecuamos nuestras creencias a nuestras acciones⁽⁴⁵⁾. David Luban habla de cómo los experimentos han demostrado una profunda necesidad humana en mantener la congruencia entre nuestros principios y nuestras acciones:

“La investigación posterior ha clarificado la idea de la disonancia. Los experimentos revelan que no siempre resolvemos la disonancia entre los conocimientos cambiando nuestras creencias. Más bien, lo hacemos cuando los conocimientos disonantes amenazan con socavar nuestro propio concepto, paradigmáticamente, cuando se nos ocurre que podríamos haber hecho algo mal. Aparentemente, nos resistimos mucho a pensar sobre nuestro propio mal proceder y el resultado es que moldeamos nuestras convicciones morales e incluso nuestras percepciones para repeler el duro juicio de nuestro propio comportamiento⁽⁴⁶⁾”.

De acuerdo con esta cita de Luban, la única manera de mantener los principios y creencias es desarrollarlo antes o durante la facultad de Derecho. Si nuestros principios

no están firmemente afianzados corremos el riesgo de cambiarlos en vez de cambiar nuestras acciones cuando nos enfrentemos a un dilema moral. Si bien plantear situaciones hipotéticas es medianamente útil, los escenarios hipotéticos no impulsan a los estudiantes a enfrentarse a aquello que hace que algo sea bueno o malo. Estos escenarios simplemente preguntan a los estudiantes sobre su opinión acerca de determinada acción. El forzar a los estudiantes a formular razones por las que una acción es buena o mala y reflexionar sobre lo que hace que determinada acción sea preferible a otra en términos éticos ayudaría a fortalecer una opción en particular en la mente del estudiante. Entonces, cuando un estudiante se enfrenta a una situación en la vida real, tendrá que desarrollar una línea real de razonamiento, en vez de un mero sentimiento o “corazonada”.

El aprender teoría política también ayudaría a los abogados a enfrentar el segundo problema mencionado en este trabajo: su pobre imagen pública. En la medida en que esta imagen está relacionada a problemas éticos existentes, el enseñar teoría ética y política podría mejorar las irregularidades éticas. El forzar a los futuros abogados a ser conscientes de estos problemas y luchar contra ellos podría prevenir las irregularidades éticas al proporcionarles a los estudiantes un grupo de principios con los que puedan estar de acuerdo o en desacuerdo.

Más aún, en la medida que la pobre opinión sobre los abogados se debe a sus propias acciones, el aprender teoría ética y política podría ayudarlos a mejorar su comportamiento. Estas prácticas teóricas podrían recurrir a principios éticos y teorías morales reales para

(44) Véase LUBAN y MILLEMANN, *Supra* nota 34. p. 57.

(45) LUBAN, David. *Integrity: Its Causes and Cures*. En: *Fordham Law Review* n° 72. 2003. p. 279 y 281.

(46) *Ibid.*

Cómo el enseñar teoría ética y política podría ayudar a resolver dos de los mayores problemas de la profesión legal

explicar cómo su comportamiento se ajusta a los principios éticos.

Otros escritores han llegado a la misma conclusión de que la habilidad de comprometerse con el razonamiento moral es una habilidad importante y útil a ser aprendida por los estudiantes de Derecho. Lamentando situaciones en las que determinados estudiantes practicantes de una clínica legal^(NT2) evidenciaron un pobre juicio moral, Susan Kupfer escribe:

“Los estudiantes practicantes no tienen ninguna teoría normativa en la cual respaldarse cuando las normas dadas por los códigos no se aplican o están en conflicto. No adoptan principios fundamentales, no tienen nociones intrínsecas sobre qué está bien o qué es lo correcto para justificar sus acciones. Tampoco tienen una jerarquía o algún otro sistema de clasificación o evaluación de las reglas o argumentos en conflicto sobre sus posiciones. Ello resulta en una evaluación *ad hoc* de cada supuesto que requiera un poco más que una primera impresión, sin un juicio razonado sobre la propiedad de cualquier rumbo de acción en particular⁽⁴⁷⁾.”

El enseñar teoría ética y política podría proveer aquello que Kupfer sentía que les faltaba a los estudiantes de Derecho, tal como “teorías morales normativas” y “principios fundamentales” que los estudiantes pudiesen utilizar para justificar sus acciones. Gerald Postema también señala la importancia de un juicio moral sofisticado cuando escribe:

“Primero, es probable que la habilidad del abogado para hacer bien su trabajo -esto es, determinar la normativa aplicable y el asesorar a sus clientes de manera efectiva- sea seriamente afectada si se desvincula del sano juicio moral. Tanto los teóricos positivistas como los seguidores del Derecho natural convienen en que los argumentos morales tienen un lugar importante en la determinación de gran parte del Derecho moderno. Pero el abogado que debe separar el juicio

“(…) LA ÉTICA ESTÁ RELACIONADA CON LA INFELICIDAD DE LOS ABOGADOS EN TRES FORMAS. PRIMERO, NO ENCUENTRAN UN OBJETIVO FUNDAMENTAL EN SU TRABAJO. SEGUNDO, COMO ABOGADOS, SE LES SOLICITA QUE HAGAN COSAS QUE SERÍAN CENSURABLES EN OTRO CONTEXTO. TERCERO, PARECE QUE HAY MÁS MATERIALISMO DE POR MEDIO QUE DESEO DE TRANSITAR SALUDABLEMENTE POR LA PROFESIÓN.”

profesional de su propio juicio moral es privado de los recursos de donde los argumentos respecto a los derechos y deberes legales de su cliente pueden ser formados⁽⁴⁸⁾.

Postema también sugiere otro posible uso que podría dársele a la teoría ética y política mediante el empleo del término “recursos”. Dado que “los argumentos morales tienen un sitio importante en la determinación de gran parte del Derecho moderno,” el juicio moral es un “recurso⁽⁴⁹⁾”. Las decisiones legales con frecuencia no provienen de tecnicidades legales, sino de ideas de justicia o política apropiadas⁽⁵⁰⁾. La teoría ética o política podría darles a los estudiantes herramientas para construir estos argumentos. Si un escritor haya

(NT2) Las denominadas *legal clinics* o *law clinics* son organizaciones pertenecientes a la Facultad de Derecho que ofrecen servicios legales al público, en las que los estudiantes realizan prácticas prestando asistencia con trabajo relacionado a su carrera. Estas clínicas usualmente realizan trabajo pro bono.

(47) KUPFER, Susan G. *Authentic Legal Practice*. En: Georgetown Journal of Legal Ethics n° 33. 1996. p. 33 y 51.

(48) POSTEMA, Gerald J. *Moral Responsibility in Professional Ethics*. En: New York University Law Review n° 55. 1980. pp. 63-79.

(49) *Ibid.*

(50) Esta observación fue la primera contribución del grupo de pensadores llamado los Realistas Legales. Véase: LEITER, Brian. *American Legal Realism*. En: The Blackwell Guide to Philosophy of Law and Legal Theory n° 50. 2003. pp. 50-67.



Gabriel Lerner

que el razonamiento de un autor ha sido útil para el caso de un cliente, podría emplear la misma línea de razonamiento al construir sus argumentos legales.

4. Algunos posibles ejemplos de clase

Hasta ahora este trabajo ha empleado el término “teoría ética y política” proveyendo poca información acerca de lo que dichas enseñanzas incluirían. Para darle contenido a este término, algunas posibles materias son discutidas en el presente apartado.

4.1. La existencia de la justicia y qué es esta, de existir

Thomas Hobbes no creía en la existencia de principios independientemente de sí mismos⁽⁵¹⁾. Creía que los creamos para designar a un soberano que nos protegerá del desorden⁽⁵²⁾. Nuestra situación natural es el estado de guerra, donde la vida es “desagradable, brutal y corta”⁽⁵³⁾. Las personas son egoístas, celosas y paranoicas, y entonces la destrucción sobrevendrá si no existe una entidad investida de poder para mantenernos a raya⁽⁵⁴⁾. Entonces, lo que llamamos “justicia” no es de hecho algo que tiene existencia independiente, sino que resulta de los deseos del soberano⁽⁵⁵⁾. No hay justicia sin poder⁽⁵⁶⁾.

Un punto de vista contrario fue expresado por el filósofo griego Platón y posteriormente por filósofos tales como San Agustín y Gottfried Leibniz, quienes creían que la justicia sí tenía existencia autónoma, independientemente de lo que el Derecho diga realmente⁽⁵⁷⁾. Platón creía que la justicia consistía en dar a cada quien lo que le corresponde, creando con ello una armonía social, en la que todo estuviese en su correcto lugar⁽⁵⁸⁾. Leibniz pensaba que la justicia es la

caridad que proviene de las prescripciones de la sabiduría y de la razón⁽⁵⁹⁾. Esta “caridad sabia” establecía decretos a los que todos están sujetos, incluso Dios⁽⁶⁰⁾.

Luego de estudiar a estos filósofos, los estudiantes estarían en capacidad de responder preguntas tales como:

“¿Qué punto de vista encuentra más convincente, el de Hobbes o el de Leibniz?”
¿O ninguno de los dos? Si está convencido por determinado punto de vista, ¿cuáles son sus implicancias en relación a cómo usted practica el Derecho? Si ninguno lo ha convencido, ¿piensa que este es un tema cuyas preguntas no se pueden responder en última instancia? Si piensa que pueden responderse ¿cuáles son las implicancias prácticas de tal determinación?

¿Está de acuerdo con la oscura imagen de la humanidad que Hobbes plantea? Si no está de acuerdo, ¿ello desvirtúa sus argumentos? Si está de acuerdo, ¿ello desvirtúa los argumentos de Platón y de Leibniz?”

4.2. Los argumentos a favor y en contra del sistema adversarial

Hay quienes piensan que el sistema adversarial no es siempre la mejor manera de promover el Estado de Derecho⁽⁶¹⁾. David Luban, por ejemplo, argumenta que frecuentemente

(51) HOBBS, Thomas. *Leviathan*. 57. Edición de Edwin Curley. Hackett Publishing Company 1994. p. 1668.

(52) *Ibid.* p. 57.

(53) *Ibid.* p. 76.

(54) *Ibid.* p. 106-110.

(55) *Ibid.* p. 81.

(56) *Ibid.*

(57) Véase: RILEY, Patrick. *Leibniz's Universal Jurisprudence*. 4. 1996.

(58) Véase: *Ibid.* p. 27.

(59) *Ibid.* p. 4.

(60) *Ibid.* pp. 23-24.

(61) Véase, por ejemplo, FRIED, Charles. *The Lawyer as a Friend: The Moral Foundations of the Client-Lawyer Relation*. En: Yale Law Journal, 1060. 1976; LUBAN, David. *The Adversary System Excuse*. En: The Good Lawyer: Lawyer's Roles and Lawyers' Ethics. (Edición de David Luban, 1983).

Cómo el enseñar teoría ética y política podría ayudar a resolver dos de los mayores problemas de la profesión legal

utilizamos la justificación del sistema adversarial para excusar actos que de otro modo serían inmorales si son realizados por alguien que no es abogado⁽⁶²⁾. Básicamente, la excusa es que los abogados hacen lo que está a su alcance para hacer lo mejor posible para la causa de sus clientes, y la verdad se hace evidente luego de la colisión de los argumentos en conflicto. No obstante, Luban resalta que esta es una manera inusual de buscar la verdad⁽⁶³⁾. Cuando el abogado trata de figurarse qué ha sucedido, no contrata a dos abogados para luego escuchar sus versiones contrapuestas⁽⁶⁴⁾.

Monroe Freedman, por el contrario, es un ferviente partidario del sistema adversarial⁽⁶⁵⁾. Contestando a argumentos bajo los cuales el abogado debe interponer su juicio personal a lo que hace, Freedman responde que tales alegaciones son paternalistas⁽⁶⁶⁾. Más aún, de acuerdo con Freedman, las acciones aparentemente amorales que toma un abogado lo son cuando son puestas en contexto⁽⁶⁷⁾. El abogado ha tomado una decisión a partir de su propia libre voluntad de representar al cliente. Y el sustituir el juicio moral de abogado por el del cliente es inmoral en sí mismo, ya que priva al cliente de su autonomía moral⁽⁶⁸⁾.

Luego de estudiar ello y demás material similar, los estudiantes estarían en capacidad de responder preguntas tales como:

¿Si el juicio moral del abogado es imparcial, podríamos prescindir del juez y del jurado? ¿Por qué o por qué no? ¿Qué estaría mal con ello?

¿Los argumentos de quien encuentra más convincentes? Si se siente más persuadido por los argumentos en contra de sistema adversarial, ¿qué significa ello para usted? ¿El solo

preocuparse de representar a los clientes con los que se siente cómodo representa una verdadera solución? ¿Es ello económicamente viable?

4.3. El contrato social

La idea de la democracia, tanto en los Estados Unidos como en otros países, proviene de la idea del contrato social. La declaración de la independencia es casi explícita en su respaldo al contrato social⁽⁶⁹⁾. En el contrato social, “la legitimidad política, autoridad política, y las obligaciones políticas se derivan del consentimiento de aquellos que crean un gobierno (...) y que lo operan por medio de alguna forma de cuasi consentimiento, tal como la representación, el mayoritarismo, o el consentimiento tácito⁽⁷⁰⁾.”

Sin embargo, la teoría del contrato social no es concebida de modo unánime. Locke concuerda con la opinión de Hobbes -como ha sido sostenido- de que la sociedad política es creada para controlar lo que de otro modo sería corrupción y caos, pero él, a diferencia de Hobbes⁽⁷¹⁾, cree en la existencia de un Derecho natural independiente que coexiste con el Derecho Civil⁽⁷²⁾. Rousseau discrepaba con Locke y Hobbes en el sentido de que él creía que la humanidad es fundamentalmente buena, pero, desafortunadamente, no sabe qué es lo mejor para sí misma⁽⁷³⁾. Para Rousseau, antes de que el consentimiento del

(62) Véase: *Ibid.* p. 118.

(63) *Ibid.* p. 96.

(64) *Ibid.*

(65) FREEDMAN, Monroe H. *Personal responsibility in a Professional System*. En: *Catholic University Law Review* n° 27. 1978. p. 191.

(66) *Ibid.* p. 195.

(67) *Ibid.* p. 204.

(68) *Ibid.*

(69) Declaración de la Independencia, párrafo 2. (EE.UU., 1776) (“...se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados...”).

(70) RILEY, Patrick. *Will and Political Legitimacy* 1. (Harvard University Press. 1982).

(71) HOBBS, *Supra* nota 51. p. 57.

(72) Véase: CASSIER, Ernst. *The Philosophy of the Enlightenment*. p. 249-250. (Princeton University Press. 1968).

(73) ROUSSEAU, Jean Jacques. *The Social Contract*. En: *The Social Contract and Other Political Writings*. P. 59-72. (Edición y traducción de Victor Gourevitch, 2004).



Gabriel Lerner

público pueda ser otorgado de modo responsable, este debe ser educado por un ser superior, tal como Moises o Licurgo, el fundador de Esparta antigua⁽⁷⁴⁾. Otros importantes teóricos del contrato incluyen a Kant y John Rawls⁽⁷⁵⁾.

Luego de aprender sobre la teoría del contrato social, los estudiantes estarían en capacidad de responder preguntas como las siguientes:

¿Se siente convencido por los argumentos a favor de la legitimidad de la teoría del contrato social? Si es así ¿cómo puede un abogado promover los objetivos de “el contrato social”?

¿Cómo puede usted conciliar la aparente adopción de la teoría del contrato social con el Derecho Común confeccionado por los jueces? ¿Son los jueces -particularmente en los casos como el de *Brown v. Board of Education*^{(76)(NT3)} en los que actúan antes de la acción legislativa- como los educadores de Rousseau?

4.4. Los Papeles del Federalista

Los Papeles del Federalista fueron escritos por tres de los diseñadores de la Constitución y son considerados por muchos como la exposición de los ideales que aquellos diseñadores consideraban inherentes a la Constitución, y, por ello, inherentes al funcionamiento de nuestro gobierno⁽⁷⁷⁾. Las materias discutidas en los Papeles del Federalista incluyen las ventajas de la democracia representativa⁽⁷⁸⁾, cómo la separación de poderes es crucial para un gobierno efectivo⁽⁷⁹⁾, y la tensión entre el Estado y el gobierno federal⁽⁸⁰⁾,

entre otros. Considerando el gran rol que los abogados juegan en la administración del gobierno, es de algún modo extraño que los Papeles del Federalista no tengan un rol aún más protagónico en el currículo de la facultad de Derecho. Mary Ann Glendon ciertamente piensa de este modo cuando pregunta “¿porqué, cuando los abogados tienen grandes responsabilidades relacionadas con mantener el experimento democrático, tantos profesores de Derecho Constitucional ignoran el diseño de la Constitución para el gobierno?”⁽⁸¹⁾. Aprender acerca de los Papeles del Federalista también ayudaría a los estudiantes a desarrollar argumentos legales con respecto a problemas constitucionales. El estudio de los Papeles del Federalista permitiría a los estudiantes evaluar su rol en el sistema constitucional, producir argumentos en casos relevantes y evaluar de mejor modo los argumentos esbozados en opiniones legales.

Luego de estudiar los Papeles del Federalista, los estudiantes estarían en posición de responder preguntas tales como:

¿Cuánto se aproxima nuestro actual balance del poder entre las tres ramas del gobierno al balance de poder deseado por los autores de los Papeles del Federalista? ¿Son las diferencias objeto de preocupación?

(74) *Ibid.*

(75) Véase, por ejemplo, KANT Immanuel. *Political Writings* (Edición de Hans Reiss. Traducción de H.B. Nisbet) Cambridge University Press, 2da edición, 1991); RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Revised Edition. (Harvard University Press. 1999).

(76) 347. US. 483 (1954).

(NT3) Se trata de la importante decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos en la que se declara que las leyes estatales que establecían la separación de las escuelas públicas dependiendo de si se trataba de escolares negros o blancos eran inconstitucionales.

(77) KESLER, Charles R. *Introduction to Alexander Hamilton et al, The Federalist Papers IX*. (Edición de Clinton Rossiter. Penguin Putnam. 2003).

(78) The Federalist n° 39 (James Madison).

(79) The Federalist n° 47 (James Madison).

(80) The Federalist n° 46 (James Madison).

(81) GLENDON. *Supra* nota 10. p. 175.

Cómo el enseñar teoría ética y política podría ayudar a resolver dos de los mayores problemas de la profesión legal

¿Qué decisiones de la Corte Suprema se apartan de la interpretación de la Constitución dada por los autores de los Papeles del Federalista? ¿De alguna manera esas decisiones alteran el delicado balance de las funciones del gobierno establecidos en los Papeles del Federalista? Si es así, ¿ello hace que estas decisiones sean erróneas?

5. Conclusiones

Todas estas materias obligan al estudiante a examinar tanto su rol en la profesión legal como a reflexionar sobre cómo quiere emplear los poderes concedidos a él como abogado. Un estudiante que se haya ocupado de

estas materias o de materias similares estará en mayores posibilidades de encontrar un nicho en el Derecho que lo haga feliz. La existencia de más de estos estudiantes sería un paso sustancial para derrotar la infelicidad prevaleciente hoy en día en la profesión. El estudiante que se haya ocupado de estas materias también estará en capacidad de articular y defender mejor el porqué toma las decisiones éticas que toma. Se espera que aprender este material produzca más abogados que hagan de las deliberaciones éticas una parte regular de sus vidas y que tengan una perspectiva ética más rica que solo las Reglas Modelo. Si más abogados tuviesen estas cualidades, también se progresaría sustancialmente en eliminar la pobre imagen de la profesión legal. Considerando lo serios que son estos problemas, el enseñar teoría ética y política en el currículo de facultad de Derecho es un experimento que valdría la pena intentar.