

## Simposio en ética profesional

### La responsabilidad profesional del abogado defensor en materia penal: las tres preguntas más difíciles<sup>1</sup>

Monroe H. Freedman<sup>23</sup>

En casi cualquier área de la asesoría jurídica o del litigio, el abogado puede enfrentar el dilema de traicionar las comunicaciones confidenciales que tiene con su cliente o participar deliberadamente en engañar al tribunal. No hay lugar donde este dilema sea más agudo que en la práctica del derecho penal, particularmente en la defensa de oficio. El objetivo de este artículo es analizar y tratar de resolver tres, de las preguntas más difíciles en esta área:

1. ¿Está bien conainterrogar con el fin de desacreditar la credibilidad de un testigo de la contraparte que yo sé que está diciendo la verdad?
2. ¿Está bien llevar un testigo al estrado cuando sé que va a decir mentiras?
3. ¿Está bien dar consejo jurídico a mi cliente cuando tengo razones suficientes para creer que ese consejo jurídico lo puede tentar a mentir ante el tribunal?

Estas preguntas presentan retos serios respecto a las responsabilidades éticas de los abogados. Además, si uno admite la posibilidad de responderlas de manera afirmativa, se hace muy difícil discutir las sin que otras personas piensen que uno no es ético.<sup>4</sup> No sorprende entonces que la discusión racional y razonable de estos temas sea poco común y que por ende esos problemas permanezcan sin solución. En este sentido, debe reconocerse que los Cánones de Ética promulgados en 1908 como una “guía general”<sup>5</sup>, sean inadecuados y contradictorios entre sí mismos.

1. El sistema adversarial y la necesidad de confidencialidad

De entrada debemos descartar algunas respuestas comunes que presuponen la pregunta. El abogado es un oficial de la corte y él ayuda a la búsqueda de la verdad. Estas dos proposiciones, no obstante, sirven para enmarcar el problema en otras palabras: como oficial de la corte y como participante en la búsqueda de la verdad, ¿cuál es la responsabilidad especial del abogado y cómo esa responsabilidad afecta la respuesta a las tres preguntas que formulé anteriormente?

El abogado opera en un sistema adversarial basado en la premisa de que los medios más efectivos para llegar a la verdad es presentarle a un juez y a un jurado un choque entre dos visiones en conflicto. Para el funcionamiento efectivo de este sistema es esencial que cada adversario tenga, en palabras del Canon 15, “una devoción total por los intereses de su cliente, una celosa diligencia en la preservación y defensa de sus derechos y el mayor aprovechamiento de sus capacidades y habilidades”. También es esencial

---

<sup>1</sup> Traducción libre por Sergio Iván Anzola Rodríguez, Coordinador de Investigación en CEEAD (Centro de Estudios sobre la Enseñanza y el Aprendizaje del Derecho) y profesor de ética y responsabilidad profesional en la Universidad de los Andes (Bogotá). Correo sianzola13@gmail.com

<sup>2</sup> Profesor en George Washington University.

<sup>3</sup> Publicado originalmente en Michigan Law Review en 1966.

<sup>4</sup> Los contenidos de este artículo fueron presentados recientes en una sesión del Criminal Trial Institute de la que participaron 45 integrantes de la barra del Distrito de Columbia. Como consecuencia, muchos jueces, (que ni asistieron al evento ni leyeron el artículo) se quejaron ante el Comité de Admisiones y Quejas de la corte distrital del Distrito de Columbia pidiendo que yo fuera suspendido o expulsado de la profesión. Solo cuatro meses después de iniciado el proceso en mi contra, incluyendo una audiencia, dos reuniones, y una apelación estudiada por once jueces del distrito, el comité decidió anunciar su decisión de “no continuar con el proceso”.

<sup>5</sup> American Bar Association, Cánones de ética profesional, preámbulo (1908).

mantener una comunicación plena y desinhibida, con su cliente para poder aconsejarlo adecuadamente y defender su causa. Este propósito está salvaguardado por el requerimiento de que el abogado debe, en palabras del Canon 37, “preservar las confidencias del cliente”. Por supuesto, el Canon 15, cualifica esas obligaciones señalando que, “el oficio de abogado no permite, ni mucho menos demanda que el abogado viole el derecho, realice fraudes, trampas o chicanas”. Adicionalmente el Canon 22 le exige candor frente al tribunal.

El problema que presentan estas generalidades de los cánones en el contexto particular del litigio es ilustrado por la experiencia personal de Samuel Willinston, la cual fue relatada en su autobiografía.<sup>6</sup> Dado que él examinó los archivos de correspondencia del cliente, Willinston se enteró de un hecho sumamente perjudicial para el caso de su cliente. Cuando el juez anunció su decisión, era evidente que un factor crítico en la sentencia favorable al cliente de Willinston fue que el juez ignorara justo esos hechos que Willinston sí conocía. Willinston permaneció callado y no informó nada al juez. Él estaba convencido, y Charles Curtis<sup>7</sup> coincide con él, que su deber era guardar silencio.

En una opinión del comité de ética de la American Bar Association, un eminente panel encabezado por Henry Drinker sostuvo que un abogado debe guardar silencio cuando su cliente miente al juez cuando éste afirma que no tiene antecedentes judiciales, a pesar de que el abogado sepa que está mintiendo.<sup>8</sup> La mayoría del panel distinguió esta situación de aquella en la que el abogado se ha enterado de los antecedentes penales de su cliente por una persona distinta a su propio cliente. William B. Jones, un reconocido abogado litigante y ahora juez en la Corte del Distrito de Columbia, escribió una opinión disidente en la que afirmó que en ninguno de los dos casos el abogado debería revelar la mentira de su cliente. Si estos dos casos no constituyen “fraude o chicana” o falta de candor frente al tribunal dentro del significado de los cánones (y concuerdo con las autoridades citadas que no lo constituyen), es claro entonces que el significado de los cánones es ambiguo.

El sistema adversarial tiene aún más ramificaciones en los casos penales. El acusado se presume inocente. La carga de la prueba recae en la fiscalía quien debe probar más allá de toda duda razonable que el acusado es culpable. La declaración de no culpable no necesariamente significa “no culpable en realidad”, ya que el acusado puede querer decir “no culpable legalmente”. Incluso el acusado que sabe que ha cometido el crimen por el que se le acusa puede poner al estado a prueba. De hecho, el acusado que sepa que es culpable tiene el derecho absoluto y constitucional de permanecer en silencio.<sup>9</sup> El moralista podría entender razonablemente que esto significa que, en estas circunstancias, el acusado y su abogado tienen el privilegio de “mentir” al tribunal al declararse no culpables. En mi opinión, el moralista tiene razón. Sin embargo, nuestro sistema adversarial y las ideas relacionadas con la administración adecuada de justicia penal sancionan la mentira.

Algunos encuentran consuelo en el sofisma de llamar a la mentira una “ficción legal”, pero esto apenas es una respuesta adecuada para el moralista. Además, esta respuesta no tiene un atractivo particular para el abogado en ejercicio, quien sabe que la declaración de no culpabilidad lo compromete a la defensa más efectiva de la que es capaz. Los abogados defensores no ganan sus casos argumentando una duda razonable. La defensa penal efectiva requiere que cada palabra, acción y actitud del abogado sea consistente con la conclusión de que su cliente es inocente. Como todo litigante sabe, el jurado está seguro de que el abogado defensor sabe si su cliente es culpable o no. Por ello el jurado está atento y estará enormemente afectado por cualquier indicación del abogado defensor que sugiera que su defendido

---

<sup>6</sup> Willinston, *Life and Law* (1940)

<sup>7</sup> Curtis, *It's your law* (1954) Ver también, Curtis, *The ethics of Advocacy*, 4 *Stanford Law Review* 3, (1951); Drinker, *Some Remarks on Mr. Curtis' "The ethics of advocacy"* 4. *Stanford Law Review* (1952)

<sup>8</sup> Opinión 287, Comité de Ética profesional y Quejas de la American Bar Association (1953)

<sup>9</sup> *Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478, 485, 491 (1964)

es culpable. Por ende, cuando el acusado se declara como no culpable, compromete al abogado a un juicio, incluyendo un argumento final, en el cual debe argumentar que “no culpable” significa “no culpable en realidad”.<sup>10</sup>

Por supuesto, hay una manera simple de evadir el dilema planteado por la declaración de no culpabilidad por parte del acusado. Algunos abogados racionalizan el problema insistiendo en que un abogado nunca sabe con certeza si su cliente es culpable. El cliente que insiste en su culpabilidad puede estar protegiendo a su esposa, o puede saber que disparó el gatillo y que la víctima fue asesinada, pero tal vez no sepa que su arma estaba cargada con balas de salva y que en realidad el disparo fatal fue hecho desde el otro lado de la calle. Para cualquiera que encuentre esta argumentación satisfactoria, por supuesto, no hay necesidad de pensar más en el tema.

También se argumenta que un abogado defensor puede permanecer selectivamente ignorante. Puede insistir en su primera entrevista con su cliente en que, si su cliente es culpable, simplemente no quiere saberlo. Sin embargo, es inconcebible que un abogado pueda dar un consejo adecuado en tales circunstancias. ¿Cómo puede el cliente saber, por ejemplo, qué circunstancias relevantes su abogado no quiere conocer? El abogado podría preguntar si su cliente tiene antecedentes penales. El cliente, suponiendo que este es el tipo de conocimiento que podría presentar problemas éticos para su abogado, podría responder que no los tiene. El abogado pasaría a su cliente al estrado y, en el contrainterrogatorio, se horrorizaría al descubrir que en realidad su cliente tiene dos condenas previas por delitos idénticos al que se le está juzgando.

Por supuesto, un abogado puede prevenir este problema diciéndole a su cliente que debe saber todo sobre sus antecedentes penales. Sin embargo, un abogado no puede prever todos los innumerables y potenciales factores críticos que su cliente, una vez advertido, puede decidir no revelar. En un caso, por ejemplo, el acusado asumió que su abogado preferiría no saber que el cliente había estado teniendo relaciones sexuales con el principal testigo de la defensa. El cliente era inocente del robo con el que se le acusaba, pero fue declarado culpable por el jurado, probablemente porque era culpable de fornicación, un delito mucho menos grave por el que ni siquiera había sido acusado.

El problema se agrava por la práctica de la negociación de penas. Se considera inapropiado que un acusado se declare culpable de un delito menor a menos que en realidad sea culpable. Sin embargo, es de conocimiento público que la negociación de penas a menudo resulta en la aceptación de cargos por parte de personas inocentes. Por ejemplo, una persona acusada falsamente por el delito de hurto puede declararse culpable de lesiones personales en lugar de arriesgarse a una condena por hurto y una larga condena de prisión. Sin embargo, si un abogado quiere ser escrupuloso al negociar un acuerdo con la fiscalía, debe saber de antemano que su cliente es culpable, ya que la declaración de culpabilidad es inapropiada si el acusado es inocente. Por supuesto, si el intento de negociar por un delito menor fracasa, el abogado sabría la verdad y luego no podría justificar que tenía dudas sobre la culpabilidad de su cliente.

Si se reconoce que la responsabilidad profesional requiere que un abogado tenga pleno conocimiento de todos los hechos pertinentes, se deduce que debe buscar la verdad de su cliente, no evitarla.<sup>11</sup> Esto

---

<sup>10</sup> “La falta de argumentar el caso ante el jurado, aunque ordinariamente solo sea una táctica de juicio que no está sujeta a revisión, claramente entra en el terreno de la incompetencia cuando la razón aducida es la conciencia del abogado. Es tan impropio como si el abogado le hubiera dicho al jurado que su cliente había dicho una mentira al hacer la declaración. El derecho a un abogado abarca una representación efectiva en todas las etapas del juicio, y cuando la representación es de tan bajo calibre que equivale a ninguna representación, se ha violado la garantía de debido proceso” *Johns v. Smyth*, 176 F. Supp. 949, 953 (E.D. Va. 1959) ; Schwartz, *Cases on Professional Responsibility and the Administration of Criminal Justice* (1952).

<sup>11</sup> “Un abogado no puede realizar adecuadamente sus tareas sin saber la verdad” Opinión 23, Comité de Ética Profesional y Quejas de la American Bar Association (1930).

significa que tendrá que excavar, insistir y persuadir, e incluso entonces, no tendrá éxito a menos que pueda convencer al cliente de que la divulgación completa y confidencial a su abogado nunca resultará en perjuicio del cliente por ninguna palabra o acción del abogado. Esto es, quizás, especialmente cierto en el caso del acusado indigente, quien se encuentra con su abogado por primera vez en el la sala de entrevistas de una cárcel o centro de detención. No eligió al abogado, ni lo conoce. El abogado ha sido enviado por el juez y es parte del sistema que intenta castigar al acusado. No es una tarea fácil persuadir a este cliente de que puede hablar libremente sin temor a prejuicios. Sin embargo, la inclinación a engañar a su abogado no se limita al cliente indigente ni siquiera a las personas acusadas penalmente. Randolph Paul ha observado un fenómeno similar entre una clase más adinerada y en un ambiente mucho más agradable:

El asesor fiscal a veces tendrá que extraer los hechos de testigos reacios en su propio bando, testigos que están nerviosos, testigos que están confundidos acerca de su propio interés, testigos que intentan ser demasiado astutos para su propio bien, y testigos que inconscientemente no quieren entender lo que ha sucedido a pesar de que deben hacerlo si quieren testificar coherentemente.<sup>12</sup>

Paul continúa explicando que la verdad solo se puede obtener persuadiendo al cliente de que sería una violación de una obligación sagrada para el abogado revelar alguna confidencia del cliente. Sin duda, una vez que un abogado ha persuadido a su cliente de la obligación de confidencialidad, debe respetar esa obligación escrupulosamente.

## 2. Las preguntas específicas

Ahora pasaré a abordar la primera pregunta difícil planteada anteriormente: ¿Está bien contrainterrogar a un testigo que sé que está diciendo la verdad con el propósito de desacreditar su credibilidad o la confiabilidad de su relato? Suponga la siguiente situación: su cliente ha sido falsamente acusado de un robo cometido en la calle 16 y la calle P a las 11:00 p.m. Él le dice al principio que en ningún momento de la noche del crimen estuvo ni a seis cuadras de esa ubicación. Sin embargo, usted logra persuadirlo de que debe decirle la verdad y que hacerlo no lo perjudicará de ninguna manera. Tras esto su cliente le revela que estaba en la calle 15 y la calle P a las 10:55 esa noche, pero que caminaba hacia el este, alejándose de la escena del crimen, y que a las 11:00 p.m. estaba a seis cuadras de distancia. En el juicio, hay dos testigos de la fiscalía. El primero identifica a su cliente, de manera errónea, pero con cierto grado de persuasión, como el criminal. En ese momento, el caso de la acusación depende de este único testigo, cuyo testimonio puede o no ser creído. Como su cliente tiene antecedentes penales, no quiere ponerlo en el banquillo de los testigos, pero siente que hay al menos una posibilidad de absolución. El segundo testigo de la acusación es una anciana un tanto nerviosa que usa lentes. Testifica con verdad y precisión que vio a su cliente en la calle 15 y la calle P a las 10:55 p.m. Ella ha corroborado el testimonio erróneo del primer testigo y ha hecho que la condena sea virtualmente segura. Sin embargo, si destruye su confiabilidad mediante un contrainterrogatorio diseñado para mostrar que ella se confunde fácilmente y tiene mala vista, no solo puede eliminar la corroboración, sino también sembrar dudas en la mente del jurado. Por otro lado, si usted se niega a interrogarla porque ella está diciendo la verdad, su cliente podría sentirse traicionado, ya que usted solo tuvo certeza de la veracidad de la testigo porque su cliente confió en usted bajo su garantía de que su sinceridad no lo perjudicaría.

El cliente tendría razón. Visto estrictamente, la negativa por parte del abogado a contrainterrogar a la testigo no sería una violación de la confidencialidad por que en realidad el abogado no estaría haciendo revelación alguna. No obstante, la misma lógica que soporta la obligación de confidencialidad impide al

---

<sup>12</sup> Paul, *The Responsibilities of the Tax Adviser*, 63 *Harvard Law Review* (1950).

abogado de perjudicar los intereses de su cliente de cualquier otra forma dado que obtuvo esa información en virtud de su rol profesional. Cuando un abogado no realiza un contra interrogatorio solo porque su cliente, al confiar en el abogado, ha sido franco con él, se derrumba la base de esa confianza y franqueza. Nuestro sistema legal no puede tolerar tal resultado.

Los propósitos y necesidades de la relación abogado-cliente requieren, en muchos casos, que el cliente revele a su abogado de la manera más libre y completa toda la información sobre sus objetivos, motivos y actos...Permitir al abogado revelar a otros lo que se ha revelado sería no solo una violación grave de la confianza sagrada, sino que también destruiría y quitaría por completo la utilidad y los beneficios que se derivan de la asistencia profesional.<sup>13</sup>

Las confidencias del cliente deben ser “inviolables en todas las ocasiones”, para evitar los “males mayores” que probablemente resultarían de que un cliente no pudiera sentirse libre “para confiar en el abogado al que recurre para obtener asesoramiento y ayuda legal”.<sup>14</sup> Si se destruye esa confianza “un hombre no se atreverá a consultar nunca a un abogado, o sólo se atreverá a contarle la mitad de su caso”.<sup>15</sup>

Por lo tanto, se debe concluir que el abogado está obligado a cuestionar, si puede, la confiabilidad o credibilidad de un testigo de la contraparte aún cuando éste diga la verdad en juicio. El resultado contrario debilitaría de manera inevitable la “libertad de consulta del cliente con el abogado”, que es “esencial para la administración de justicia”.<sup>16</sup>

La segunda pregunta es generalmente considerada la más difícil de todas: ¿Está bien poner a un testigo en el estrado cuando se sabe que cometerá perjurio? Supongamos, por ejemplo, que el testigo en cuestión es el acusado mismo, y que ha admitido ante usted, en respuesta a sus aseguraciones de confidencialidad, que es culpable. Sin embargo, él insiste en tomar el estrado para demostrar su inocencia. Existe un claro consenso entre fiscales y abogados defensores de que la probabilidad de condena aumenta enormemente cuando el acusado no pasa al estrado. Por lo tanto, el abogado que impide que su cliente testifique solo porque el cliente le ha confiado su culpabilidad está violando esa confianza al actuar sobre la información de una manera que perjudicará seriamente los intereses de su cliente.

El método más común para evitar el problema ético recién planteado es que el abogado se retire del caso, al menos si hay tiempo suficiente antes del juicio para que el cliente contrate a otro abogado.<sup>17</sup> El cliente luego irá a la oficina de abogados más cercana, dándose cuenta de que la obligación de confidencialidad no es lo que él se imaginaba, y ocultará información incriminatoria o el hecho de su culpabilidad a su nuevo abogado. Desde el punto de vista ético, la práctica de retirarse de un caso en tales circunstancias es indefendible, ya que el testimonio falso finalmente se presentará. Más importante aún es la consideración práctica de que el nuevo abogado desconocerá el perjurio y, por lo tanto, no

---

<sup>13</sup> 2 MECHEM, AGENCY § 2297 (2d ed. 1914).

<sup>14</sup> Opinión 150, Comité en ética Profesional y Quejas de la American Bar Association (1936) citando a THORNTON, ATTORNEYS AT LAW § 94 (1914). Ver también opinión 23.

<sup>15</sup> Greenough v. Gaskell, 1 Myl / K. 98, 103,39 Eng. Rep. 618, 621 (Ch. 1833) (Lord Chancellor Brougham).

<sup>16</sup> Opinión 91, Comité de Ética profesional y Quejas de la American Bar Association (1933).

<sup>17</sup> Ver Orkin, Defense of one Known to be Guilty, 1 Crim L.Q. 170, 174 (1958). A menos que el abogado le haya dicho a su cliente desde un inicio que él renunciará a la representación si se entera de que su cliente es culpable “es claro que, como un asunto de moralidad y ética profesional” que el abogado no debe renunciar a la representación con base en ese argumento. Opinión 90, Comité de ética profesional y quejas de la American Bar Association (1932). Sobre las dificultades inherentes a que el abogado le diga a su cliente que él no quiere conocer los hechos cruciales del caso ver la nota 10 y el texto que le acompaña.

estará en posición de intentar disuadir al cliente de presentarlo. Solo el abogado original, que conoce la verdad, tiene esa oportunidad, pero la pierde en el mismo acto de evadir el problema ético.

El problema es aún más difícil cuando el cliente es indigente, no puede contratar a otro abogado, y en muchas jurisdicciones, incluyendo el Distrito de Columbia, es imposible para un abogado designado retirarse de un caso excepto por razones extraordinarias. Por lo tanto, el abogado designado, a menos que mienta al juez, solo puede retirarse exitosamente revelando al juez que él tiene conocimiento de la culpabilidad de su cliente. Tal revelación en sí misma parecería ser una violación lo suficientemente grave de la obligación de confidencialidad como para merecer una condena severa. De hecho, sin embargo, la situación es mucho peor, ya que es completamente posible que el mismo juez que permite que el abogado se retire, decida posteriormente el caso y condene al acusado. Cuando lo haga, por supuesto, habrá tenido conocimiento personal de la culpabilidad del acusado antes de que comenzara el juicio.<sup>18</sup> Además, este sería un conocimiento que el nuevo abogado designado probablemente desconocería.

El problema se agrava aún más cuando el cliente informa al abogado por primera vez durante el juicio que tiene la intención de pasar al estrado y cometer perjurio. El perjurio en cuestión no necesariamente debe ser una protesta de inocencia por parte de un hombre culpable. Refiriéndose al caso hipotético anterior de la persona que es acusada injustamente de un robo en la calle 16 y P, el único perjurio puede ser su negación del verídico, pero altamente perjudicial, testimonio de la testigo corroborante que lo situó a una cuadra de la intersección cinco minutos antes del crimen. Por supuesto, si dice la verdad y ratifica al testigo corroborante, el jurado estará mucho más inclinado a aceptar el testimonio inexacto del testigo principal, quien lo identificó específicamente como el delincuente.<sup>19</sup>

Si un abogado descubre la intención de su cliente de cometer perjurio, una posible solución a este problema es que el abogado se acerque al estrado, explique su dificultad ética al juez y pida ser liberado, lo que causaría una nulidad en el juicio. Esta solicitud seguramente sería denegada, incluso si solo fuera porque facultaría al acusado para causar una serie de juicios nulos empleando esa estrategia. En este punto, algunos creen que el abogado ha evitado el problema ético y puede poner al acusado en el estrado. Sin embargo, una objeción a esta solución, aparte de la violación de la confidencialidad, es que el problema ético del abogado no se ha resuelto, sino que solo se ha transferido al juez. Además, en tal caso, el cliente podría tener motivos para apelar sobre la base de la privación del debido proceso y la negación del derecho a un abogado, ya que habría sido juzgado y sentenciado por un juez que ha sido informado de la culpabilidad del cliente por su propio abogado.

Una solución aún menos satisfactoria sería permitir que el cliente testifique sin la participación del abogado y que éste omita referirse al testimonio del cliente en sus alegatos de conclusión. Esta última solución, por supuesto, sería tan perjudicial como no argumentar el caso ante el jurado, y no argumentar

---

<sup>18</sup> El juez podría inferir que la situación es más grave de lo que es en realidad. En el caso referido en la nota al pie 25, la dificultad que enfrentaba el abogado era que él no quería permitir la aceptación de cargos por parte de un cliente que venía sosteniendo su inocencia desde el comienzo del caso. No obstante, como comúnmente ocurre, el abogado le dijo al juez que debía retirarse del caso “por un problema ético”. Razonablemente el juez infirió que el acusado había aceptado su responsabilidad ante su abogado y quería ofrecer un testimonio falso en el estrado.

<sup>19</sup> Un abogado, que considera sumamente ético que el abogado presente una coartada en este caso hipotético, no encontró ninguna dificultad ética en el siguiente caso. Su cliente fue acusado de robo. El testigo de la fiscalía declaró que el robo había ocurrido a las 10:15 e identificó al acusado como el delincuente. Sin embargo, el acusado tenía una coartada convincente de 10:00 a 10:30. El abogado presentó la coartada y el cliente fue absuelto. La coartada era verídica, pero el abogado sabía que el testigo de la fiscalía se había confundido con la hora y que su cliente había cometido el delito a las 10:45.

el caso es “tan inapropiado como si el abogado hubiera dicho al jurado que su cliente había mentido en su declaración”.<sup>20</sup>

Por lo tanto, la obligación de confidencialidad, en el contexto de nuestro sistema adversarial, aparentemente no da al abogado alternativa distinta a dejar que un cliente cometa perjurio sin que el abogado pueda divulgar explícita o implícita al juez o al jurado sobre el perjurio del cliente. El canon 37 no proscribe esta conclusión; el canon reconoce solo dos excepciones a la obligación de confidencialidad. La primera se refiere al abogado que es acusado por su cliente y el cual puede revelar la verdad para defenderse. La otra excepción se refiere a la “intención anunciada de un cliente de cometer un delito”. Sobre la base de las consideraciones éticas y prácticas discutidas anteriormente, de la excepción del Canon a la obligación de confidencialidad no puede derivarse lógicamente que incluya el delito de perjurio cometido durante el caso específico en el que el abogado está sirviendo. Además, incluso cuando la intención es cometer un delito en el futuro, el Canon 37 no requiere la divulgación, sino que simplemente la permite. Además, el Canon 15, que proscribe la “violación de la ley” por parte del abogado para su cliente, no se aplica al abogado que contra su voluntad permite que su cliente cometa perjurio en el estrado después de haber hecho todo lo posible para disuadirlo de cometer perjurio. Tal acto del abogado no puede ser considerado como una inducción al perjurio. El Canon 29 requiere que el abogado informe a las autoridades procesales sobre el perjurio cometido en un caso en el que ha participado, pero esto solo puede referirse al perjurio de los testigos contrarios. Que un abogado revele el perjurio de su cliente “implicaría una violación directa del Canon 37”.<sup>21</sup> A pesar del Canon 29 el abogado no debería revelar el perjurio de su cliente “al tribunal o a las autoridades”.<sup>22</sup>

Por supuesto, antes de que el cliente testifique falsamente, el abogado tiene el deber de intentar disuadirlo basándose tanto en el derecho como en la moral. Además, se debe advertir al cliente con el hecho de que su falsa coartada es tácticamente peligrosa. Siempre hay una fuerte posibilidad de que el fiscal exponga su perjurio en el contrainterrogatorio. Sin embargo, por las razones ya mencionadas, la decisión final debe ser necesariamente del cliente. El mejor curso de acción del abogado sería evitar cualquier relación profesional adicional con un cliente sobre el que sepa que haya cometido perjurio antes.

La tercera pregunta es si está bien dar asesoramiento legal a un cliente cuando se tienen motivos para creer que ese asesoramiento tentará al cliente a cometer perjurio. Este puede ser de hecho el problema más difícil de todos, porque dar tal asesoramiento crea la apariencia de que el abogado está fomentando y tolerando el perjurio.

Si el abogado no está seguro de cuáles son los hechos cuando da el consejo, el problema se minimiza sustancialmente, si no es que se elimina por completo. No es función del abogado prejuzgar a su cliente como mentiroso. El abogado no puede presumir que el cliente hará un uso ilegal de su consejo jurídico. Además de esto, hay una predisposición natural en la mayoría de las personas a recordar los hechos, de manera completamente honesta, de una manera que les resulte más favorable a sus propios intereses. Como observó Randolph Paul, algunos testigos están nerviosos, algunos están confundidos acerca de sus propios intereses, algunos intentan ser demasiado astutos para su propio bien, y algunos inconscientemente no quieren entender lo que les ha sucedido.<sup>23</sup> Antes de que empiece a recordar los hechos esenciales, el cliente tiene derecho a saber cuáles son sus propios intereses.

---

<sup>20</sup> Ver supra 9

<sup>21</sup> Opinión 287, Comité de Ética Profesional y Quejas de la American Bar Association

<sup>22</sup> *Ibid.*

<sup>23</sup> Ver Paul, supra 9.

El argumento anterior no se aplica simplemente a asuntos fácticos, como si un evento en particular ocurrió a las 10:15 o a las 10:45.<sup>24</sup> Uno de los problemas más críticos en un caso penal, como en muchos otros, es la intención. Un autor alemán, considerando la cuestión de la intención como prueba de las consecuencias legales, sugiere la siguiente situación.<sup>25</sup> Un joven y una joven deciden casarse. Cada uno tiene mil dólares. Deciden comenzar un negocio con estos fondos, y la joven le da su dinero al joven para este propósito. ¿Fue la intención formar una empresa conjunta o una sociedad? ¿Querían que el joven fuera un agente o un fiduciario? ¿Fue la transacción un regalo o un préstamo? Si la pareja posteriormente visita a un abogado de impuestos y descubre que es de su interés que la transacción sea considerada como un regalo, se sugiere que podrían recordarlo con completa honestidad. Por otro lado, si su compromiso se rompiera y la joven consulta a un abogado con el propósito de recuperar su dinero, podría recordar con igual honestidad que su intención era hacer un préstamo.

Suponga que su cliente, quien está en juicio en un caso de asesinato en primer grado, ha matado a otro hombre con una navaja pero insiste en que el asesinato fue en defensa propia. Usted le pregunta: “¿Acostumbra llevar la navaja en el bolsillo, la lleva con frecuencia o solo la llevó en esta ocasión?” Él responde: “¿Por qué me pregunta esto?” Es completamente apropiado informarle que llevar la navaja solo en esta ocasión o con poca frecuencia apoya una inferencia de premeditación, mientras que, si llevaba la navaja constantemente o con frecuencia, la inferencia sería negada. Por lo tanto, la libertad de su cliente puede depender de su recuerdo sobre si llevaba la navaja con frecuencia o no. A pesar de la posibilidad de que el cliente o un tercero puedan inferir que el abogado está incitando al cliente a mentir, el abogado debe informar al acusado sobre la importancia de su respuesta. No existe ningún requisito ético concebible que exija que el abogado atrape a su cliente en una respuesta apresurada y mal considerada antes de comunicarle al cliente la importancia que tiene esa pregunta.

Un problema similar ocurre si el cliente ha proporcionado al abogado información incriminatoria antes de ser plenamente consciente de su importancia. Por ejemplo, suponga que un hombre consulta a un abogado de impuestos y le dice: “Tengo cincuenta años. Nadie en mi familia inmediata ha vivido más allá de los cincuenta años. Por lo tanto, me gustaría poner mis asuntos en orden. Específicamente, entiendo que puedo evitar impuestos substanciales sobre la herencia creando un fideicomiso. ¿Puedo hacerlo?” El abogado informa al cliente que puede evitar con éxito los impuestos sobre la herencia solo si vive al menos tres años después de establecer el fideicomiso o, si muere dentro de tres años, si se determina que el fideicomiso no fue creado en contemplación de la muerte. Luego, el cliente podría preguntar quién decide si el fideicomiso está en contemplación de la muerte. Después de saber que la determinación la hace el tribunal, el cliente podría preguntar acerca de los factores en los que se basaría dicha decisión.

En este punto, el abogado puede hacer una de dos cosas. Puede negarse a responder la pregunta, o puede informar al cliente que el tribunal considerará la redacción del instrumento de fideicomiso y escuchará pruebas sobre cualquier conversación que pueda haber tenido o cualquier carta que haya escrito expresando motivos distintos a la evasión de impuestos sobre la herencia. Es probable que prácticamente todos los abogados tributarios del país responderían la pregunta del cliente, y que nadie consideraría que la respuesta es poco ética. Sin embargo, es posible que el abogado parezca haber instigado a su cliente a engañar al Servicio de Impuestos Internos y a los tribunales, y esta apariencia persistiría independientemente del descargo explícito del abogado al cliente de cualquier intención de instigarlo a hacerlo. No obstante, no debería ser poco ético para el abogado dar el consejo.

---

<sup>24</sup> Incluso este tipo de “hecho objetivo” es susceptible de un error honesto. Ver supra 16.

<sup>25</sup> Wurzel, *Das Juristische Denken* 82 (1904), traducido en Fuller, *Basic Contract Law* 67 (1964)

En un caso penal, un abogado puede representar a un cliente que protesta su inocencia, y en quien el abogado cree que es inocente. Supongamos, por ejemplo, que la acusación es asalto con la intención de matar, que la fiscalía tiene testimonios erróneos pero creíbles de testigos presenciales contra el acusado, y que el testigo que puede resultar beneficioso para el acusado, puede ser impugnado por tener varias condenas por delitos graves. El fiscal, quizás teniendo dudas sobre el caso, ofrece al acusado que se declare culpable de un asalto simple. Si el acusado va a juicio y es condenado, probablemente sea enviado a prisión por quince años; con una declaración de culpabilidad por asalto simple, la pena máxima sería de un año, y la sentencia podría quedar suspendida.

La práctica común de transmitir la oferta del fiscal al acusado no debe considerarse antiética, incluso si el abogado defensor está convencido de la inocencia de su cliente. Sin embargo, el abogado está claramente en la posición de incitar a su cliente a mentir, ya que el acusado no puede hacer la declaración de culpabilidad sin decir al juez que se declara culpable porque es culpable. Además, si el cliente decide declararse culpable, sería inapropiado que el abogado informe al tribunal que su cliente es inocente, lo que obligaría al acusado a ir a juicio y correr el considerable riesgo de quince años de prisión.<sup>26</sup>

Si bien no es muy diferente del problema discutido anteriormente, pero sí es aparentemente más difícil, es la llamada situación de la Anatomía de un Asesinato.<sup>27</sup> El abogado, que ha recibido de su cliente una historia incriminatoria de asesinato en primer grado, dice: "Si los hechos son como los has presentado hasta ahora, no tienes defensa y probablemente serás ejecutado. Por otro lado, si actuaste en un arrebato de ira, existe la posibilidad de salvar tu vida. Piénsalo y hablaremos mañana". Como en el caso de impuestos y en el caso de aceptar declararse culpable de un delito menor, el abogado ha dado a su cliente una opinión legal que podría inducir al cliente a mentir. Esta es información que el abogado mismo tendría, sin asesoramiento jurídico, si él estuviera en la posición del cliente. Se sostiene que el cliente tiene derecho a tener esta información jurídica y a tomar su propia decisión sobre si actuar o no conforme a ella. Decidir lo contrario no solo afectaría a los acusados con menos educación, sino que también perjudicaría al cliente debido a su sinceridad inicial al contar su historia en confianza al abogado.

### 3. Conclusión

El abogado es un oficial de la corte que participa en la búsqueda de la verdad. Sin embargo, ningún abogado consideraría haber actuado de manera poco ética al alegar una prescripción como un medio de defensa de su cliente frente a una demanda justa. De manera similar, ningún abogado consideraría poco ético evitar la introducción de pruebas como un arma homicida incautada en violación de la cuarta enmienda o una confesión veraz pero involuntaria, o defender a un hombre culpable basándose en la negación de un juicio expedito.<sup>28</sup> Estas acciones son permisibles porque existen consideraciones de

---

<sup>26</sup> En un caso reciente, un hombre fue acusado de uso no autorizado de un automóvil, por el cual la pena máxima es de cinco años. Él le dijo a su abogado designado por el tribunal que había tomado prestado el automóvil de "un hombre conocido solo como 'Junior'", que no sabía que el automóvil era robado y que tenía una coartada para el momento del robo. El acusado tenía tres condenas anteriores por hurto, y la coartada era débil. El fiscal ofreció aceptar un acuerdo de culpabilidad por dos delitos menores (apropiación indebida de propiedad y hurto menor), con una pena máxima combinada de dieciocho meses. El acusado estaba dispuesto a declararse culpable de los delitos menores, pero el abogado sentía que, debido a la coartada de su cliente, no podía permitir que lo hiciera. El abogado informó al juez que tenía un problema ético y solicitó ser relevado. El abogado designado en su lugar permitió que el cliente se declarara culpable de los dos delitos menores, y el acusado fue condenado a nueve meses. La alternativa habría sido cinco o seis meses en la cárcel mientras el acusado esperaba su juicio con jurado, y un riesgo muy sustancial de condena y una pena mucho más severa. Ni el cliente ni la justicia habrían sido bien servidos si se hubiese obligado al acusado a ir a juicio en contra de su voluntad en estas circunstancias.

<sup>27</sup> Ver Traver, *Anatomy of a Murder* (1958)

<sup>28</sup> Cf. Kamisar, *Equal Justice in the Gatehouses and Mansions of American Criminal Procedure*, in *Criminal Justice in Our Time* 77-78 (Howard ed 1965): Sí, la presencia de un abogado en la estación de policía puede resultar en la

fondo que en ocasiones justifican frustrar la búsqueda de la verdad y la prosecución de un reclamo justo. De manera similar, hay razones que justifican una respuesta afirmativa a las tres preguntas planteadas en este artículo. Estas incluyen el mantenimiento de un sistema adversarial, la presunción de inocencia, la carga de la prueba de la culpabilidad más allá de una duda razonable en cabeza del fiscal, el derecho a la asistencia letrada y la obligación de confidencialidad entre abogado y cliente.

#### Postscript

Al comienzo de este artículo se sugirieron algunas respuestas comunes que, justamente, evitan la pregunta. El profesor John Noonan ha añadido otra más: el papel del abogado es promover un juicio sabio e informado por parte del encargado de determinar los hechos.<sup>29</sup> Esta es la posición de la Conferencia Conjunta sobre Responsabilidad Profesional de la Asociación de Escuelas de Derecho de América y de la Asociación de Abogados de América en 1958, y es, por supuesto, la base principal del argumento del profesor Noonan.

El profesor Noonan me elogia generosamente por “traer a la vida esos principios y mostrar cómo gobernarían casos particulares”<sup>30</sup>. Además, añade que “esta explicación erudita de lo que a menudo se da por sentado cumple una función muy útil”<sup>31</sup>. A riesgo de parecer ingrato, me veo obligado a observar que la propia posición del profesor Noonan falla precisamente en ese respecto. Su proposición general simplemente no decide casos específicos, ni hace el esfuerzo de demostrar cómo podría hacerlo. De hecho, el profesor Noonan parece estar luchando ocasionalmente para no enfrentar casos particulares.

Por ejemplo, ¿cómo resolvería el principio de la Conferencia Conjunta la situación en la que el testigo de la fiscalía testifica que el delito se cometió a las 10:15, y donde el abogado sabe que su cliente tiene una coartada honesta para las 10:15, pero que en realidad cometió el delito en cuestión a las 10:45?<sup>32</sup> ¿Puede el abogado negarse a presentar la coartada honesta? ¿Está contribuyendo a un juicio sabio e informado al hacerlo? Si decide que no puede presentar la coartada, ¿cómo debe proceder para retirarse del caso? ¿Importa si ha advertido a su cliente que se retirará del caso si descubre que su cliente es culpable? ¿Contribuirá a un juicio sabio e informado si el cliente obtiene otro abogado y le oculta el hecho de su culpabilidad?<sup>33</sup> Se podrían hacer preguntas similares con respecto al problema de la aceptación de cargos cuando el acusado inocente.<sup>34</sup> Uno podría preguntar, además, si dicha aceptación

---

supresión de la verdad, al igual que la presencia de un abogado en el juicio puede llevar a que se aconseje al cliente que no testifique o cuando se objeta la admisibilidad de pruebas "reales" confiables pero obtenidas ilegalmente.

Si el sujeto interrogado por la policía no solo no puede ser "coaccionado" para hacer una declaración, sino que tampoco está obligado a ofrecer información, ¿por qué no se le debería aconsejar en ese sentido? Y ¿por qué los abogados designados por el tribunal, al igual que los abogados privados, no deberían proporcionarle ese consejo?

<sup>29</sup> Noonan, *The purposes of Advocacy and the Limits of Confidentiality*, 64 Mich. L. Rev. (1966) El profesor Noonan añade una petición de principio adicional al argumentar, en el lenguaje del Canon 15, que el abogado "debe obedecer su propia conciencia". Puede ser que la opción más sabia sea hacer que la conciencia de cada abogado sea su guía última. Sin embargo, se debe reconocer que esta perspectiva es totalmente inconsistente con la noción de ética profesional, la cual, por definición, prevalece sobre la ética personal. Además, es importante destacar que la ética personal, en el contexto de actuar en capacidad profesional para otro, puede requerir una conclusión diferente a la que uno podría alcanzar al actuar para sí mismo. Por ejemplo, el hecho de que un abogado no cometa perjurio en su propio beneficio de ninguna manera impide la decisión de hacer testificar a un cliente que tiene la intención de perjurar en su propio beneficio.

<sup>30</sup> Noonan, *supra* 28.

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> Ver *supra* 16.

<sup>33</sup> Como se ha señalado anteriormente, la diferencia práctica más significativa entre el abogado que conoce la verdad y aquel que no la conoce es que solo el primero tendrá motivos para intentar disuadir al cliente de cometer perjurio.

<sup>34</sup> *Ibid.*

es realmente una mentira ante el tribunal, en el sentido moral, o si es solo una convención, que es la opinión del profesor Noonan sobre la declaración de no culpabilidad por parte del acusado culpable.

En la situación que involucra la evasión de impuestos sobre el patrimonio<sup>35</sup>, el principio de la Conferencia Conjunta probablemente requeriría que el abogado se niegue a responder la pregunta de su cliente. Tal resultado sería necesario porque, en las circunstancias asumidas, una respuesta solo podría justificarse como una contribución a un juicio sabio e informado a través de lo que el profesor Noonan caracteriza como “racionalización bruta”<sup>36</sup>. Sin embargo, ¿es realista ignorar como irrelevante el innegable hecho de que prácticamente todos los abogados de impuestos en el país responderían al cliente?

Finalmente, el profesor Noonan argumenta que sería mejor dejar que el testigo veraz (pero engañoso) permanezca sin ser impugnado y confiar en que el juez saque las conclusiones correctas. Esto es necesario, sostiene él, porque “se requieren actos repetidos de confianza en la racionalidad del sistema de juicio son necesarios si es que queremos que el proceso de toma de decisiones se acerque a la racionalidad”<sup>37</sup>. Esto significa que el patrimonio, la libertad y las vidas de los clientes de hoy pueden ser puestas en riesgo en aras de crear un sistema más racional para los litigantes del mañana. Es difícil creer que el profesor Noonan quiera o espere que los miembros de la barra actúen siguiendo este consejo.

Por lo tanto, el profesor Noonan no enfrenta de manera realista los problemas prácticos del abogado al intentar actuar éticamente. Desafortunadamente, es precisamente cuando se intenta actuar sobre un consejo ético abstracto que las cuestiones prácticas surgen, haciendo que el acto bien intencionado sea poco ético en la mayoría de las veces.<sup>38</sup>

---

<sup>35</sup> Ver texto que acompaña la nota supra 23.

<sup>36</sup> Noonan, supra 26.

<sup>37</sup> Id. En 1487-88.

<sup>38</sup> Ver por ejemplo supra 15.