

WENDEL, Bradley: *Lawyers and Fidelity to Law*, Princeton University Press, Princeton, 2010, 286 pp.

I

En el año 2002, dos juristas que trabajaban como asesores del gobierno de George W. Bush publicaron un infame documento que ha pasado a la historia jurídica de los Estados Unidos con el nombre del «memorando de la tortura». Preguntados por la administración hasta dónde se podía llegar en los interrogatorios a los presos de Guantánamo sin traspasar la barrera de lo considerado jurídicamente como «tortura», John Yoo y Jay Bybee redactaron un informe en el que interpretaron el contenido de la legislación doméstica e internacional sobre la práctica de la tortura de manera tal que virtualmente la vaciaban de contenido.¹ No se trataba de una opinión burda o inexperta, sino que mediante una interpretación técnicamente compleja y muy original de los términos legislativos relevantes y de los argumentos jurídicos involucrados, el informe otorgaba al gobierno manga ancha para llevar a cabo con los presos todo tipo de acciones, incluidas aquellas que en el lenguaje ordinario serían indudablemente calificadas como tortura.

¿En qué problema deontológico incurrieron Yoo y Bybee? Según las posiciones que han dominado el debate tradicional sobre ética jurídica, a esta pregunta se puede responder de dos maneras. Los defensores más acérrimos de la concepción dominante, la llamada teoría de la amoralidad, dirán que no hay ningún problema, ya que estos juristas actuaron como celosos profesionales que pusieron en juego su mayor conocimiento y habilidad para satisfacer dentro de los límites fijados por la letra de la ley los intereses de su cliente, en este caso el gobierno, suponiendo que dichos intereses consistían en obtener justificación jurídica para ejecutar el mayor rango posible de técnicas de interrogatorio. Por el contrario, quienes defienden la posición opuesta, esto es, quienes promueven el activismo moral por parte de los abogados, considerarán que Yoo y Bybee muestran lo peor de la profesión jurídica y ofrecen un ejemplo de pésima deontología: se trata de profesionales inteligentes y muy capaces que ponen todo su talento al servicio de un fin moralmente reprobable, como sería permitir o favorecer la tortura de Estado.

Ante esa tesitura, la teoría de la fidelidad al Derecho de Wendel ofrece una respuesta distinta a ambas. Yoo y Bybee sí incurrieron en un problema deontológico, uno muy grave además, pero no porque fueran buenos abogados sirviendo a un mal moral, sino porque fueron malos abogados. Ingeniosos y hábiles, eso puede ser, pero malos profesionales que obraron faltando al respeto que el Derecho merece por sí mismo, y anteponiendo los (supuestos) intereses de su cliente al propósito de las leyes, a aquello que los clásicos llamaban su espíritu.

¹ El caso, que aquí me limito a enunciar de manera simplísima, es muy complejo y ha dado lugar a una ingente literatura, sobre todo en Estados Unidos. Una introducción muy concisa y acertadamente crítica la ofrece Milan Markovic, «Can Lawyers Be War Criminals?», en *The Georgetown Journal of Legal Ethics*, 20, 2007, pp. 347-369. Wendel ya había tratado las implicaciones deontológicas del caso en «Professionalism as Interpretation», *Northwestern University Law Review*, 91, 2005, pp. 1167-1233.

II

El ejemplo anterior ilustra con claridad el objetivo que persigue Bradley Wendel con su último libro, *Lawyers and Fidelity to Law*. En esta obra, el profesor de Cornell presenta una teoría general de ética jurídica que se ha venido anticipando durante los últimos años en una serie de publicaciones por parte del autor. Esta teoría se inserta de pleno en el debate de la ética jurídica moderna, aunque lo hace desde una posición singularmente crítica, ya que Wendel cuestiona no ya alguna de las posiciones enfrentadas sino el debate en sí.

Esas posiciones enfrentadas, y reflejadas en el ejemplo anterior, son las de la concepción estándar y el activismo moral. La primera de ellas, la concepción estándar o teoría de la amoralidad, de la que Wendel hace una impecable presentación al comienzo del libro, y cuya crítica lo estructura a partir de entonces, se construye sobre tres principios: (i) el principio de *parcialidad*, según el cual el abogado debe perseguir los intereses de su cliente con el máximo celo e incluso agresividad siempre que lo haga dentro de los límites marcados por la letra de la ley; (ii) el principio de *neutralidad*, según el cual el abogado no debe estar concernido por la valoración moral de los intereses de su cliente o de los medios empleados para defenderlos; y (iii) el principio de *no-responsabilidad*, según el cual el abogado queda moralmente exonerado de las acciones que realiza en cumplimiento de su tarea. En una palabra, el abogado debe ser amoral. Lo cual no quiere decir inmoral. Actuar amoralmente, actuar como si al individuo-abogado se le hubiera amputado la dimensión ética de su personalidad, es, según esta teoría, lo deontológicamente correcto. La amoralidad no es descriptiva, sino prescriptiva: se presenta a sí misma como una «moral amoralidad»².

Para ser completa, la concepción estándar exige aceptar la existencia de una *moralidad de rol*, según la cual quien ocupa una posición concreta dentro de una institución determinada debe ser evaluado mediante criterios morales internos propios de ese rol, y no mediante criterios provenientes de la moralidad ordinaria externos al rol y a la institución. Y es precisamente esta última idea, la de juzgar la tarea del abogado según criterios morales ordinarios, la que sostienen quienes defienden la posición opuesta, es decir, el activismo moral. Según estos, el papel que juegan los abogados en el sistema no les ofrece ninguna protección ética: ni los excusa del deber moral de actuar correctamente conforme a criterios de moralidad ordinaria, ni mucho menos justifica su incumplimiento de tal deber. Si en el ejercicio de su profesión el abogado actúa moralmente mal, merece la misma desaprobación que cualquier otro ciudadano.

Frente a esta disyuntiva teórica Wendel ocupa un punto intermedio. Su visión no es la de los partidarios del activismo moral, a quienes de hecho critica porque «ponen demasiado énfasis en consideraciones de moral ordinaria, en detrimento de los valores políticos asociados con la *rule of law*» (31). Sin embargo, tampoco es estrictamente amoral, pues no acepta que los intereses del cliente deban prevalecer sobre cualquier otra consideración. En realidad, nos dice Wendel, y a diferencia de lo que suele afirmarse, la fidelidad principal del abogado no es para con los intereses del cliente sino para

² Massimo LA TORRE, «Abogacía y retórica. Entre teoría del derecho y deontología forense», *Anuario de filosofía del Derecho*, Tomo XXV, 2008-09, p.16.

con el Derecho, y su misión es velar por aquello que al cliente le corresponde conforme a Derecho (*legal entitlements*), lo que no tiene porqué coincidir con aquello que al cliente le interesa. «Incluso si un abogado considera que una ley particular es injusta, o que su aplicación a la situación de su cliente producirá un resultado injusto, aún así tiene una razón para respetar el Derecho y no tratar de evitarlo» (88).

Reformulando el ejemplo de antes, Wendel cree que Yoo y Bybee actuaron erróneamente, pero la razón de ello no es que su comportamiento profesional promoviera un mal moral, como es la práctica de la tortura. Hasta tal punto no es esa la razón, que su informe habría sido deontológicamente correcto si se pudiera entender que la legislación relevante, razonablemente interpretada, promovía o permitía la tortura, pues no es tarea del abogado introducir en el Derecho sus valoraciones de moral personal. «Los deberes de los abogados deben orientarse hacia el respeto al Derecho por sí mismo, no hacia consideraciones morales ordinarias» (88). La razón por la que Yoo y Bybee lo hicieron mal fue más bien porque interpretaron de manera impropia y extravagante unas leyes manifiestamente creadas para prevenir la tortura, y lo hicieron con el fin de lograr el objetivo opuesto al que dichas leyes persiguen y que constituye su razón de ser. En otras palabras, no mostraron hacia el Derecho el debido respeto que este merece como tal.

III

Sigo aquí el ejemplo de los memorandos de la tortura por ser tan notorio como esclarecedor, pero esto no debe llevarnos a pensar que la teoría de Wendel se aplica solo a casos extremos. Bien al contrario, la multitud de ejemplos, la mayoría reales, que utiliza para presentar sus posiciones, provienen de los ámbitos más variados y cotidianos de la práctica jurídica, reforzando la idea de que la suya es una teoría para la vida ordinaria del Derecho. El concepto que permite traducir los principios éticos generales al quehacer diario del abogado es el ya introducido de *legal entitlement*, el cual se distingue crucialmente de los intereses del cliente.³ El contraste entre *entitlements* e intereses subraya la idea de que el abogado solo puede hacer por su cliente aquello que el cliente puede hacer conforme a Derecho. Idea obvia pero aún así frecuentemente olvidada, como denuncia Wendel al constatar que la retórica deontológica de los abogados está dominada por la primacía no de los derechos sino de los *intereses* del cliente, un desliz terminológico de profundas consecuencias éticas.

La centralidad del concepto de *entitlement* materializa la pretensión de Wendel de abrir una tercera vía entre la concepción estándar y el activismo moral. Tomar el *entitlement* jurídico como referencia ética obliga al abogado a ir moralmente más allá de lo que le permite la teoría de la amoralidad (pues no basta con servir los intereses del cliente despreocupándose de todo lo demás) pero sin llegar a tanto como le exige el activismo moral (pues no

³ Wendel define *entitlement*, en clave hoffeldiana, como «un derecho sustantivo o procedimental, creado por el Derecho, que establece *claim-rights* (que implican deberes sobre otros), privilegios para hacer cosas sin interferencias, y poderes para cambiar la situación jurídica de otros (p.ej., imponiendo obligaciones contractuales)» (50).

procede que realice una valoración de cada caso en términos de moralidad ordinaria). El *entitlement* se sitúa así entre el puro poder y la pura moral.

Como consecuencia, «el deber básico de todos los abogados es actuar con fidelidad al Derecho» (16). Aunque, y contra lo que opina el activismo moral, el profesional no debe incorporar al ejercicio profesional sus visiones personales de moral ordinaria, la teoría de la fidelidad al Derecho modifica sustancialmente el principio de parcialidad afirmado por la concepción estándar. El abogado de Wendel, más que un servidor exclusivo de su cliente, presenta una suerte de doble fidelidad al cliente y al Derecho, la cual se traduce en la primacía de los *entitlements* sobre los intereses, y justifica la consideración de los abogados no tanto como agentes privados sino como agentes «casi-políticos» (11). Esa doble fidelidad hacia cliente y Derecho debe entenderse como compuesta y no como enfrentada: el abogado sirve el interés del cliente a través y sólo a través de lo que este merece jurídicamente, o dicho a la inversa, muestra su fidelidad al Derecho mediante la defensa estricta de los *entitlements* del cliente. La obligación de respeto por el Derecho es primordial, y «se aplica incluso cuando sería mejor para los intereses del cliente obtener un resultado que no venga apoyado por un *legal entitlement* plausible» (49).

IV

La teoría de la ética profesional como fidelidad al Derecho parte de una importante opción metodológica, como es trasladar el foco de atención desde el ámbito de la filosofía moral hasta el de la filosofía del Derecho. Para Wendel la clave de la deontología no se ha de buscar en la moralidad ordinaria sino en la moralidad institucional. Más concretamente, dicha clave se halla en el rol que el abogado ocupa dentro de un sistema complejo y preñado en sí mismo de valor moral que le exige al profesional un constante ejercicio de responsabilidad. La de Wendel es, ante todo, una ética jurídica como filosofía del Derecho, y precisamente por eso plantea importantes problemas de carácter iusfilosófico. Destaco dos, los cuales la obra es capaz de responder al menos de manera parcial.

El primero es el de la muy discutida cuestión del valor moral de la legalidad, que constituye uno de los grandes debates en la filosofía jurídica de la segunda mitad del siglo xx. Si el abogado actúa moralmente por ser fiel al Derecho, y sin introducir sus propias valoraciones de moralidad ordinaria, es porque la moral está ya «incorporada» en ese Derecho. De ahí que, para garantizar la coherencia de su teoría, Wendel deba sostener expresamente que «la legalidad tiene valor moral, y es ese valor el que sustenta el rol del abogado y le concede relevancia normativa», habiendo afirmado antes que «la legalidad no es el único bien. Pero es un bien» (10). A partir de aquí, la relación entre moralidad ordinaria y ética profesional debe entenderse de manera indirecta, en un razonamiento que sigue la estructura típica de la moralidad de rol: los valores de moralidad ordinaria justifican la institución, que a su vez justifica los deberes propios del rol.

No sorprende que el valor moral de la legalidad tenga para Wendel carácter procedimental, ni que esté vinculado con el atractivo normativo de la democracia, relacionado a su vez con la necesidad de tener un sistema que permita organizar la cooperación social con cierta estabilidad en un contexto de pluralismo moral. Ese pluralismo implica una situación caracterizada por

desacuerdos morales profundos y persistentes que no pueden resolverse mediante el mero recurso a la razón, lo cual nos lleva a tener buenas razones para respetar el Derecho como tal. Esta línea básica de argumentación la repite Wendel con insistencia a lo largo de la obra, consciente de que se trata de un punto crítico en el que su teoría se juega mucho.

Desde una visión de filosofía jurídica académica, Wendel es más explícito a la hora de decir dónde no está que no dónde está. Y donde no está es en una visión instrumentalista del Derecho, esto es, una perspectiva que contempla al Derecho como mero instrumento sin ningún valor especial, la cual es propia del realismo jurídico que ha sido con frecuencia identificado como la filosofía práctica propia de los abogados⁴. El mal hombre holmesiano, al que del Derecho no le importan más que sus consecuencias, no puede ser en ningún caso el buen abogado de Wendel. También será difícil en mi opinión (aunque el autor no lo dice) compatibilizar esta teoría con una posición de positivismo estricto o excluyente, en la medida en que el buen abogado de Wendel muestra su fidelidad al Derecho a través de una interpretación de las normas que debe tener en cuenta el valor moral que estas llevan incorporado. Y no se ve cómo puede hacerlo si elimina totalmente la dimensión moral de su razonamiento. Parece, en definitiva, que el deber de fidelidad al Derecho implica una *cierta* confusión entre razonamiento moral y jurídico.

Pero salvadas estas incompatibilidades, la teoría de Wendel no asume un compromiso firme con ninguna filosofía jurídica sustantiva. De hecho, y aunque en su idea de legitimidad procedimental resuena claramente el pensamiento de Fuller, la obra también contiene guiños a otras posiciones iusfilosóficas importantes del siglo XX, desde el positivismo «suave» de Hart y su punto de vista interno hasta la teoría no-positivista de Dworkin, pasando por la *process jurisprudence* de Henry Hart y Albert Sacks⁵.

La crítica al instrumentalismo jurídico se repite también en relación con el segundo gran problema iusfilosófico que afronta la teoría de Wendel, a saber, el de la determinabilidad del Derecho. Si la ética como fidelidad exige del abogado que interprete las normas jurídicas respetando su contenido y su finalidad, eso quiere decir que contenido y finalidad son determinables y que por tanto es posible distinguir entre las interpretaciones que respetan ese contenido y finalidad y aquellas que no lo hacen. Dicho en otros términos, si no existiera un criterio mínimamente objetivo para establecer a partir de las normas qué es jurídicamente defendible y qué es jurídicamente injustificable, no

⁴ Stephen PEPPER, «The Lawyer's Amoral Ethical Role», *American Bar Foundation Research Journal*, 4, 1986, pp. 613-635.

⁵ Cuestión aparte, a medio camino entre lo filosófico y lo psicológico, es que la apreciación wendeliana por la legalidad promueva la adopción de una posición acrítica hacia el sistema, como apunta un comentarista al afirmar que «en ocasiones Wendel se desliza hacia la apología del status quo» (David LUBAN, «Misplaced Fidelity», *Texas Law Review*, 90, 2012, p. 680). Wendel es consciente de la crítica, que trata de responder en la conclusión del libro: «[a]lgunos lectores puede que vean todo esto como un fetichismo de la legalidad, como si olvidara que la forma del *rule of law* puede utilizarse por parte de gobiernos horribles» (209). Y obviamente el autor no olvida esa posibilidad, pero me parece seguro afirmar que la tiene poco en cuenta, y que eso es deliberado. La teoría de Wendel ni es ni pretende ser de aplicación universal, sino que su contexto implícito es el de un sistema, aunque no ideal, razonablemente justo y basado en una democracia que funciona razonablemente bien.

cabría ni siquiera hablar de los *legal entitlements* como algo distinto de los meros intereses.

A diferencia de otros discursos de ética jurídica, que parten del implícito más bien ingenuo de que el Derecho demanda del cliente o de su abogado algo unívoco e indiscutido, Wendel muestra a través de sus muchos ejemplos que la principal tarea del jurista consiste en la interpretación, y que existen muchas y variadas maneras técnicamente correctas y éticamente legítimas de interpretar un texto normativo, incluso cuando apuntan hacia soluciones opuestas. Ahora bien, dentro de tal variedad es posible distinguir entre una interpretación heterodoxa, ingeniosa u original, y una interpretación que está fuera de juego, que es resultado de una manipulación del Derecho con el propósito de esquivarlo, de evitarlo, o de saltárselo como un obstáculo que se ha interpuesto frente a los intereses pre-jurídicos del cliente. Para ello a Wendel le basta con «establecer que existe suficiente objetividad y determinabilidad en el Derecho como para que el conjunto de posiciones jurídicas que carecen de un soporte adecuado no sea un conjunto vacío» (176). Lo cual no exige adoptar un compromiso con ninguna teoría objetivista en sentido fuerte, ni afirmar la plena determinabilidad del Derecho, ni mucho menos sostener una tesis como la de la «única respuesta correcta» de Dworkin. Ahora bien, sí es incompatible la posición de Wendel con las teorías iusfilosóficas que predicen la radical indeterminación del Derecho, posiciones que vendrían a identificarse con el realismo más crítico al estilo de los *critical legal studies*, y que a grandes rasgos disolverían la argumentación jurídica en la puramente política.

La esperanza de determinabilidad moderada está apoyada para Wendel en un elemento sociológico *lato senso* como es el de la comunidad interpretativa, un elemento que le concede un cierto aire elitista típico en los estudios tradicionales sobre la profesión. Esa comunidad interpretativa, «compuesta de jueces, abogados, profesores y ciudadanos interesados que han aprendido a diferenciar entre razones jurídicas y no-jurídicas», es la que permite considerar la interpretación como un «proceso comunitario, que hace referencia a criterios intersubjetivos para el ejercicio y la regulación del juicio» (196). Aunque se trate de un elemento, como digo, de base sociológica, para Wendel cumple un papel esencialmente heurístico en la actuación del abogado, papel que destaca en los contextos no-litigiosos, esto es, los ámbitos transaccionales o de asesoría, en los cuales la ausencia del control por parte de un juez o árbitro imparcial impone en el abogado una responsabilidad reforzada para autolimitar el rango de las interpretaciones jurídicas plausibles. La comunidad interpretativa sirve como referencia para fijar ese límite, y así el abogado la puede introducir en el despacho en el que está reunido a solas con su cliente formulándose a sí mismo preguntas tales como «¿aceptaría un juez este argumento?» o «¿qué diría un colega mío si le planteara esta interpretación?».

Dije antes que Wendel responde *parcialmente* a estos dos problemas (el del valor moral de la legalidad y el de la determinabilidad del Derecho) porque sus respuestas están orientadas a la coherencia de su teoría y no primariamente a fijar posiciones iusfilosóficas al respecto. Siendo el suyo un libro que puede calificarse en sentido amplio como de filosofía del Derecho, Wendel no entra de pleno, ni pretende hacerlo, en el fondo de esas cuestiones, sino que de manera metodológicamente legítima el autor reconoce sendas problemáticas y se sitúa en relación con ellas, dejando claro qué posiciones son incompatibles con su teoría. No es necesario adoptar un compromiso moral fuerte con la legalidad para entender

que Yoo y Bybee tiraron por tierra el evidente valor moral que comporta la muy restrictiva regulación de la tortura. Ni tampoco es necesario sostener la plena determinabilidad del Derecho para concluir, tras analizar en detalle la argumentación jurídica que emplearon, que sus interpretaciones fueron forzadas, engañosas, ajenas a los criterios habitualmente utilizados por la comunidad de los juristas y plausiblemente refrendados por la opinión pública, y que mediante ellas pretendían obtener resultados opuestos a la finalidad manifiesta de las normas implicadas.

V

Extrapolando a partir del ejemplo, considero que la principal fuerza práctica del libro de Wendel radica en la crítica frontal y rotunda a la manipulación leguleya del Derecho que es no poco habitual en la práctica de la abogacía. El enemigo a combatir es una extendida actitud instrumental e irrespetuosa hacia la ley, es decir, hacia aquello que debería ser visto, desde una perspectiva más amplia, más profunda y más ética, como un triunfo civilizatorio. La manera en que esta crítica se relaciona con los puntos iusfilosóficos más generales que trata la obra queda brillantemente expresada en su conclusión, que no me resisto a citar *in extenso*.

[L]as instituciones y los procedimientos que conforman el sistema jurídico no están aislados de consideraciones de moralidad y justicia.... Si la *rule of law* significa algo, es que el poder absoluto resulta intolerable, y las posiciones jurídicas deben estar justificadas de tal manera que presten el debido respeto a todos los ciudadanos afectados. Cuando los abogados trabajan dentro de un sistema jurídico que funciona razonablemente bien, sus acciones poseen los valores que derivan de esos ideales. Al orientar la ética jurídica alrededor de dichos valores, podemos ver con más claridad qué es erróneo cuando los abogados manipulan el Derecho al servicio de clientes poderosos. El fracaso ético no consiste en la violación de obligaciones morales ordinarias, sino en no mostrar la fidelidad al Derecho que constituye la obligación primaria de todos los juristas. (208)

Sea cual sea la posición que cada uno sostenga respecto al valor moral de la legalidad, me parece difícil no acordar con Wendel en su certera identificación y devastadora crítica del vicio profesional que tan mala fama ha otorgado a los juristas a lo largo de los siglos.

César ARJONA SEBASTIÀ
Universitat Ramon Llull, Barcelona