

El Trilema del Perjurio.

Monroe Freedman¹

(“Understanding Lawyer’s Ethics”, Matthew Bender & Co., Inc, USA, 1994, p. 109-122. Traducido por Julián López Masle²)

¿Es alguna vez propio para un abogado defensor en una causa criminal presentar testimonio que él sabe constituye perjurio?³

Mi respuesta es que sí. Este capítulo explica porqué y analiza las alternativas que han sido propuestas.

El Modelo de Ignorancia Selectiva.

Implícita en las soluciones propuestas al problema del perjurio del cliente se encuentran dos modelos profundamente diferentes de la relación cliente-abogado. El modelo tradicional, como hemos visto, es un modelo de confianza y de confidencialidad entre el abogado y el cliente. El cliente necesita confiar en el abogado y es alentado a hacerlo por una promesa de confidencialidad.

El otro modelo es uno mencionado en la literatura como de *ignorancia selectiva* (o, algunas veces, *ignorancia intencional*). Esto es, el abogado pone al cliente en noticia de que el abogado preferiría no saber cierta clase de hechos, y/o que se puede esperar que el abogado pase al juez o a la otra parte información que el cliente preferiría mantener confidencial. Es entonces el cliente quién, desprovisto de asistencia jurídica, debe decidir qué hechos son potencialmente dañinos y no el abogado quién decidirá qué es relevante y qué es irrelevante, qué es incriminante y qué es exculpatório. Esta clase de decisión es, por supuesto, únicamente responsabilidad del abogado en virtud de su especial entrenamiento y preparación.

El problema para el cliente es ilustrado por un caso relatado por un abogado que practicaba la ignorancia selectiva. Una cliente fue acusada de apuñalar a su

¹Monroe H. Freedman es Howard Lichtenstein Distinguished Professor of Legal Ethics en Hofstra University School of Law.

²La traducción ha sido hecha con el exclusivo propósito de ser puesta a disposición de los alumnos del curso de Etica Profesional Aplicada de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile.

³ En el sistema acusatorio norteamericano el inculpado no está obligado a declarar en causa criminal, pero si opta por hacerlo, debe prestar juramento y cualquier falsedad en que incurra configura el delito de perjurio. Como en nuestro sistema no es admisible que el inculpado declare bajo juramento y, por lo tanto, el delito de perjurio es imposible, el problema ético que aquí se presenta podría más propiamente traducirse en la pregunta “¿Es alguna vez propio para un abogado defensor en una causa criminal presentar testimonio que él sabe **falso**?”

marido con un cuchillo de cocina. En las entrevistas con su abogado, ella consistentemente negó haber cometido el crimen. Los hechos, sin embargo, eran concluyentes. El asesinato había tenido lugar en la cocina de la pareja; solamente sus huellas digitales estaban en el cuchillo; ella se encontraba en el departamento en ese momento; y ella no tenía otro sospechoso que ofrecer. Un investigador informó al abogado, sin embargo, de reportes de los vecinos de que el marido había tenido el hábito de emborracharse y brutalmente golpear a su mujer. Confrontado con esta información por su abogado, la defendida se quebró emocionalmente y "confesó". Su marido había estado bebiendo y la había atacado una vez más. Mientras ella retrocedía, su mano se apoyó sobre el cuchillo y, en su terror, ella lo apuñaló.

¿Por qué, le preguntó el abogado, no había entregado ella voluntariamente esta información desde el primer momento? Porque, le explicó su cliente (quien no estaba al tanto acerca de la eximente de legítima defensa) "eso probaba que yo lo hice".

Más allá de los problemas prácticos de requerir de los clientes convertirse en sus propios abogados, debemos preguntarnos si la ignorancia selectiva es una resolución moral al problema ético del abogado. Ciertamente, los abogados que practican la ignorancia selectiva tienen la comodidad de decir que ellos nunca han presentado, a sabiendas, a un cliente dispuesto a cometer perjurio. Por el otro lado, sin embargo, por la vía de permanecer ignorantes estos mismos abogados evitan ponerse en la posición de disuadir a sus clientes de cometer perjurio. Los abogados pueden mantenerse a distancia del perjurio del cliente, pero eso no evita que el perjurio suceda. Incluso, hay buenas razones para creer que habría más perjurio, no menos, si los abogados no supieran nada al respecto, y no se encontraran por tanto en posición de desalentarlos.

La American Bar Association ha adoptado una fuerte posición en contra de la ignorancia selectiva, usando una retórica inusualmente fuerte al hacerlo. Ha sostenido que advertir al cliente al comienzo que no debe admitir nada que pudiera "limitar la libertad del abogado en llamar testigos o de otra manera construir una defensa" es "máxima maldad" y es defendido solo por abogados "inescrupulosos". La ignorancia selectiva ha sido también desaprobada en la opinión formal de la ABA Nº 87-353. Sin embargo, como veremos, la ABA aparece haber adoptado la solución de la ignorancia electiva en sus reglas modelos de conducta profesional.

El Trilema.

La dificultad ética del abogado ha sido llamada un trilema, porque deriva de tres obligaciones. Primero, en orden a proporcionar a los clientes la efectiva asistencia de abogados a la cual ellos tienen derecho, se exige a los abogados obtener todos los hechos relevantes. Segundo, en orden a que los clientes se sientan libres para dar a los abogados la información necesaria para representarlos efectivamente, el abogado se encuentra bajo un deber de confidencialidad con respecto a la información obtenida en la relación profesional. Por último, se espera que el abogado sea honesto hacia la Corte.

Un momento de reflexión deja claro, sin embargo, que uno no pueda hacer estas tres cosas al mismo tiempo, es decir: saberlo todo, mantenerlo en secreto, y revelarlo a la Corte por encima de las objeciones del cliente. Para resolver este trilema, por lo tanto, uno de los tres deberes debe ceder ante los otros.

Si nosotros sacrificamos el primer deber, el de obtener toda la información relevante, nosotros estaríamos adoptando el modelo de la ignorancia selectiva. Si el segundo deber es sacrificado, el deber de confidencialidad, los clientes entenderían rápidamente que no pueden confiar en sus abogados y dejarían de proporcionar información dañina para su causa; de nuevo, el resultado es ignorancia selectiva. Sólo limitando el tercer deber, permitiendo a los abogados ser menos que honestos con la Corte cuando ello es necesario para proteger los secretos del cliente, podemos nosotros mantener el modelo tradicional cliente-abogado.

Centrándose en la Entrevista Inicial.

Es extremadamente importante reconocer que el foco necesario de nuestra preocupación en resolver el problema del perjurio del cliente es la entrevista inicial con el cliente. Esto es, dependiendo de cómo el abogado resuelve el trilema, él comenzará a llevar a efecto esa decisión al comienzo de la relación.

Bajo el modelo tradicional, el abogado hará ver a su cliente cuán importante es que él lo sepa todo, y asegurará al cliente la confidencialidad. En cambio, bajo el modelo de ignorancia selectiva, él le dará de una forma u otra al cliente un “Miranda warning” (advertencia preliminar) cliente-abogado⁴.

Obviamente, la ignorancia selectiva va a impedir, si no completamente frustrar, la ya difícil tarea de establecer una relación de confianza con el cliente. Este problema es particularmente agudo para el Defensor Público o para el abogado designado por la Corte, quién típicamente conoce a su cliente en la cárcel. El defendido no ha elegido al abogado. Por el contrario, el abogado ha sido enviado por el Juez que es parte del sistema que está tratando de condenarlo y sancionarlo. No es cosa fácil persuadir a este cliente que él puede conversar libremente con su abogado sin miedo o prejuicio. La pregunta en la mente del cliente es: “¿puedo realmente confiar en usted?”. Y el cliente oír una respuesta negativa a esa pregunta si el abogado lo invita a contarle todo pero, al mismo tiempo, le advierte que es posible que él traicione esa confianza.

⁴Con el nombre de “Miranda warning” se conocen en Estados Unidos las advertencias preliminares que deben ser formuladas por la policía a las personas que se encuentran detenidas o bajo su custodia antes de ser interrogadas, y sin las cuales toda declaración autoincriminatoria resulta posteriormente inadmisibile en el proceso. Entre tales advertencias está la comunicación del derecho a permanecer callado y de que todo lo que el detenido diga podrá ser usado en su contra. Tales advertencias fueron impuestas por la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso “Miranda v. Arizona” y gozan de una extraordinaria difusión televisiva y cinematográfica. La idea de un “Miranda warning cliente-abogado”, supone entonces que el abogado debiera formular una advertencia preliminar similar, de modo de asegurar que el cliente supiera de antemano que el abogado tiene la obligación de transmitir a los tribunales todo lo que le diga el cliente, en el caso de que éste pretenda presentar una declaración falsa.

Sin embargo, la reticencia a entregar al abogado información vergonzosa o dañina no es única del cliente indigente o del defendido en causa criminal.

Randolph Paul observó un fenómeno similar entre clases económicas más altas en una atmósfera mucho más agradable:

"El abogado tributarista tendrá algunas veces que obtener los hechos de su caso de un testigo reticente de su propio lado, testigos que están demasiado nerviosos, testigos que están confundidos acerca de sus propios intereses, testigos que tratan de pasarse de listos por su propio bien, y testigos que subconscientemente no quieren comprender lo que ha pasado a pesar del hecho de que deben hacerlo si quieren testificar coherentemente".

Paul explica que la verdad puede ser obtenida solamente persuadiendo al cliente que sería una violación de una obligación sagrada para el abogado revelar una confidencia del cliente.

Quizás, pienso, estoy simpatizando indebidamente con el cliente que no quiere revelar su culpabilidad a su abogado. Uno puede argumentar que si ésta es la decisión voluntaria e informada del cliente, está en su mano tomarla. Mi respuesta ha sido dada en los capítulos anteriores, particularmente en la discusión acerca del rol del abogado en satisfacer nuestra valoración social por la dignidad del individuo. El abogado que da una Miranda warning (advertencia preliminar) a su cliente no es el paladín del cliente en contra de un mundo hostil; por el contrario, se presenta a sí mismo desde el comienzo como un agente de ese mundo hostil. Como el profesor Hazard sucintamente apuntaba: "Hacer la advertencia es tratar al cliente como un no-cliente".

No es adecuado ni justo caracterizar la alternativa que tiene el cliente de ocultar información a su abogado como una alternativa informada y voluntaria. Particularmente cuando el cliente está solo contra ese mundo hostil, él puede perfectamente estar asustado y confundido, tal como Randolph Paul lo ha indicado, incapaz de comprender cabalmente que es lo que le está pasando. Lo que él necesita es el sabio consejo de su abogado basado sobre los hechos tal como ellos son, no como él desearía que ellos fueran. Y hasta el momento si el cliente no ha tenido la guía de su abogado sobre el caso tal como éste realmente es, él no está en posición de tomar una decisión verdaderamente informada y voluntaria acerca de qué información ha de retener. Puesto de otra manera, privar al cliente de su derecho a la "mano-guía de su abogado" al comienzo de la representación es una sanción demasiado alta para ser impuesta, incluso, al cliente que puede estar tratando, sin el beneficio de un consejero legal, de ser "demasiado listo por su propio bien".

Un caso particular.

La mayor parte de la gente que es formalmente acusada de crímenes en nuestro sistema son culpables. A menudo, sin embargo, ellos son culpables de una ofensa menor que aquella por la que son acusados. Y algunas veces ellos son

inocentes a pesar de la contundente evidencia en contrario, incluyendo incluso su propia confesión. Sabemos, incluso, que gente inocente ha sido sentenciada a muerte, en base a culpabilidad determinada más allá de una duda razonable.

Por lo tanto, y particularmente en una sociedad que respeta la dignidad del individuo, es importante reconocer que el asustado y confundido cliente que recibe una "Miranda warning" (advertencia preliminar) cliente-abogado, puede perfectamente ser inocente. Como el profesor Stephen A. Saltzburg ha observado, "buenas personas (o personas que tienen pretensiones correctas) pueden alejarse del abogado que da una "Miranda warning" tan rápidamente como malas personas (o personas con pretensiones incorrectas)". Nótese también que el "Miranda warning" cliente-abogado debe ser dado antes de que ninguna discusión seria entre cliente-abogado haya comenzado, esto es, antes de que el abogado pueda formarse un juicio informado acerca de la culpabilidad o inocencia del cliente.

Consideremos, por ejemplo, la mujer con el cuchillo de cocina, que se había sentido temerosa de contar a su abogado hechos que ella pensó la incriminaban pero que eran realmente exculpatórios. En ese caso, el abogado descubrió la información a través de otras fuentes, pero eso no es ordinariamente probable o incluso posible. O consideremos el siguiente caso, en el cual un cliente inocente se propone a cometer perjurio:

Su cliente ha sido erróneamente acusado de un asalto cometido en la esquina de 16 y la calle P. a las once de la noche. El le dice a Ud. que en ningún momento durante la noche del crimen estuvo él dentro del diámetro de las seis cuadras de esa dirección. Ud. es capaz de persuadirlo sin embargo de que él debe contarle toda la verdad y que hacerlo no lo va a perjudicar de manera alguna. El entonces le revela a Ud. que estuvo en la esquina de 15 y la calle P., a una cuadra de distancia de la escena del crimen, a las 10:55 esa noche; sin embargo, él estaba yendo hacia el este, alejándose de la escena del crimen, y para las once de la noche estaba a seis cuadras de distancia.

Hay dos testigos de la Fiscalía. El primero, erróneamente, pero con algún grado de persuasión, identifica a su cliente como el criminal. La segunda testigo es una dama de edad que está algo nerviosa y usa lentes. Ella identifica verdadera y correctamente que ella vio a su cliente en la esquina de 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 cierta. En la contrainterrogación, sin embargo, Ud. es capaz de demostrar que ella se confunde fácilmente y que tiene una pobre visión. A ese punto, el caso de la Fiscalía descansa, en efecto, en el primer testigo, y su exitosa contrainterrogación del segundo testigo puede haber acarreado dudas sobre todo el caso de la acusación.

Su cliente insiste en testificar, lo cual es su derecho de acuerdo con las normas del debido proceso⁵. El cree que es más probable que sea absuelto si sube al

⁵Recordemos que, en el sistema norteamericano, ningún acusado puede ser obligado a prestar declaración, derecho que mantiene durante todo el proceso e incluso, ante la Policía. Como

estrado a testificar, verdaderamente, que él es inocente del crimen y le dice al jurado donde estuvo a las once de la noche. También, él está convencido de que no puede admitir que el segundo testigo de la acusación lo haya situado correctamente a una cuadra de la escena del crimen a las 10:55, porque ello revalidaría tanto la declaración de la segunda testigo como el caso de la Fiscalía en su contra. Ud. trata de disuadirlo de cometer perjurio, pero él insiste. ¿Qué debería hacer usted?

La Solución de Retirarse del Caso.

La manera más obvia de evitar la dificultad ética parecería ser retirarse del caso, si ello pudiera hacerse sin causarle perjuicios al cliente. El cliente entonces encontrará otro abogado a quién probablemente ocultará esta vez la información incriminante que comunicó al primer abogado. En términos sistémicos, es difícil defender la posición de retirarse ante tales circunstancias, dado que el perjurio finalmente será presentado. Más aun, el nuevo abogado no estará siquiera en posición de intentar disuadir al cliente de presentar dicho testimonio. Sólo el primer abogado, que sabe la verdad, tiene esa oportunidad, pero la pierde en el mismo acto de evitar el problema ético. Por esa razón, yo no requeriría al abogado retirarse en la medida que haya alguna oportunidad de disuadir al cliente.

Saber pero no saber. La solución de Roy Cohn.

Si la ignorancia selectiva impide representación efectiva, y saber la verdad presenta un dilema insoluble, ¿por qué no elegir una solución que evite ambos males?. Hablando ante un grupo de abogados, Roy Cohn propuso este método para tratar al abogado culpable si quiere cometer perjurio:

Antes que un cliente pueda decir tres palabras, cualquier abogado con dos dedos de frente diría; "Ud. probablemente no sabe si Ud. es culpable o no, porque Ud. no sabe los elementos del crimen del cual Ud. es acusado".

[Entonces, para evitar oír lo que no se supone que yo oiga, yo pregunto al cliente:] "¿Si alguien fuera a subir al estrado y mentir acerca de Ud., quién sería?. ¿Y qué mentiras diría él acerca de Ud.?". Y si el cliente tiene dos dedos de frente, él sabrá de lo que yo estoy hablando.

Bajo la solución de Mr. Cohn, por lo tanto, el abogado soluciona ambos problemas. Para propósitos tácticos, él sabe lo que tiene que saber. Para propósitos de cualquiera obligación ética, sin embargo, él no sabe ni que el cliente es culpable ni que el cliente va a cometer perjurio cuando niegue las "mentiras" acerca de él. Así, el abogado de Mr. Cohn no intentaría disuadir al cliente de cometer perjurio (excepto quizás por razones tácticas) porque el este abogado no "sabe" acerca de su existencia.

El nudo del trilema del perjurio, por lo tanto, como el de Gordius, es simplemente cortado en vez de desatado. Podemos preguntarnos, entonces, si la

contrapartida, sin embargo, el acusado tiene el derecho constitucional de subir al estrado y declarar, si así desea hacerlo.

solución de Cohn -saber suficiente para propósitos tácticos pero no suficiente para propósitos éticos- puede propiamente ser llamada una solución ética.

Manteniendo el modelo tradicional cliente-abogado.

Hay solamente un método de anticipar y lidiar con el perjurio del cliente que mantiene el modelo tradicional de confianza cliente-abogado, protege los derechos fundamentales que se expresan en la relación, y pone a los abogados en posición de disuadir al cliente de cometer perjurio.

En la entrevista inicial con el cliente, el abogado convence al cliente que es esencial que el abogado sepa todo lo que hay que saber acerca del caso del cliente. El abogado también explica al cliente que el mantendrá las confidencias y secretos del cliente bajo estricta reserva.

Si el abogado sabe que el cliente está contemplando el perjurio, debe hacer continuos y bien intencionados esfuerzos para disuadir al cliente de seguir ese curso. El abogado está autorizado para retirarse, en la medida que el retiro no perjudique al cliente; es preferible, sin embargo, que el abogado no se retire, sino que continúe usando su relación de confianza con el cliente, "hasta el mismo momento del testimonio del cliente", para disuadir al cliente de cometer perjurio.

El cliente, enfrentado con la amenaza de prisión, puede no resultar convencido por el hecho de que el perjurio es inmoral e ilegal, pero bien puede ser persuadido por el hecho de que el juez tiene el poder de aumentar la sentencia cuando concluye que el defendido ha dado falso testimonio⁶. En cualquier caso, hay un consenso profesional de que los abogados frecuentemente tienen éxito en disuadir del perjurio al cliente. Note de nuevo, sin embargo, que los abogados pueden servir esta función -para el beneficio de la sociedad tanto como de sus clientes- sólo si sus clientes están dispuestos a confiar en ellos, a comunicarles sus secretos, y a aceptar su consejo. Eso no es probable que suceda bajo un modelo de ignorancia selectiva.

En un número relativamente pequeño de casos en el cual el cliente que ha contemplado perjurio rechaza el consejo del cliente y decide seguir adelante con el juicio, subir al estrado y prestar falso testimonio, el abogado debiera seguir adelante en la manera ordinaria. Esto es, el abogado debiera examinar al cliente en la manera profesional normal y debiera argumentar el testimonio del cliente al jurado en los alegatos finales hasta el punto que una táctica razonable justifique hacerlo así.

La objeción en base a la moral personal.

Nunca me he sentido completamente cómodo con esta posición. Incluso una de las razones por las cuales el problema del perjurio del cliente ha producido tan sustancial cuerpo de literatura desde 1976 es que nadie ha sido capaz de resolver el trilema en una manera que sea completamente consistente tanto con las normas generales de moralidad como con los estándares de ética profesional. En los

⁶ Esta facultad del tribunal no existe en nuestro sistema.

capítulos referidos al sistema acusatorio, la autonomía del cliente, y la relación de confianza, así como en este capítulo, he tratado de presentar las razones positivas que me han persuadido a adoptar esta posición. Es apropiado, sin embargo, considerar las razones por las cuales no quedo completamente satisfecho.

La más problemática objeción a presentar el perjurio de un cliente es que es inconsistente con nuestros propios estándares de moralidad. A mí me gusta pensar que yo no mentiría en mi propio nombre, incluso si cinco o diez años de mi libertad dependieran de ello. Para ser honesto, sin embargo, yo no sé realmente que haría bajo esa circunstancia. Esa no es razón en sí misma para ayudar a mi cliente a presentar falso testimonio, pero sí me da un sentido de compasión por la persona que se siente obligada a seguir ese curso.

Más allá de eso, yo no puedo encontrar -en términos de moral personal- un curso de conducta más aceptable. Yo encuentro un significado moral profundo en la dignidad del individuo y en la manera en que esa dignidad es respetada en el sistema acusatorio constitucional de los Estados Unidos de América. También, como hemos visto, nuestro análisis debe focalizarse en la primera entrevista con el cliente. Yo no estoy en posición a ese punto de hacer un juicio informado acerca de si mi cliente es culpable o inocente, qué defensa puede tener, o cuál es el grado de culpabilidad que debe serle imputado. Yo debo actuar, por lo tanto, sobre una presunción de inocencia. Yo no puedo servir a esta persona en la medida en que él merece ser servido si yo no sé todo lo que hay que saber acerca de su caso. En concordancia, debo alentarle a decirme todo, y debo jurarle confidencialidad. Excepto en la limitada medida discutida previamente, yo no puedo, consistentemente con mi propio sentido de moralidad, romper tal juramento.

¿Rompería yo alguna vez mi juramento? Como he indicado en los capítulos anteriores, hay valores morales que, para mí, son superiores a la verdad. Uno es la vida humana, por ejemplo, la persona inocente condenada a muerte. Por lo demás, en lo que dice relación con los valores en juego, la situación ocurrirá tan infrecuentemente como para no crear amenazas sistémicas; esto es, no es probable que la existencia de esta excepción haga a los clientes temerosos de confiar en sus abogados.

Yo también me retiraría, sin importar el perjuicio al cliente, para evitar tener que ir a juicio ante un juez o un jurado corrupto. De nuevo, la situación es tan improbable que no hay una amenaza sistémica significativa. Más aún, el sistema acusatorio está diseñado, a través de la contrainterrogación y otras maneras, a hacerse cargo del falso testimonio. Un juez o jurado corrupto, sin embargo, vicia el sistema acusatorio en sí mismo.

Finalmente, yo violaría la confidencialidad en la misma medida necesaria para defenderme a mí mismo contra cargos formales de conducta ilegal o poco profesional. Admito que la moralidad de esta sección es más difícil de defender que las dos primeras. Es análoga, sin embargo, al privilegio contra autoincriminación, que reconoce la fundamental injusticia de requerirle a uno ser autodestructivo. También, parece implícito en la situación que el cliente, en mayor o menor medida,

está preparado para traicionar al abogado. Más aún, aunque esta contingencia puede no ser tan extraordinaria como una amenaza a la vida o la corrupción del juez o el jurado, es suficientemente poco común como para permitir una excepción sin causar amenazas sistémicas de importancia. Yo dudo que haya un abogado defensor en causa criminal que no haya repetidamente enfrentado el problema del perjurio del cliente, pero hay pocos que hayan alguna vez encontrado necesario divulgar las confidencias del cliente en las áreas en las cuales yo permitiría excepciones.

¿Le daría yo entonces, una “Miranda warning” al cliente acerca de estas excepciones?. No, no lo haría. La excepción de la vida-muerte es la más fácil, yo pongo un valor más alto en ser capaz de salvar una vida que en advertir a un cliente (que hipotéticamente va a ser responsable por una muerte) que él debiera mantener esa particular verdad en reserva de su abogado. Las otras excepciones son, incuestionablemente, menos determinantes moralmente que vida y muerte, pero suficientemente importantes en la escala de valores. Y, de nuevo, la posibilidad de que estas contingencias ocurran es tan baja que el daño que se habría hecho a la relación cliente-abogado por una “Miranda warning” supera por mucho el valor marginal de justicia al excepcionar al cliente a quién la advertencia debiera ser relevante.