

# DEONTOLOGÍA DEL ABOGADO Y TORTURA: REFLEXIÓN SOBRE EL DEBATE IUSFILOSÓFICO NORTEAMERICANO

ATTORNEY'S LEGAL ETHICS AND TORTURE: A DISCUSSION WITHIN  
THE NORTH AMERICAN JURISPRUDENTIAL DEBATE

ANDREA ROMEO

Università "Magna Græcia" de Catanzaro

Fecha de recepción: 8-11-17

Fecha de aceptación: 6-9-18

**Resumen:** *El artículo aborda las cuestiones éticas y jurídicas planteadas por los asesoramientos jurídicos ofrecidos por los abogados de OLC (Office of Legal Counsel) sobre la legalidad de la tortura. De acuerdo con la perspectiva estándar, los abogados deben seguir un modelo de profesionalidad poco ético, haciendo todo lo posible en favor de sus clientes hasta los límites de la ley, alargando la interpretación legal para encontrar la más adecuada dentro del rango de interpretaciones plausibles. Sin embargo, muchos especialistas de la deontología profesional teórica y académicos empezaron a criticar esta concepción de la deontología, señalando las interpretaciones no concluyentes, los argumentos engañosos y fracaso de la abogacía en el asesoramiento sobre la tortura desde un punto de vista iusfilosófico.*

**Abstract:** *The article addresses the ethical and jurisprudential issues raised by some legal advices on torture's legality offered by OLC (Office of Legal Counsel) lawyers. According to the standard view perspective, lawyers are committed to hired-gun professionalism, doing everything for their clients up to the limits of the law, stretching legal interpretation to meet the most suitable one among the range of plausible interpretations. Nevertheless, many legal ethicists and legal scholars started to criticize such legal ethics account, pointing out the inconclusive interpretations, the misleading arguments and the advocacy failure in the tortures lawyers' counseling from a jurisprudential point of view.*

**Palabras clave:** derechos humanos, ética jurídica, asesoramiento legal, memorandos sobre la tortura

**Keywords:** human rights, legal ethics, legal advising, torture memo

## 1. TORTURA, DERECHOS HUMANOS Y EL ROL DEL ABOGADO

Aunque hablar de tortura, hoy en día, en la era moderna, podría parecer a primera vista un ejercicio crítico con un sabor anacrónico, el tema, en realidad, se encuentra en el centro de un animado debate que ha dado lugar a un notable flujo de escritos y contribuciones<sup>1</sup>.

De hecho, tratando este tema se tiene la sensación de violar un tabú real del aparato conceptual del jurista democrático moderno, y casi se tiene la sensación –como afirma La Torre– de llevar a cabo una reflexión que hubiera sido mejor no hacer, teniendo que ver con una moral impensable<sup>2</sup>. En cualquier caso, después de los acontecimientos que tuvieron lugar tras el 11 de septiembre de 2001, la dramática concreción de la tortura, y las opiniones ofrecidas por abogados y académicos sobre la oportunidad de legalizarla, dieron lugar a una discusión que hoy en día aparece, paradójicamente, cada vez más encendida y debatida<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Véase, entre otros, S. LEVINSON (ed.) *Torture: A Collection*, Oxford University Press, Oxford, 2004; K. ROTH, M. WORDEN (eds.), *Torture: Does it Make us Safer? Is it Ever OK? A Human Rights Perspective*, The New Press, New York, 2005; M. BAGARIC, J. CLARKE, *Torture: When the Unthinkable is Permissible*, State University of New York Press, Albany, 2007; B. BRECHER, *Torture and the Ticking Bomb*, Blackwell, Oxford, 2008; B. CLUCAS, G. JOHNSTONE, T. WARD (eds.), *Torture: Moral Absolutes and Ambiguities*, Nomos, Baden-Baden, 2009; J. WALDRON, *Torture, Terror and Trade-Offs: Philosophy for the White House*, Oxford University Press, Oxford, 2010; M. LA TORRE, M. LALATTA COSTERBOSA, *Legalizzare la Tortura? Ascesa e declino dello Stato di diritto*, Il Mulino, Bologna 2013; M. KRAMER, *Torture and Moral Integrity. A Philosophical Enquiry* Oxford University Press, 2014; M. RICHARD, *The Absolute Violation: Why Torture Must be Prohibited*, Montreal, McGill-Queen's University Press, 2008; J.M. BERNSTEIN, *Torture and Human Dignity: An Essay on Moral Injury*, Chicago University Press, Chicago, 2015; D. LUBAN, *Torture, Power and Law*, New York, Cambridge University Press, 2014 e ID., "Liberalism and the Unpleasant Question of Torture", *Virginia Law Review*, núm. 91, vol. 6, 2005, pp. 1425-61; P. LAURITZEN, *The Ethics of Interrogation: Professional Responsibility in an Age of Terror*, Washington, Georgetown University Press, D.C., 2013; F. ALLHOFF, "Terrorism and Torture", *International Journal of Applied Philosophy*, núm. 17, 2003, pp.1 05-18; D. HILL, "Ticking Bombs, Torture and the Analogy with Self-defence," *American Philosophical Quarterly*, núm. 44, 2007, pp. 395-404; J. MAYERFIELD, "In Defence of the Absolute Prohibition on Torture," *Public Affairs Quarterly*, núm. 22, 2, 2008, pp. 109-28; D. SUSSMAN, "What's Wrong with Torture?," *Philosophy and Public Affairs*, núm. 33, 2005, pp. 1-33; J. MCMAHAN, "Torture in Principle and in Practice," *Public Affairs Quarterly*, núm. 22, 2008, pp. 111-128; S. KERSNHAR, "For interrogational torture", *International Journal of Applied Philosophy*, núm. 19, vol. 2, 2005, pp. 223-241.

<sup>2</sup> M. LA TORRE, "Legalità", en M. LA TORRE, G. ZANETTI (eds.), *Altri seminari di filosofia del diritto*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2010, p. 163 ss.

<sup>3</sup> Para una visión general del debate, véase M. LA TORRE, M. LALATTA COSTERBOSA, *Legalizzare la tortura. Ascesa e declino dello Stato di diritto*, cit.

El tema suscitó mucho interés también en el ámbito de la reflexión deontológica de matriz anglosajona, sobre todo en relación con el papel desempeñado por los abogados en la prestación de asesoramiento legal y asistencia a los órganos de gobierno sobre la posible legalidad de ciertas prácticas de tortura o de “interrogatorio agresivo”<sup>4</sup>.

Si este problema estuvo bajo el radar en el debate continental –ya que se trató sobre el tema desde una perspectiva de discurso práctico general–, el juicio deontológico sobre el trabajo de estos abogados representa, en cambio, causa de un gran interés en el ámbito académico anglosajón, especialmente estadounidense, que, en los últimos treinta años, asistió a un desarrollo excepcional de la *ética jurídica* como base para la reflexión iusfilosófica. Es necesario aclarar que, con este sintagma, se denota un debate refinado y extremadamente desarrollado, centrado en los numerosos problemas causados por la difícil conceptualización de la figura del abogado en el sistema jurídico y en el discurso práctico general; un tipo de especulación iusfilosófica que va mucho más allá del mero comentario de las reglas de conducta profesional; un ámbito cerrado donde la deontología continental contemporánea se restringe con demasiada frecuencia.

Basándose, por lo tanto, en los argumentos que pueblan el próspero debate de la *ética jurídica*, el tema que se quiere investigar está centrado en la relación entre el papel del abogado y la tortura, estableciendo sus puntos geodésicos en el respeto de los derechos humanos. En este sentido, y citando uno de los principales protagonistas de ese debate, David Luban, se podría deducir una primera y dramática conclusión: dado que la tortura representa una de las más terribles violaciones de la dignidad humana, resulta difícil para un abogado hacer más daño tratando de garantizar la cobertura legal de las prácticas de tortura y degradación de los individuos<sup>5</sup>.

La relación entre la tortura y el papel del abogado, entonces, emerge inmediatamente del controvertido estatuto ético, que también influye en la posibilidad conceptual de armonizar la actividad de *defensa* con la protección jurídico-operativa de los derechos. De hecho, no es un ejercicio mental demasiado difícil, tratar de adivinar qué dilema moral horrible está obligado a enfrentar el abogado cuando se debe decidir si se debe seguir la propia con-

---

<sup>4</sup> Para una descripción general del rico debate norteamericano, véase K. GREENBERG (ed.), *The Torture Debate in America*, Cambridge University Press, New York, 2006.

<sup>5</sup> D. LUBAN, “The torture lawyers of Washington”, en Id., *Legal Ethics and Human Dignity*, Cambridge University Press, 2007, pp. 162-205, p.163.

ciencia o el supuesto papel-moral en la defensa legal de una persona acusada de ser un implacable y sádico torturador. Sin embargo, aunque el conflicto entre la moral ordinaria y la moral común representa, en cierta medida, el nodo central de la discusión iusfilosófica sobre la función del abogado, el análisis de la cuestión requiere otro tema de investigación previa, permaneciendo sin embargo dentro del contexto de la moral profesional. Por lo tanto, es necesario formular una pregunta más específica intentando encontrar una respuesta: ¿la conducta del abogado que manipula el significado de las normas, para satisfacer los deseos de su cliente, forzando al máximo los límites de la interpretación legal, responde al paradigma deontológico?

La pregunta se inspira en los acontecimientos que tuvieron como protagonistas a los abogados del *Departamento de Justicia de Estados Unidos*, que, a través de sus actividades de asesoría, garantizaron una especie de “cobertura legal” para algunas formas brutales de tortura, directa o camuflada, de acuerdo con el ruego de un cliente particular: la administración Bush<sup>6</sup>.

La reflexión aquí propuesta aborda, por lo tanto, la actividad de asesoramiento prestada por un abogado, en un intento de establecer dónde debe ubicarse el límite exacto entre la opinión forzada y encuadrada de su cliente y una simplemente errónea, y cuáles son las consecuencias operacionales de las dos hipótesis. Además, también es necesario evaluar si es posible distinguir entre justificaciones morales y justificaciones sistémicas para la actividad de defensa legal y asesoramiento jurídico preventivo. Este último, en realidad, plantea problemas particulares, ya que los abogados constituyen, para los ciudadanos, el principal instrumento de acceso cognitivo al Derecho y, por lo tanto, podrían tener un efecto preponderante como guía práctica para las conductas reales<sup>7</sup>. De hecho, un cliente podría entrar en el bufete de un abogado, inspirado por la concepción más realista y clásica de deontología, y correr el riesgo de entrar “como un buen hombre que ve la ley como una fuente de orientación normativa sobre un problema humano (o sea, como diría Hart, como ‘el hombre confundido’, o ‘el hombre ignorante’ que está dispuesto a hacer lo que se le pide, siempre que se le pueda decir qué hacer)”, y salir con la perspectiva del hombre malo al que sólo le im-

---

<sup>6</sup> Véase K. GREENBERG (ed.), *The Torture Debate in America*, cit.

<sup>7</sup> Sobre el punto K.R. KRUSE, “Fidelity to Law and the Moral Pluralism Premise”, *Tex. L. Rev.*, núm. 90, 2012, p. 657 y ss., espec. p. 663; T. SCHNEYER, “The Promise and Problematics of Legal Ethics from the Lawyer’s Point of View”, *Yale Journal of Law & the Humanities*, núm. 16, 2004, pp. 45-78.

portan las consecuencias prácticas que le permiten predecir una cierto conocimiento; y no como lo hace un hombre bueno, que encuentra las razones para actuar tanto dentro como fuera de la ley, en las más confusas sanciones de la conciencia<sup>8</sup>. Y tal efecto puede tener un impacto perturbador cuando el cliente no representa un simple *hombre confundido*, sino una institución gubernamental.

Antes de entrar en los argumentos, parece apropiado aclarar de antemano cuál es el modelo deontológico dominante en el contexto de la *ética jurídica* norteamericana. La opinión predominante es que el punto de vista mayoritario –definido, de hecho, *standard view*– se desarrolló directamente en el ámbito de la práctica real, inspirándose en la concepción realista del Derecho, que ofreció una concepción general contextual mediante la cual se analizaron antes las funciones del abogado<sup>9</sup>. En la dimensión clásica del realismo jurídico –o sea, desde la perspectiva del “bad man”, a quien sólo le importan las consecuencias materiales de las acciones<sup>10</sup>– el Derecho es considerado de una manera instrumental, y el abogado, ofreciendo su asesoramiento jurídico a los propios clientes, tiende a definir y a darse cuenta de los objetivos del cliente, haciéndolos coincidir lo más posible con los intereses de estos<sup>11</sup>. Si la ley, en otras palabras, representa nada más que la capacidad de prever las decisiones de los jueces, cualquier predicción podría contemplarse, y ninguna de ellas, en verdad, podría presentarse como mejor que las anteriores antes de que se verifique<sup>12</sup>.

Combinando esta concepción realista, dominante en la práctica, con la perspectiva tradicional “a-moral” del papel del abogado –como señala Stephen Pepper– el resultado es que en la relación cliente-abogado no parece

---

<sup>8</sup> K.R. KRUSE, “The Jurisprudential Turn in Legal Ethics”, *Ariz. L. Rev.*, núm. 53, 2011, pp. 493-531, ahora también en K.R. KRUSE, “La svolta giusfilosofica nella deontologia dell’avvocato”, trad. de A. Romeo, en K.R. KRUSE, *Avvocatura e teoria del diritto. Per una deontologia forense filosoficamente consapevole*, editada por M. LA TORRE, Napoli 2015, pp. 36-37.

<sup>9</sup> Véase, entre otros, S.L. PEPPER, “The Lawyer’s Amoral Ethical Role: A Defense, A Problem and Some Possibilities”, *A. B. Found. Res. J.*, núm. 4, 1986, pp. 627-28, disponible en el sitio web <http://ssrn.com/abstract=1268871>; y ID., “Counseling at the Limits of the Law: An Exercise in the Jurisprudence and Ethics of Lawyering”, *Yale L. J.*, núm. 104, 1995, pp. 1550-52. Véase también M. LA TORRE, “Abogacía y retórica. Entre teoría del derecho y deontología forense”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo XXV, 2008-2009, pp. 13-34.

<sup>10</sup> O.W.JR. HOLMES, “The Path of the Law”, *Harvard Law Review*, núm. 10, 1897, p. 459.

<sup>11</sup> K. R. KRUSE, *La svolta giusfilosofica nella deontologia dell’avvocato*, cit., p. 33.

<sup>12</sup> D.B. WILKINS, “Legal Realism for Lawyers”, *Harv. L. Rev.*, núm. 104, 1990, p. 468 ss., spec. 476-78.

haber ningún espacio para formas de asesoramiento moral o para intentar dirigir los intereses de los clientes<sup>13</sup>. Desde este punto de vista, por lo tanto, la obligación de independencia se pliega forzosamente a las exigencias de una fidelidad absolutista y absorbente, sin dejar espacio a la búsqueda de formas de justicia extra-sistémica y sustancial, quizás en plena contradicción con los deseos del cliente<sup>14</sup>. De esto se deduce que la interpretación jurídica propuesta por un abogado –dada la racionalidad estratégica que se encuentra detrás de cada lectura de la ley– no podría ser convencional o generalizada, ya que el defensor “cambia su interpretación de acuerdo con el interés de su patrocinado, y su propuesta de interpretación es válida solo para la única causa”<sup>15</sup>.

En este tipo de contexto se debe llegar a la conclusión de que la actividad del abogado debe concentrarse en aprovechar al máximo la ambigüedad semántica de los términos de las disposiciones jurídicas, yendo tan lejos como para proponer una interpretación de la ley que pueda parecer bastante discutible, de acuerdo con la famosa declaración de Luis XII, donde los abogados manipulan la ley en la misma forma que un zapatero modela un zapato a medida para su cliente<sup>16</sup>. Y de hecho, en la visión dominante –dice Wendel– hasta que parezca posible prever un argumento convincente, o que apoye una determinada interpretación de una norma a favor del cliente, el abogado tiene todo el derecho de servirse de ella en el interés de su cliente; más bien, él debería estar obligado a hacerlo en el cumplimiento del deber de “partidismo.”<sup>17</sup>

Estando de acuerdo con tal interpretación sobre la función de los abogados, la pregunta que el cliente dirige a su defensor ya no es: “Dime que tengo derecho a hacer”; sino, cambiando radicalmente el contenido, y asumiendo un tono más sagaz, se convierte en: “Dime si es posible ofrecer alguna inter-

<sup>13</sup> Véase S. PEPPER, “The Lawyer’s Amoral Ethical Role”, cit., p. 616. Véase incluso M. LA TORRE, “Juristas, malos cristianos”. *Abogacía y Ética Jurídica*, *Derechos y libertades*, núm. 17, 2007, pp. 71-108.

<sup>14</sup> H.W. JONES, “Lawyers and Justice: The Uneasy Ethics of Partisanship”, *Vill. L. Rev.*, núm. 23, 1978, pp. 957-976.

<sup>15</sup> G. TARELLO, *L’interpretazione della legge*, Milano 1980, p. 66. En realidad, las interpretaciones hechas por los abogados no tienen un efecto práctico solo en la dimensión del cliente y en su situación jurídica personal; la suma de estas consultas, según Katherine Kruse, podría, en realidad, “determinar la forma en que la ley vive en la sociedad”. R. KRUSE, “The Jurisprudential Turn in Legal Ethics”, cit., p. 499.

<sup>16</sup> W.B. WENDEL, *Lawyers and Fidelity to Law*, Princeton, 2010, p. 69.

<sup>17</sup> W.B. WENDEL, “Civil Obedience”, *Colum. L. Rev.*, núm. 104, 2004, p. 393.

pretación de la ley con el fin de obtener cobertura legal para lo que quiero hacer.” Concretada en tales términos, la cuestión impone, al defensor, un esfuerzo para realizar y maximizar los objetivos de su cliente, afilando su talento exegético para explotar la ambigüedad semántica inherente al lenguaje normativo, así como la complejidad del sistema, forzando hasta el límite la indeterminación prescriptiva de las directivas a través de interpretaciones creativas, y aprovechando cada posible vacío, laguna, o escapatoria presente en el sistema<sup>18</sup>.

En pocas palabras, “[a] lawyer acts as their client’s champion”<sup>19</sup>, o sería mejor decir que actúa como un *sicario del cliente*<sup>20</sup>. De eso se deduce que los abogados disfrutaban de una considerable “*non-accountability*” en comparación con las acciones llevadas a cabo en nombre de sus patrocinados cuyas consecuencias (incluso morales) seguirían estando dentro de la esfera de responsabilidad de este último. Desde esa perspectiva, aunque se tome como dato irrefutable el disvalor de la tortura, la desaprobación de esta última y el intento de acomodar una posible interpretación jurídica legitimadora no deberían afectar para nada a los juristas consultados por el gobierno. Sin embargo, sus trabajos, en un nivel intuitivo, no parece libre de críticas, y el edificio de neutralidad erigido por la *visión dominante* ha demostrado, en los últimos años, muchas grietas, hasta dar la impresión de un colapso anunciado e inminente. Y fue uno de sus más formidables oponentes, David Luban, el que sacó a la luz los problemas de la visión estándar y del trabajo de los “*abogados de las torturas*”.

## 2. ¿LOS ABOGADOS DE LAS TORTURAS SON BUENOS “SICARIOS”?

Para entender realmente cuál ha sido el trabajo de los diversos *abogados de las torturas*, y comprender a dónde dirigir la crítica, es útil analizar, aunque brevemente, algunos aspectos técnicos de las opiniones ofrecidas. Además, el mismo Luban señala “[t]he devil lies in the details, and without

---

<sup>18</sup> D. MORGAN, “The Evolving Concept of Professional Responsibility”, *Harvard Law Review*, núm. 90, 1977, pp. 702-743, p. 705.

<sup>19</sup> T. DARE, *The Counsel of Rogues?: A Defence of the Standard Conception of the Lawyer’s Role*, Farnham, Surrey, 2009, p. 5.

<sup>20</sup> T. SCHNEYER, “Some Sympathy for the Hired Gun”, *J. Leg Edu.*, núm. 41, 1991, p. 11. La expresión es utilizada por M.H. FREEDMAN, “Personal Responsibility in a Professional System”, *Cath. U. L. Rev.*, núm. 27, 1978, pp. 191-205, quien se pregunta: “[i]s the lawyer just a “hired gun” or must the lawyer “obey his own conscience, not that of his client?””. Ivi, 192.

the details we cannot study the devil”<sup>21</sup>. Entre los informes jurídicos escritos sobre la legalidad de las prácticas del interrogatorio agresivo, después del 11 de septiembre de 2001, la más famosa y discutida es probablemente el “*Bybee Memo*”, escrita para tranquilizar a la CIA –dirigida a Alberto Gonzales, secretario del Departamento de Justicia de los Estados Unidos en ese tiempo– sobre la legalidad de ciertas prácticas de interrogatorio agresivo contra algunos prisioneros de Al Qaeda<sup>22</sup>. En ese juicio, Bybee (en ese momento *Subprocurador General Adjunto*) y Yoo (*Secretario de Justicia Auxiliar* y efectivo redactor del juicio), entre las cuestiones abordadas para establecer la legalidad del interrogatorio/tortura, concluyeron diciendo que una conducta destinada a infligir dolor no se puede leer en términos de una tortura efectiva si no conduce a la alteración de las funciones de un órgano vital o a la muerte del sujeto o, incluso, a un daño psíquico prolongado<sup>23</sup>. Además, invocaron el principio de legítima defensa preventiva para justificar el interrogatorio hiper-agresivo. De hecho, incluso si en tal caso falta el requisito de un peligro cierto, directo e inmediato, según Bybee el terrorista participó en la planificación de un ataque, o, de todos modos, sabía algo, por lo tanto hubiera sido capaz de proporcionar una valiosa información sobre esto. Entonces el principio fundamental de la autodefensa<sup>24</sup> entra en juego.

Además, Bybee/Yoo, mediante una particular interpretación extensiva de la reserva de los Estados Unidos para ratificar la Convención contra la Tortura de 1988, parecen introducir una especie de doctrina de “*doble efecto*”, en la cual es posible hablar de tortura efectiva y real sólo cuando hay un *intento especial*, por lo tanto, una intención específica sustancial de tortura, con la consecuencia de excluir de la denominación del término a todas aquellas acciones en las que la imposición del dolor era sólo un corolario secundario (en aguda contradicción con el art. de la Convención de 1988 antes mencionada)<sup>25</sup>. El informe finalmente sugiere la posible inconstitucio-

<sup>21</sup> D. LUBAN, *The torture lawyers of Washington*, cit., p. 165.

<sup>22</sup> J.S. BYBEE, *Memorandum for Alberto R. Gonzales Counsel to the President, Re: Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C. 2340–2340A*, Washington, D.C., US Department of Justice, en M. DANNER, *Torture and Truth. Abu Ghraib, and the War of Terror*, New York Review of Books, NY, 2004. Véase, entre otros D. JOHNSTON, S. SHANE, *Interrogation Memos: Inquiry Suggests No Charges*, NYTIMES.COM, May 6, 2009, <http://www.nytimes.com/2009/05/06/us/politics/06inquire.html> (link).

<sup>23</sup> *Memorandum for Alberto Gonzales to President Bush*, cit., p. 115.

<sup>24</sup> *Ibidem*.

<sup>25</sup> M. LA TORRE, “*Legalità*”, cit., p. 172. El autor, al respecto, señala que esta interpretación de hecho negaría la posibilidad de tortura, ya que es notoriamente un mero instru-

nalidad de la Ley Federal contra la tortura, en concreto del artículo 2340A, cuando éste se interprete en el sentido de poner un límite a los poderes del Presidente como “Comandante en jefe”, según la interpretación de Schmitt de la cláusula a que se refiere el art.2 de la Constitución de los Estados Unidos. Otra cuestión exegética: los terroristas nunca podrían ser llamados luchadores regulares con la consecuencia de que no podrían disfrutar de las garantías ofrecidas por la Convención de Ginebra<sup>26</sup>.

Después del *memorando* de Bybee y Yoo, el Departamento de Justicia solicitó una segunda opinión a los consultores de la OLC, obteniendo así el conocido *Levin Memo*<sup>27</sup>. El abogado Daniel Levin, firmante del documento, ofreció una visión mucho más moderada que la del anterior informe de Bybee (y ahora celebre, según el número de críticas), rechazando la polémica definición de tortura, empezando por el concepto de dolor extremo y deterioro de órganos, y considerando concebible poder procesar a los torturadores autorizados por sus propio Presidente (eliminando de esta manera la teoría del absolutismo de la *cláusula del Comandante en jefe* y de los *poderes enumerados*)<sup>28</sup>. Sin embargo, para el jurista, la celebre práctica del *waterboarding*, o las técnicas de privación del sueño, por ejemplo, podrían no considerarse auténticas “torturas”, ya que la misma definición de tal conducta prohibida no permite una interpretación tan extensa. Según el abogado Levin, la ley que prohíbe la tortura habla de “dolor físico y angustia psicológica”, y después de haber simulado un ahogamiento durante unos segundos o, como máximo, durante unos minutos, pudo afirmar que el método del *waterboarding* no crearía en verdad “un sufrimiento físico severo”<sup>29</sup>. Y, sin embargo, el art. 2340A utiliza el adjetivo prolongado solo en relación al daño mental.

Otra opinión que, de alguna manera, se refiere al marco de la posible justificación de la tortura es el *Beaver Memo*. Una vez más, la cuestión planteada a la atención de Diane Beaver (en ese momento Asesor jurídico JAG en Guantánamo) se refería a la evaluación jurídica de ciertas prácticas de interrogatorio “duras” contra el detenido Mohammed Al-Kahtani, terrorista implicado en los hechos del 11 de Septiembre. Al-Kahtani fue sometido a diversas técnicas de interrogación agresivas: humillación sexual –el prisio-

---

mento de interrogadores particularmente desenfrenados funcional para extraer información y rara vez se utiliza exclusivamente con el propósito de causar dolor.

<sup>26</sup> Ivi, p. 173. Véase también D. LUBAN, *The torture lawyers of Washington*, cit., p. 179.

<sup>27</sup> *Memorandum for Alberto Gonzales to President Bush*, cit.

<sup>28</sup> D. LUBAN, *The torture lawyers of Washington*, cit., p. 180.

<sup>29</sup> *Ibid.*

nero fue detenido y obligado a llevar ropa interior femenina en su cabeza-, bombardeo musical muy fuerte –o sea, técnicas de debilitamiento de la voluntad a través de la “música fútil” (generalmente canciones heavy metal de Metallica o de Britney Spears)- amenazado con perros militares feroces, obligado a ver películas pornográficas homosexuales, suministro de líquidos a través de un goteo para obligarlo a orinar sobre sí mismo, y así sucesivamente, en una larga muestra de prácticas no solo grotescas, sino también llenas de un cierto gusto sádico.

Beaver, en su *memorando*, empezó afirmando que cualquier tratamiento a los prisioneros debe considerarse siempre a la luz del parámetro de la cláusula de la Octava Enmienda y, específicamente, en relación con los estándares derivados de la interpretación de esta norma en la célebre sentencia *Hudson v. McMillian*<sup>30</sup>. Pero, si bien se reconoce que incluso las técnicas de producción de un dolor leve o de un sufrimiento extemporáneo podrían, en teoría, violar estos estándares, Beaver salió con la teoría de los contralímites, establecida por el principio de que “la buena fe, legitima los intereses gubernamentales”<sup>31</sup>. Por lo tanto, se debería concluir que el método utilizado para extraer una información esencial, a fin de garantizar la seguridad pública, representa un objetivo práctico que es perfectamente coherente con esta cláusula de excepción, mientras que, a la inversa, todas aquellas actividades perpetradas únicamente con el propósito de causar dolor de forma sádica, o maliciosa, permanecerían sin justificación (se retoma, en este sentido, el principio del *doble efecto* de Yoo)<sup>32</sup>. En resumen, la estrategia de Beaver es revertir el sentido normativo de la sentencia *Hudson* con el fin de hacer que la protección constitucional de los prisioneros se reduzca lo más posible. Por lo tanto, concluye recomendando que cualquier práctica sea siempre previamente legitimada por el gobierno, para evitar posibles abusos<sup>33</sup>.

En 2004, Jack Goldsmith (en ese momento Profesor en la Universidad de Chicago, y hoy Profesor de Harvard), asumió el papel de asesor jurídico y escribió un informe sobre la siguiente pregunta: “¿Es posible “deportar” temporalmente a prisioneros fuera de Iraq para interrogarlos a pesar de la

---

<sup>30</sup> La opinión se encuentra en la colección publicada por K.J. GREENBERG, J.L. DRATEL, (eds.) *The Torture Papers: The Road To Abu Ghraib*, Cambridge University Press, 2005, pp. 223 ss.

<sup>31</sup> Ivi, p. 232.

<sup>32</sup> Ibid.

<sup>33</sup> Ivi, p. 235.

prohibición del artículo 49 del Cuarto Convenio de Ginebra?"<sup>34</sup>. El último, vale la pena recordarlo, declara expresamente:

*"Los traslados en masa, o individuales, de índole forzosa, así como las deportaciones de personas protegidas, del territorio ocupado al territorio de la Potencia ocupante o al de cualquier otro país, ocupado o no, están prohibidos, cualquiera que sea la razón".*

A pesar de que la redacción de la disposición parece dejar muy pocas dudas, Goldsmith aclaró que la redacción del artículo llevaría al intérprete a creer que solo los "traslados" y las "deportaciones" a largo plazo están prohibidas, mientras que las meras transferencias obligatorias temporales, destinadas a llevar a cabo un interrogatorio, no serían ilegales. Esta interpretación restrictiva sería el resultado de una deducción lógica deducida de la comparación con la disposición del art. 24 de la Convención, que, como se sabe, permite el traslado de niños huérfanos en caso de guerra. El razonamiento de Goldsmith es más o menos el siguiente: si la prohibición del art. 49 fuera absoluta, e impidiera cualquier tipo de traslado, estaría en clara contradicción con el tercer párrafo del art. 24<sup>35</sup>. No sorprende, sin embargo –señala Luban– que esta posible antinomia nunca fue sugerida o propuesta por ningún otro comentarista o jurista antes que Goldsmith; y esto porque los conceptos de "deportación" y "traslado forzoso" están demasiado lejos de la expatriación de niños para escapar de las atrocidades de la guerra<sup>36</sup>. Sin embargo, Goldsmith no está satisfecho con la teoría de la posible antinomia entre los art. 49 y 24, y ofrece un argumento adicional para apoyar su lectura pro gubernamental. Hay otros dos artículos de la Convención (exactamente el 51 y el 76) que tutelan a los sujetos sometidos al trabajo forzoso y a los prisioneros, evitando que el trabajo forzoso se efectúe más allá de las fronteras del país ocupado, y, también, que la condena se pueda cumplir en el extranjero. Entonces –como señala Goldsmith– si el art. 49 sanciona realmente la prohibición de cualquier forma de expatriación forzosa, tales disposiciones serían ciertamente pleonásticas y carentes de un sentido normativo autónomo. Este razonamiento, para Luban, es una manifestación evidente de un formalismo anodino, ya que estas normas –citando el Comentario de la Cruz

<sup>34</sup> La opinión se analiza en D. LUBAN, *The torture lawyers of Washington*, cit., p. 184.

<sup>35</sup> D. LUBAN, *The torture lawyers of Washington*, cit., p. 186.

<sup>36</sup> *Ibid.* El autor añade: "Goldsmith's analogy between captives sent to be interrogated and children sent to safety boggles the mind and that analogy is the sole basis of his argument that if Geneva doesn't forbid the latter it doesn't forbid the former".

Roja- sirven precisamente para reforzar la protección del artículo 49, especificando dos situaciones que podrían interpretarse como excepcionales y suprimidas de la lista de aquellas prohibidas por la disposición<sup>37</sup>.

Goldsmith, en cambio, no cita ninguna fuente oficial en la articulación de su tesis sobre el significado de los términos contenidos en la disposición referida en el art. 49, excepto por el principio jurídico "*misma palabra-mismo significado*", según el cual si el legislador utiliza un término con un cierto significado, este último debe ser el mismo para cualquier otro uso del mismo lema en contextos sustancialmente similares. Por lo tanto, dado que en otros párrafos de la Convención el término "traslado" parece referirse explícitamente a movimientos a largo plazo, aplicando el principio mencionado anteriormente, la misma expresión contenida en la disposición a que se refiere el art. 49 debería entenderse necesariamente con idéntico contenido semántico. Pero, desafortunadamente -señala Luban- el contexto es extremadamente diferente, y el sentido de protección ofrecido por el art. 49 debería prevenir cualquier forma de expatriación forzada<sup>38</sup>. Incluso en este último caso, por lo tanto, hay formas de "manipulaciones textuales cabalísticas" y un uso de sofismas hermenéuticos no muy efectivos, blandidos con el único propósito de doblar la ley para los intereses del cliente, especialmente de un cliente portador de un interés "público", como en el caso del gobierno. Pero, todo esto, -cuanto menos según una cierta lectura de la visión clásica- es todo lo que un buen abogado debería hacer; nada más y nada menos. Sin embargo, persiste la duda de que, incluso desde una perspectiva interna sobre la teoría de la moral, estos comportamientos no estén exactamente en sintonía con el paradigma de un buen abogado, y hay muchos autores que han criticado, de manera severa, el trabajo de los "*Abogados de las Torturas*".

### 3. VENTA DE INDULGENCIAS Y LÍMITE DE LA FRIVOLIDAD: LA CRÍTICA DE DAVID LUBAN

Como se mencionó anteriormente, desde el punto de vista de la perspectiva realista dominante es difícil negar que los abogados de la OLC hayan realizado esfuerzos sustanciales para satisfacer las demandas de sus clientes, prestando asesoramiento legal. Estos últimos, está claro, no querían un

---

<sup>37</sup> Aquí Luban se refiere al comentario de J.S. PICTET, *Commentary on the Geneva Conventions of 12 August 1949*, 1958.

<sup>38</sup> D. LUBAN, *The torture lawyers of Washington*, cit., p. 186.

asesoramiento que les aclarase el punto de la ley en cuestión, sino querían obtener lo que en la práctica se define con el sintagma vulgar *CYA memorandum* (acrónimo de *Cover Your Ass*), también para poder alardear de un cierto pedigrí jurídico en la esfera pública<sup>39</sup>. El objetivo principal –como destacó Luban en su cuidadoso análisis– fue asegurar a los empleados públicos que, siguiendo ciertas órdenes, hubieran cumplido la ley sin incurrir en ninguna responsabilidad legal<sup>40</sup>.

Pero, según muchos comentaristas, los abogados en cuestión excedieron los límites de la *role-morality*, convirtiéndose en verdaderos cómplices morales y jurídicos de los organismos gubernamentales implicados en las prácticas de tortura contra los terroristas prisioneros. Luban, también, trata de argumentar esta clara conclusión, intentando resaltar la diferencia entre la defensa procesal y la actividad de asesoramiento legal. En el caso de este último, si el abogado intentara ajustar la ley según las intenciones del cliente, se comportaría como lo que Luban define ásperamente “*Lawyer as Absolver*” o mejor aún, “*Lawyer as Indulgence seller*”, es decir un torcido vendedor de dispensas de la ley<sup>41</sup>.

Esta función no puede encontrar ninguna justificación, ni siquiera a través de la analogía con la actividad de defensa procesal, dado que el abogado puede proponer cualquier argumento razonable para proteger a su cliente, porque, en este último caso, esto podría estar justificado por el hecho de que el acusado se coloca frente a un poder extraordinario y absorbente, que podría incluso excederse y volverse abusivo si no encuentra límites, entre los que se encuentra la interpretación del abogado, justificada también moralmente desde la perspectiva de “*to keep the State honest*”<sup>42</sup>.

La analogía, sin embargo, no puede persuadir, y esto por varias razones que destaca Luban. En primer lugar, cualquier argumentación llevada a cabo por un abogado en una audiencia pública se encuentra necesariamente con el contralímite de la confutación opuesta y el control público<sup>43</sup>. En este sen-

---

<sup>39</sup> R. D. MOSS, “Executive Branch Legal Interpretation: A Perspective from the Office of Legal Counsel”, *Admin. L. Rev.* num. 1303, 2000, p. 1305.

<sup>40</sup> D. LUBAN, *The torture lawyers of Washington*, cit., p. 206. Véase también R.K. GOLDMAN, “Trivializing Torture: The Office of Legal Counsel’s 2002 Opinion Letter and International Law Against Torture”, *Hum. Rts. Brief*, núm. 1, 2004.

<sup>41</sup> D. LUBAN, *The torture lawyers of Washington*, cit., p. 206.

<sup>42</sup> D. LUBAN, *The adversary system excuse*, en Id., *Legal Ethics and Human Dignity*, cit., p. 30.

<sup>43</sup> Ibid.

tido, señala La Torre, se puede argumentar que la actividad del abogado es propiamente pública, incluso más que la del juez; comparado con este último, de hecho, el abogado siempre tiene la razonabilidad de sus argumentos, que ciertamente no pueden recurrir al poder y a la discrecionalidad<sup>44</sup>. No obstante, tal publicidad requiere, precisamente, la dimensión pública y discursiva del proceso. Y es precisamente es de esta condición de la que parece carecer en el caso del asesoramiento.

Otro tema crítico planteado por Luban se refiere al tipo de argumentación que se ofrece en el asesoramiento. En este sentido, él no está de ninguna manera convencido por la bondad del argumento de que “cada proposición es discutible”<sup>45</sup>. Luban invierte el sentido de la frase al decir que “no todas las proposiciones son bien discutibles, y no todos los argumentos son buenos argumentos”<sup>46</sup>. La interpretación de la expresión «severe pain» que Yoo y Bybee ofrecen a partir de la definición del dolor de la normativa sobre la indemnización del daño biológico, por ejemplo, o aún la teoría dudosa de Goldsmith sobre la antinomia entre el art. 49 y el art. 24 de la Convención de Ginebra, no son solo argumentos infundados, sino que, sobre todo, explica Luban, son “frívolos”<sup>47</sup>. Pero, para demostrar su futilidad e irracionalidad absoluta, no es necesaria una teoría completa de la frivolidad con algún algoritmo que nos dé la distinción entre lo que es simplemente incorrecto y lo que es inadmisibile.

La credibilidad jurídica de una interpretación es más bien un proceso que se tiene que llevar a cabo caso por caso, trazando una curva ideal que distinguiera los temas que la mayoría de los juristas aceptarían y considerarían razonables, y los que casi nadie propondría como posible solución de casos. Lo que hace que la opinión de Bybee y Yoo sea “frívola” o “tonta” es el hecho de que las interpretaciones y los argumentos ofrecidos se sitúan por debajo del nivel de esos temas, que, más o menos, pueden ser aceptados por la comunidad de juristas. Por ejemplo, afirmar que, para definir lo que es un dolor físico se puede aplicar la norma definitoria contenida en el *Estatuto de*

---

<sup>44</sup> M. LA TORRE, “Legalità”, cit., 109. A diferencia del juez que es el depositario de la autoridad, “el abogado no puede arrogarse discrecionalidad”, señala La Torre a este respecto, y añade que: «su actividad sorprendentemente resulta más “pública” que el del juez, ya que debe justificarse explícitamente mediante argumentos plausibles y públicamente aceptables”.

<sup>45</sup> D. LUBAN, “The torture lawyers of Washington”, cit., p. 192. Luban se refiere a una famosa frase atribuida al Profesor de Harvard Kingman Brewster.

<sup>46</sup> Ibid.

<sup>47</sup> Ibid.

*Medicare*, adoptada para un área obviamente diferente, es un ridículo criterio hermenéutico que sugiere una conexión entre fuentes absolutamente distónicas y cualquier teoría de la interpretación sistemática. Al ofrecer asesoramiento, los abogados deben tratar la ley de una manera “honesta”; esto no garantiza que los abogados estén siempre del lado de la dignidad humana, ya que la ley –advierte Luban– también tiene un rostro “cruel”, y la opinión jurídica debe reflejar esta crueldad. Sin embargo, no debe reflejar la crueldad del cliente cuando el Derecho no lo es<sup>48</sup>.

Lo que surge del análisis de Luban es que la actividad de defensa se encuentra en una posición profesional y moralmente diferente de la del asesoramiento legal. En este último caso, de hecho, el abogado no puede actuar como un *zapatero* que manipula la vaguedad semántica de las disposiciones a su antojo, y al servicio de su amo, sino que se le exige que respete el nivel de la argumentación o credibilidad de sus declaraciones. Y esto también porque las absurdas e inconclusas interpretaciones de los *memorandos sobre la tortura*, en realidad, no ofrecieron ninguna protección al Gobierno, fallando incluso desde la perspectiva más cínica de la *visión estándar*<sup>49</sup>.

#### 4. LA TRAICIÓN A LA LEY EN LA CONCEPCIÓN POSITIVA DE LA LEGAL ETHICS

Luban, como hemos señalado, no es el único académico que censuró la conducta profesional de los *Abogados de las torturas* de Washington. Desde una perspectiva diferente al realismo escéptico de la *visión estándar*, Wendel hace una acusación específica a los miembros de la OLC: los abogados del gobierno demostraron infidelidad evidente a la ley. La certeza del Derecho y el respeto a su autoridad son los temas principales en la base de una contrarrespuesta positivista a la concepción tradicional de la función de los abogados, con el fin de proponer un modelo deontológico diferente que pueda superar las distorsiones éticas y funcionales del paradigma realista, demasiado cerca de la voluntad del *cliente/amo* y de la persecución de sus objetivos. Además del rechazo del cinismo escéptico, que nace del ejercicio de

---

<sup>48</sup> D. LUBAN, “The torture lawyers of Washington”, cit., p. 193.

<sup>49</sup> Véase C. KUTZ, *The Lawyers Know Sin: Complicity in Torture*, en K. GREENBERG (ed.) *The Torture Debate*, cit., p. 241; R.K. VISCHER, “Legal Advice as Moral Perspective”, *Geo. L. Legal Ethics*, núm. 19, 2006, pp. 225 ss.; J. WALDRON, “Torture and the Common Law: Jurisprudence for the White House”, *Colum. L. Rev.*, núm. 105, 2006, pp. 1681 ss.

la abogacía, la lectura positivista evita el deslizamiento del otro lado de la cordillera, rechazando, por lo tanto, la figura ideal de un defensor dispuestos a sacrificar los intereses de su cliente sobre el altar (de rasgos nebulosos) de la justicia sustancial<sup>50</sup>. La intuición básica en el modelo neo-positivista de las obligaciones profesionales es garantizar el respeto de la ley misma, asumida como un bien en sí misma, por su mera existencia, y, por lo tanto, concebir una función diferente para el abogado: es decir, servir de mecanismo dentro del sistema de aplicación de normas positivas; una especie de *cuasi-oficial*<sup>51</sup>.

Asumiendo la idea de que esta función pueda representar la función del abogado en el sistema legal, la lealtad de este último debería necesariamente cambiar de objeto; es decir, alejarse del cliente, o sea de la idea de justicia –según las diferentes concepciones mencionadas anteriormente–, y avanzar hacia otro probable amo: el Derecho positivo. Esta diferente conceptualización de la deontología y de la función de los abogados en el sistema es llamada a menudo « *authority view* », y promueve la idea de que el único valor que los abogados no pueden ignorar es, precisamente, el respeto a la autoridad del Derecho positivo. Esta es la tesis defendida también por Bradley W. Wendel<sup>52</sup>.

Este último desarrolla sus argumentos observando, en primer lugar, como el radical pluralismo moral e ideológico, que define las sociedades democráticas y liberales, debería imponer un serio obstáculo a la posibilidad de definir el “justo” en un sentido absoluto. Para superar este desacuerdo normativo fundamental llega, entonces, la ley, que puede ofrecer *razones de autoridad* (*authoritative reasons*) para su obediencia y que prescinde (en parte o totalmente) de las razones subyacentes, permitiendo superar el punto muerto determinado por la caída del pluralismo razonable. Además, Wendel señala

<sup>50</sup> Para un análisis, véase D. LUBAN, *The Good Lawyer: Lawyer's Roles and Lawyers' Ethics*, Totowa, NJ, 1984.

<sup>51</sup> Véase, entre otros, W.B. WENDEL, *Lawyers and Fidelity to Law*, Princeton, 2010; ID., “Civil Obedience”, *Colum. L. Rev.*, núm. 104, 2004; Id., “Lawyers as Quasi-Public Actors”, *Alberta L. Rev.*, núm. 45, 2008, pp. 83-105; ID., “The Lawyer's Role in a Contemporary Democracy, Promoting the Rule of Law, Government Lawyers, Democracy, and The Rule of Law”, *Fordham L. Rev.*, núm. 77, 2009, pp. 1333-1362; Id., “Razian Authority and Its Implications for Legal Ethics”, *Legal Ethics*, núm. 13, 2010, p. 191; T. DARE, *The Counsel of Rogues?: A Defence of the Standard Conception of the Lawyer's Role*, cit., 29 ss.

<sup>52</sup> W.B. WENDEL, “Razian Authority and Its Implications for Legal Ethics”, cit., p. 191. La concepción de la *Authority View* es ampliamente compartida por T. DARE, *The Counsel of Rogues?*, cit., *passim*. Véase D. MORGAN, R.W. TUTTLE, “Legal Representation in a Pluralistic Society”, *Geo. Wash. L. Rev.*, núm. 63, 1995, p. 984 ss.

la que “el atractivo normativo del papel del abogado depende del atractivo normativo de la legalidad”, que fracasaría si el sistema jurídico perdiera la calidad de la certeza<sup>53</sup>. De hecho, si la ley no muestra la capacidad de permitir una actividad social coordinada dentro de un continuo desacuerdo jurídico, no hay razones fuertes para obedecerle, porque la función propia de la ley es precisamente ofrecer una salida del dominio del pluralismo. “La ley existe” –dice Wendel– “para proporcionar un marco para la acción social coordinada frente al desacuerdo moral persistente”<sup>54</sup>.

La concepción de la función del abogado de Wendel está firmemente influida por el positivismo jurídico de carácter raziano, cuyas normas jurídicas aportan las “razones excluyentes” (*exclusionary reasons*); que actúan sobre cualquier otra razón –definidas de primer nivel– que podría justificar un cierto comportamiento, excluyendo cualquier operación de equilibrio práctico<sup>55</sup>. De ahí, entonces, la conocida *Preemption Thesis*, que afirma que la razón autoritaria excluyente sirve como un dispositivo que resuelve la complejidad práctica; por lo tanto, el nudo gordiano, establecido por la multiplicidad de opciones prácticas, no se agrega a la competición de las razones independientes, sino que se aparta de estas y excluye cualquier otra posible razón<sup>56</sup>. Esta, en resumen, es la “concepción del servicio”; es decir el servicio que una autoridad debe poder ofrecer para resolver, o reducir, la complejidad práctica de la competencia axiológica y deóntica de razones de primer orden<sup>57</sup>.

De esta concepción del servicio, Wendel saca la legitimidad del Derecho y las consecuentes obligaciones profesionales/deontológicas que deberían exigirse a los abogados para llevar a cabo sus actividades. En la perspectiva de la *opinión de autoridad*, en esencia, el Derecho es un “*substantial social achievement*”<sup>58</sup>, que encuentra su justificación final por el hecho de permitir, a nivel operacional, la posibilidad concreta de una actividad común y coordinada también en un contexto social marcado por un desacuerdo normati-

---

<sup>53</sup> W.B. WENDEL, “Civil Obedience”, cit., p. 368. “The normative attractiveness of the lawyer’s role depends on the normative attractiveness of legality”.

<sup>54</sup> Ivi, p. 369. “Law exists in order to provide a framework for coordinated social action in the face of persistent moral disagreement”.

<sup>55</sup> Véase J. RAZ, *Practical Reason and Norms*, II ed., Princeton, 1990, p. 183 ss.

<sup>56</sup> Cfr J. RAZ, *The Morality of Freedom*, Oxford, 1984, cap. III.

<sup>57</sup> Ibid. J. RAZ, “Authority and Justification”, *Philosophy and Public Affairs*, núm. 14, 1985, p. 3 y Id., “Authority, Law and Morality”, *The Monist*, núm. 68, 1985, p. 295.

<sup>58</sup> W.B. WENDEL, “Civil Obedience”, *Colum. L. Rev.*, núm. 104, 2004, p. 369.

vo básico, radical y ineludible<sup>59</sup>. Y esto especialmente cuando los procesos de producción normativa se precian de equidad moral, que consistiría en la aceptabilidad práctica de los procedimientos a través de los cuales es posible llegar a un acuerdo práctico que se traduzca en Derecho positivo<sup>60</sup>. Esto significa que el principal deber profesional de fidelidad al Derecho nace del respeto axiológico y normativo para los valores de igualdad y dignidad subjetiva que están reflejados, e implicados, en la composición institucional de la controversia normativa, a través de un proceso legislativo democrático, que debería garantizar voz igual a los participantes en un debate político, para que la definición jurídica resultante pueda reflejar el punto de vista de todos, en la medida de lo posible<sup>61</sup>.

Esta perspectiva reconoce un principio de acción diferente, frente al principio adoptado por la visión dominante, según el cual la actividad de defensa debería limitarse a la mera búsqueda de los derechos del cliente, es decir de “lo que la ley correctamente interpretada pide realmente”<sup>62</sup>. El respeto por la función del servicio no solo evita la recuperación de las razones sustanciales de primer orden, que la ley debería reemplazar, sino que también se opone a la idea escéptica, de inspiración realista, que apoya la concepción estándar y que genera la idea del abogado como un *alter ego* del cliente.

Aunque el razonamiento de Wendel se desarrolla a partir de supuestos teóricos conceptualmente diferentes de aquellos que animan las críticas de Luban, las conclusiones son operacionalmente superponibles: los abogados no tienen la obligación ética/profesional de maximizar los intereses de los clientes que intentan explotar la indeterminación de datos normativos; más bien, deben considerar las normas del Derecho desde un punto de vista propiamente interno, es decir “*as legitimate reasons for action in their practical deliberation*”<sup>63</sup>. Wendel mismo explica esto de una manera ejemplar cuando dice:

---

<sup>59</sup> W.B. WENDEL, *Lawyers and Fidelity to Law*, Princeton, 2010, p. 98.

<sup>60</sup> W.B. WENDEL, *Value Pluralism in Legal Ethics*, cit., 113-213. Véase también el mismo autor, en este punto, W.B. WENDEL, “Legal Ethics as “Political Moralism” or the Morality of Politics”, *Cornell L. Rev.*, núm. 93, 2008, pp. 1413-1436.

<sup>61</sup> W.B. WENDEL, *Lawyers and Fidelity to Law*, cit., p. 91.

<sup>62</sup> Ivi, p. 59. Libre trad. por mí.

<sup>63</sup> W.B. WENDEL, “Legal Ethics and the Separation of Law and Morals”, *Cornell L. Rev.* núm. 72, 2005-2006, p. 72.

“[b]ecause citizens are obligated to treat the law as legitimate—and lawyers, as agents of their clients, cannot have any right to treat the law instrumentally that is greater than that of their clients—lawyers are prohibited from manipulating legal norms to defeat the substantive meaning of these norms”<sup>64</sup>.

Pero si los abogados tienen que actuar como “cuasi-oficial”<sup>65</sup> o, incluso, como “guardianes”, o “depositarios del Derecho”, sin duda no deberían intentar eludir la lógica normativa de una disposición normativa a través de artificios retóricos o trucos de un exégeta sofista, como en cambio sucedió con las opiniones positivas sobre el posible cumplimiento de las prácticas de tortura con la ley<sup>66</sup>. En este último caso, desde la perspectiva de la fidelidad al Derecho, los abogados consultados “habrían fallado en términos morales como abogados”, no tanto porque la tortura representa un impensable moral en términos del discurso práctico general (aunque ciertamente podría argumentarse en ese sentido), “sino porque las opiniones legales ofrecidas reflejaban una actitud de desprecio, o de indiferencia, hacia la ley”, que, de hecho, sobre todo desde una interpretación esencialmente holística del sistema, excluye cualquier posible recurso a la tortura, más allá de las lecturas sofisticadas de los miembros de la OLC<sup>67</sup>. También desde el punto de vista positivista del enfoque de Wendel, los «*abogados de las torturas*» fueron intérpretes infieles porque ignoraron la *ratio* de las disposiciones normativas con respecto a las prácticas de tortura, despistando el significado de algunos términos para ayudar las intenciones de los que pidieron sus opiniones<sup>68</sup>.

Wendel inclina el problema en términos de cumplimiento del Derecho positivo, respondiendo al argumento de Michael Hatfield, que, aunque mantiene la crítica básica a los *abogados de las torturas*, desarrolla su crítica desde una perspectiva diferente respecto a la de Wendel y de Luban<sup>69</sup>.

---

<sup>64</sup> Ibid.

<sup>65</sup> W.B. WENDEL, “Civil Obedience”, cit., 393.

<sup>66</sup> W.B. WENDEL, “Legal Ethics and the Separation of Law and Morals”, cit., p. 72-73.

<sup>67</sup> W.B. WENDEL, “Legal Ethics and the Separation of Law and Morals”, cit., p. 73.

Libre trad. por mí.

<sup>68</sup> Cfr. W.B. WENDEL, “Legal Ethics is About the Law, Not Morality or Justice”, cit., 729. W.B. WENDEL, “Executive Branch Lawyers in a Time of Terror: The 2008 F.W. Wickwire Memorial” Lecture, *Dalhousie L. J.*, núm. 31, 2008, p. 247 y ss.; W.B. WENDEL, “The Torture Memos and the Demands of Legality,” *Legal Ethics*, núm. 12, 2009, p. 107 y ss.

<sup>69</sup> M. HATFIELD, “Professionalizing Moral Deference”, *N.W. U. L. Rev. colloquy*, núm. 104, 4, 2009; el texto del artículo está disponible en la dirección de Internet: <http://www.law.northwestern.edu/lawreview/colloquy/2009/25/LRColl2009n25Hatfield.pdf>

Según Hatfield, los asesores jurídicos del gobierno habrían perdido la brújula moral al caer en una especie de estado de *anestesia moral*<sup>70</sup>. Para ilustrar esta conclusión, Hatfield plantea una pregunta fundamental: ¿cómo es posible que abogados con considerable experiencia y formación jurídica hayan apoyado la admisibilidad de la tortura con argumentos tan ordinarios e infructuosos? Es como –explica el autor– si tales abogados hubieran argumentado que la esclavitud es legal, entendiéndose como forma de “trabajo fijo” o “por tiempo indefinido”<sup>71</sup>. La explicación más plausible para tal miseria técnica, en la perspectiva de Hatfield, es que estos abogados se comprometieron moralmente para justificar la tortura (quizás desde una perspectiva utilitarista), esforzándose consecuentemente para obtener una cierta fundamentación o cobertura regulatoria; en esencia “[w]hoever was ultimately responsible for requesting the Torture Memo apparently had such an objective, and the lawyers, apparently, accepted that position as a morally acceptable starting point”. Por lo tanto, concluye: “[t]hey made a bad moral conclusion, and I believe it drove them to make a bad legal argument”<sup>72</sup>. De hecho, señala Hatfield, el sistema de profesionalización de abogados y el teorema fundamental de la visión estandar, con el paradigma del abogado como una herramienta para maximizar los objetivos del cliente, asegura que las habilidades de razonamiento moral se vean socavadas<sup>73</sup>. En efecto, en la universidad, los estudiantes de Derecho se han acostumbrados a dejar de lado las consideraciones prácticas generales, cuando se tratan cuestiones complejas, distinguiendo claramente entre la moral profesional y la dimensión ética personal, esta última prohibida en la interpretación literal de la ley. Luego, cuando se hacen abogados, el modelo de razonamiento, sugerido por la concepción dominante, casi siempre exige que se empiece por el objetivo material del cliente y, luego, que se avance hacia un posible marco legal del mismo, sin ninguna evaluación posible sobre su mérito o valor. Básicamente, el primer paso para convertirse en abogado se encamina hacia una especie de “desensibilización moral”<sup>74</sup>. Además, en las Facultades de Derecho: “fact si-

---

<sup>70</sup> Ibid.

<sup>71</sup> Ivi, p. 3. “It is the same type of question that would arise if well-trained, competent, otherwise moral lawyers concluded that slavery is permissible so long as it is termed permanent employment”.

<sup>72</sup> Ibid.

<sup>73</sup> Ivi, p. 4.

<sup>74</sup> Ibid. “We were taught to override our moral intuition in our first year of law school” –señala el Autor– “[w]e were taught to ignore our intuition that a debt is morally owed, and

tuations raising obvious moral issues are recharacterized as having none”<sup>75</sup>. Por lo tanto, los *practicantes* se van a familiarizar muy pronto con el punto de vista funcional de la moral, que implica el deber de neutralidad con respecto a las acciones propuestas por el cliente<sup>76</sup>. En consecuencia, la neutralidad moral conduce a un fenómeno de “deferencia moral” sustancial, mediante el cual el abogado otorga a su cliente un juicio de valor con respecto a la acción solicitada o al objetivo asumido<sup>77</sup>. Y, al mismo tiempo, se basa en el sistema judicial, que, como compensación, declara la validez del principio de “non-accountability”, según el cual un abogado nunca podría ser juzgado por el estado moral de las intenciones de su cliente<sup>78</sup>. En última instancia, dado que el abogado “lend his exertions to all, himself to none”<sup>79</sup>, no sería posible juzgar su estatura moral por el tipo de causa que él habría decidido patrocinar. Al final –dice el Autor– “as lawyers, we have been convinced that we do not risk hell when we implement our client’s objectives”<sup>80</sup>.

Básicamente, se habla de un principio fundamental de la visión dominante, que Hatfield estigmatiza y considera ser la base de las opiniones inconclusas y ordinarias a favor de la tortura. Sin embargo, la existencia de algunos abogados reacios ante de la codicia del cliente podría representar una buena razón para “no desesperarse”<sup>81</sup>. La *visión estándar*, en resumen, no sería tan absorbente e imperativa como para detener cualquier rebelión al principio práctico de la *deferencia moral*, como, de hecho, en el caso de la disidencia de los abogados del *Judge Advocate General*, precisamente en el caso de la tortura. Y para Hatfield, la disidencia de estos abogados se basó en una convicción moral: el temor a violar la *Regla de oro*<sup>82</sup>. Aquellos que, sin em-

---

were taught instead to debate only the price of refusing to pay. We were taught to ignore that a passerby is morally obligated to prevent a man from drowning, and instead to debate only the risks of a tort suit if the passerby watches the drowning man die”.

<sup>75</sup> Ibid.

<sup>76</sup> M. HARDIMON, “Role Obligations”, *Journal of Philosophy*, núm. 91, 1994, pp. 333-363, espec. pp. 334-335.

<sup>77</sup> W. LEHMAN, “The Pursuit of a Client’s Interests”, *Michigan Law Review*, núm. 77, 1979, pp. 1078-1097.

<sup>78</sup> M. HATFIELD, “Professionalizing Moral Deference”, cit., p. 9. Véase también S.L. PEPPER, “Lawyers’ Ethics in the Gap Between Law and Justice”, *South Texas Law Review*, núm. 40, 1999, pp. 181-205, spec.186.

<sup>79</sup> T. DARE, *The Counsel of Rogues?*, cit., 10. Véase también J. BASTEN, “Control and the Lawyer-Client Relationship”, *J. Leg. Prof.*, núm. 6, 1981, 7-38, p. 26 y ss., espec. 35.

<sup>80</sup> M. HATFIELD, “Professionalizing Moral Deference”, cit., p.11.

<sup>81</sup> Ivi., p. 9.

<sup>82</sup> Ivi., p. 10.

bargo, confiando en el mecanismo de la *deferencia moral*, nunca conceptualizaron, en un nivel empático o incluso emocional, ser torturados alguna vez, asumieron fácilmente, como propio, el juicio moral del cliente<sup>83</sup>.

El argumento de Hatfield se podría leer como una declinación particular de la fórmula de Radbruch: frente a una extrema e intolerable inmoralidad del objetivo del cliente, el abogado debería dejar de lado los principios de la *role-morality* y de la neutralidad, y dejarse llevar por la moralidad ordinaria<sup>84</sup>. De hecho, el activismo moral de Hatfield se activa mucho antes del límite de lo que se puede concebir como intolerable, argumentando que “si como hombre común, nunca desalojaría un orfanato, no veo por qué no podría ser moralmente culpable como abogado”<sup>85</sup>. Incluso desde una perspectiva pragmática, entonces, el activismo moral parece más receptivo a los valores del Estado de Derecho, que, según Hatfield, estaría mejor servido “por los que responden a su propia conciencia, y no por los que intencionalmente la ignoran para obtener ganancias y ascensos”<sup>86</sup>. Esta última conclusión no es defendida por muchos autores, igualmente críticos de la visión dominante, que temen que el Estado de Derecho corra el riesgo de ser reemplazado por “un gobierno de técnicos muy poco atractivo, es decir una *oligarquía de abogados*” depositarios de cierta sabiduría moral<sup>87</sup>.

<sup>83</sup> Ibid. “Perhaps” –señala el Autor– “the right kind of fear is essential to moral resolve. Perhaps deeply fearing that we will become the victims of our own moral decisions imparts moral clarity. Those who support state violence always believe they will be protected by the state rather than subjected to its violence. Those who support torture believe they will be protected by the torture they support; they do not believe they will ever be subjected to it”.

<sup>84</sup> Sobre el posible activismo moral del abogado, véase D. LUBAN, “The Lysistratian Prerogative: A Response to Stephen Pepper”, *A. B. Found. Res. J.*, núm. 1, 1986, p. 637 ss., espec. p. 644; ID., “The Noblesse Oblige Tradition in the Practice of Law”, *Vand. L. Rev.*, 41, 1988, p. 717 ss.; ID., *The Good Lawyer: Lawyer’s Roles and Lawyers’ Ethics*, Totowa, NJ, 1984; W.H. SIMON, “Ethical Discretion in Lawyering”, *Harvard Law review*, núm. 101, 1988, pp. 1083-1085; D.A. ROBINSON, “Redefining The Advocate’s Role: A Contract Theory of Legal Ethics”, *W. N. E. L. Rev.*, núm. 3, 1981, p. 409 ss.

<sup>85</sup> M. HATFIELD, “Professionalizing Moral Deference”, cit., p. 11. Libre trad. por mí.

<sup>86</sup> *Ibidem*. Básicamente, siempre se requiere un activismo moral incisivo: “[l]awyers, as individuals, need to struggle with the discomfort caused by a dis-integrated moral personality, and with the numerous moral anomalies routinely defended in the name of a well-paying professionalism”.

<sup>87</sup> Véase R. WASSERSTROM, “Lawyers as Professionals: Some Moral Issues”, *Hum Rts*, núm. 5, 1975, p. 1-24, espec. p. 6; S.L. PEPPER, “The Lawyer’s Amoral Ethical Role: A Defense, A Problem and Some Possibilities”, *A. B. Found. Res. J.*, 4 1986, pp. 627-28, disponible gratuitamente en el sitio web: <http://ssrn.com/abstract=1268871>; C.P. CURTIS, “The Ethics of Advocacy”, *Stan. L. Rev.*, núm. 4. 1951, 3-23; R. ATKINSON, “Beyond the New Role

Al insertar el tema en el debate sobre las opiniones a favor de la tortura, Wendel entra en controversia con el análisis de Hatfield, criticando los principales pasajes argumentativos<sup>88</sup>. En primer lugar, Wendel dirige sus comentarios críticos al teorema del vínculo entre el Estado de Derecho y el activismo moral, subrayando que la lógica del *Imperio de la ley* es limitar la posibilidad de que los sujetos institucionales puedan tomar decisiones vinculantes, basándose en sus propios y volubles juicios de valor<sup>89</sup>. Por el otro lado, el activismo moral propuesto por Hatfield como solución a la hipótesis de *desastre ético* podría, paradójicamente, proporcionar alguna justificación para el trabajo de los asesores legales de la OLC. De hecho, después del 11 de septiembre, muchos paradigmas conceptuales han cambiado inexorablemente, y algunas concepciones metaéticas de tipo utilitarista y consecuencialista ganaron terreno en el debate<sup>90</sup>. Por lo tanto, aceptando, por ejemplo, la concepción del “menor de los males”, los “abogados de la tortura” habrían podido considerar correcto sacrificar los derechos de los presos terroristas en nombre del valor prioritario de la *salus rei publicae*<sup>91</sup>.

Dejando a medias la cuestión de la persuasión de tal razonamiento moral –cuyo comentario, en el ámbito de la dimensión práctica general, hace referencia a obras bien tratadas y precisas–, la existencia de un pluralismo moral y un desacuerdo razonable –tomando prestado la rica instrumentación conceptual rawlsiana– debido al pluralismo razonable y a los “burdens of judgments”, sugieren, según Wendel, adoptar una concepción diferente, que obligue a los abogados a respetar la autoridad de la ley. Él asume que, en última instancia, los abogados no tienen mayor capacidad para el juicio

---

Morality for Lawyers”, *Md. L. Rev.*, núm. 53, 1992, pp. 863-979; N.M. CRYSTAL, “Developing a Philosophy of Lawyering”, *Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol’y*, 14, 2012, pp. 75-101; T.L. SHAFFER, R.F.JR. COCHRAN, “Technical Defenses: Ethics, Morals and the Lawyer as Friend”, *Clinical Law Review*, núm. 14, 2007, pp. 337-353.

<sup>88</sup> W.B. WENDEL, “Deference to Clients and Obedience to Law: The Ethics of the Torture lawyers (a Response to Professor Hatfield)”, *Northwestern University Law Review Colloquy*, núm. 104, 2009, p. 59.

<sup>89</sup> Ivi, p. 59. Véase W.B. WENDEL, “The Lawyer’s Role in a Contemporary Democracy, Promoting the Rule of Law, Government Lawyers, Democracy, and The Rule of Law”, *Fordham Law Review*, núm. 77, 2009, pp. 1333-1362.

<sup>90</sup> Sobre el cambio de paradigma, nos exhorta M. LA TORRE, *Legalità*, cit., p. 164 ss.

<sup>91</sup> Piénsese, por ejemplo, en lo que dice A.M. DERSHOWITZ, *Why Terrorism Works: Understanding the Threat, Responding to the Challenge*, Yale University Press, 2002 e Id., “Tortured Reasoning,” en D. LEVINSON, *Torture: A Collection*, cit., p. 266, o incluso la teoría del *mal menor* casado por R.A. POSNER, *Not a Suicide Pact. The Constitution in a Time of National Emergency*, Oxford, Oxford University Press, p. 85.

moral que otros sujetos y, de la misma manera, no son guardianes de ninguna *frónesis* en un ámbito práctico general. El resultado es que cualquier opinión de un abogado sobre la posibilidad moral de la tortura, o de prácticas de interrogación hiperagresivas, no pueden tener alguna relevancia especial; en esencia, nunca sería una *doxa* para tener en cuenta<sup>92</sup>. Más bien, el abogado tiene –o al menos se espera que lo tenga– un conocimiento técnico especial en el ámbito jurídico, entonces puede responder sobre la *legalidad* de las prácticas de tortura, y esto sería conforme con las obligaciones del rol desempeñado.

Lo que las opiniones a favor de la tortura reflejan, en el análisis de Wendel, no es más que un fetichismo formalista o, mejor dicho, una “parodia de textualismo”, acentuada por la absurda técnica de considerar las palabras de forma atómica y aislada del contexto, como en caso del sintagma “dolor severo”, cuya definición Baybee y otros decidieron tomar prestado del léxico del “*Medicare Statute*”, así como otras distorsiones mencionadas anteriormente<sup>93</sup>. Aquí las críticas de Wendel convergen completamente con

---

<sup>92</sup> W.B. WENDEL, “Deference to Clients and Obedience to Law”, cit., p. 65. “Lawyers” –explica el autor– “are no more able than anyone else to say whether torture is unjustified in all circumstances, or whether some –enhanced interrogation technique– should be deemed permissible in the specific context of a detainee who might have information that could be used to save American lives”.

En el debate sobre la *ética legal*, sin embargo, hay voces discordantes que proponen un tipo ideal de defensor diferente, equipado con una capacidad especial para el razonamiento moral. Gerald Postema, por ejemplo, define el rol del abogado en términos aristotélicos, argumentando que “[i]n professional contexts there is much need for practical judgement in this Aristotelian sense”. G. POSTEMA, “Moral Responsibility in Professional Ethics”, *N.Y.U. L. Rev.*, núm. 55, 1980, p. 68. Antony Kronman, por otra parte, continúa con la imagen de un abogado como ‘Aristotle’s phronemos’, que no es un mero especialista casual, sino una persona dotada de sabiduría práctica y espíritu público. A. KRONMAN, *The Last Lawyer: Failing Ideals of the Legal Professionalism*, Cambridge (Mass.), 1993. Véase también, en posiciones similares, J. MCDOWELL, “Virtue and Reason”, en S.G. CLARK, E. SIMPSON, *Anti-theory in ethics and Moral conservatism*, Albany (N.Y.), 1989, pp. 87-109; T.L. SHAFFER, “The Moral Theology of Atticus Finch”, *U. Pit. L. Rev.*, núm. 42, 1981, pp. 181-224; T. HALL, “Moral Character, the Practice of Law and Legal Education”, *Mississippi Law Rev.*, núm. 1, 1990, pp. 511-525; R. HURSTHOUSE, “Normative Virtue Ethics”, en R. CRISP (ed.), *One Should One Live? Essay on The Virtues*, Oxford 1996, pp. 19-36; J. C. HUTCHESON, “The Judgment Intuitive: The Function of the “Hunch” in Judicial Decision”, *Cornell Law Quarterly Review*, núm. 14, 1929, pp. 274-288; J. ANDRE, “Role Morality as a Complex Instance of Ordinary Morality”, *American Philosophical Quarterly*, núm. 28, 1991, pp. 73-79.

<sup>93</sup> W.B. WENDEL, “Deference to Clients and Obedience to Law”, cit., p. 69.

las observaciones de Luban sobre el principio de “no frivolidad” de los argumentos distintivos en una opinión legal.

El intento torpe y grosero de ofrecer alguna interpretación que legitimara una violación tan extrema y brutal de los derechos humanos, explotando las diferentes posibilidades de utilizar los términos contenidos en las disposiciones legislativas, sacó todos los profundos problemas e innumerables contradicciones que se esconden en la perspectiva cínica y escéptica (con respecto a todas las normas) de la visión dominante. El tipo ideal *Sicario*, patrocinado por la concepción a-moral estándar, aparece en contradicción aguda con las funciones del Derecho, poniendo en las manos del cliente una herramienta profesional inútil, y transmitiendo también la idea de que la ley se manipula de manera que pierda al final, su contenido. Por supuesto, no podemos garantizar que los abogados estén siempre del lado del respeto por los derechos humanos y la dignidad humana; esto sería supererogatorio en relación con la función de la abogacía. Sin embargo, siendo esta función pública por excelencia, teniendo algo que ver con el discurso y las razones, y no con la autoridad (como podría ser para el juez), el traje de rétor –tan odiado por Platón– no le queda bien, o al menos no completamente. Y si es verdad, como dice Schopenhauer, que el jurista ve al hombre en su maldad, el respeto por la razón debería impedirle que cumpla cualquier deseo del cliente. Y esto independientemente del “poder” de este último.

ANDREA ROMEO

*Università Magna Graecia di Catanzaro  
Campus Universitario Salvatore Venuta  
Viale Europa - Loc. Germaneto,  
88100 Catanzaro (CZ), Italia  
e-mail: dott.romeoandrea@gmail.com*