

## Curso de Ética y Responsabilidad Profesional en el Sistema de Justicia Penal



Programa  
Reforma de Justicia

**Libro para docentes**

**Autor**  
Sergio Iván Anzola Rodríguez

**CEEAD, A.C**

Porfirio Díaz 727 Sur, Colonia Centro  
Monterrey, Nuevo León, 64000 México

**Primera edición:** 2018

ISBN: 978-607-98194-3-9

**Revisión editorial**

Erika Leticia Partida

**Diseño de interiores**

David Oswaldo Martínez

**Diseño de portada y maquetación**

Sofía Victoriana Ríos



Esta publicación fue posible gracias al subsidio otorgado por el Departamento de Estado de los Estados Unidos de América por conducto de la Iniciativa Mérida. Su contenido es responsabilidad de los autores y no representan necesariamente la postura del Departamento de Estado de los Estados Unidos de América.

---

© ⓘ ⓘ Esta obra está bajo una licencia Creative Commons Atribución-Compartir Igual 4.0 Internacional

Con esta licencia eres libre para copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato, y para adaptar, transformar y crear a partir del material, siempre y cuando reconozcas el crédito de la obra de manera adecuada y que en el nuevo material que surja a partir de la adaptación utilices la misma licencia de Creative Commons.

Para mayor información sobre los términos de la licencia, visita: <http://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/deed.es>

Para poder utilizar la obra en cualquier curso o capacitación, te pedimos registrarte en la página electrónica del CEEAD ([www.ceed.org.mx](http://www.ceed.org.mx)), ello con el fin de ubicar a quienes están utilizando esta obra para hacerles llegar actualizaciones, materiales adicionales e invitaciones a eventos relacionados.

## Curso de Ética y Responsabilidad Profesional en el Sistema de Justicia Penal



Programa  
Reforma de Justicia

**Libro para docentes**

**Autor**  
Sergio Iván Anzola Rodríguez

# ÍNDICE

---

<b>Capítulo 1. Diferencias entre la ética profesional de la abogada y la ética común</b> .....	<b>13</b>
Introducción .....	14
Ética común <i>versus</i> ética profesional.....	15
Actividad introductoria .....	15
Actividad de aprendizaje.....	19
¿Qué es y qué no es un dilema ético? La diferencia entre los casos grises e ilegales o delictuosos.....	22
Actividad de aprendizaje.....	22
Actividad de aprendizaje.....	26
 <b>Capítulo 2. La visión dominante de la ética profesional y sus críticas</b> .....	<b>27</b>
Introducción .....	28
Actividad de aprendizaje.....	29
El paisaje moral de los abogados .....	30
La visión dominante .....	35
El valor de la autonomía.....	36
El Estado de derecho y la igualdad .....	36
El buen funcionamiento del sistema dispositivo o acusatorio .....	37
 <b>Capítulo 3. Los fines del proceso penal y sus repercusiones en la ética profesional de la abogada defensora</b> .....	<b>41</b>
Introducción .....	42
Actividad de aprendizaje.....	43
Proceso penal para alcanzar la verdad real.....	45
Actividad de aprendizaje .....	47

## Capítulo 4. La ética profesional del abogado penalista \_\_\_\_\_ 49

¿Hay casos éticamente indefendibles o deben los abogados defender los intereses jurídicos de todas las personas que soliciten sus servicios? .....	50
Actividad de aprendizaje .....	50
Introducción .....	51
Los argumentos para defender a un criminal.....	52
Los argumentos legales .....	52
Los argumentos éticos .....	53
¿Qué tanto saben los abogados sobre los casos y qué tanto deberían saber para defender a sus clientes adecuadamente? .....	55
Actividad de aprendizaje .....	55
Marco teórico .....	56
¿Por qué estaría mal defender a personas que nos confiesan ser penalmente responsables? .....	59
¿Por qué <i>no</i> defender a un culpable? Un cambio en los términos del debate.....	60
Actividad de aprendizaje .....	60

## Capítulo 5. El secreto profesional \_\_\_\_\_ 63

Actividad introductoria .....	64
Introducción .....	66
¿Qué es el secreto profesional? Una <i>primera</i> definición básica y tentativa.....	67
¿Por qué las abogadas deberían guardar secretos? .....	70
La confidencialidad incentiva el flujo de información e incrementa la calidad de la defensa .....	70
Es posible pasar conductas de la ilegalidad a la legalidad .....	70
La confidencialidad dota al sistema de legitimidad.....	71
La autonomía y la privacidad son valores .....	72
La protección de la profesión y el bienestar de las abogadas.....	72
El acceso a la justicia.....	72
¿Por qué las abogadas deberían tener la posibilidad de romper el secreto profesional en algunas circunstancias? .....	73
¿Cómo responde la legislación mexicana a las tensiones que permean la institución jurídica del secreto profesional? ¿Las reconoce?.....	77
¿Qué es el secreto profesional? Una segunda definición más problemática: la diferencia entre «Deber profesional de Confidencialidad», « <i>Attorney Client Privilege</i> » y « <i>Work Product Doctrine</i> » .....	82
El concepto de «comunicación».....	85
Personas «privilegiadas» .....	85
La confidencialidad al momento de transmitir la información.....	86
El propósito de transmitir la información .....	86
Conclusión.....	86
Actividad de aprendizaje.....	87

## **Capítulo 6. Las tácticas de defensa ¿se puede mentir en la defensa penal? \_\_\_\_\_ 89**

Actividad introductoria.....	90
<b>Introducción .....</b>	<b>91</b>
<b>¿Es diferente la labor del abogado penalista? .....</b>	<b>93</b>
El derecho penal es diferente, pues es la expresión máxima y cotidiana del poder omnímmodo del Estado .....	93
La crítica de William Simon a la visión de Luban .....	94
Actividad de aprendizaje.....	96
La tensión entre los valores de confidencialidad, honestidad y competencia .....	98
Actividad de aprendizaje.....	102

## **Capítulo 7. ¿Hay límites éticos en la práctica de los interrogatorios y en la formulación de alegatos de fondo? \_\_\_\_\_ 103**

<b>Introducción .....</b>	<b>104</b>
El interrogatorio .....	104
Derecho a la defensa .....	104
Protección a la dignidad de testigos y víctimas.....	104
La búsqueda de la verdad .....	105
<b>¿Es lícito cuestionar la veracidad de una testigo cuando yo, como abogada, sé que está diciendo la verdad?.....</b>	<b>106</b>
Actividad de aprendizaje.....	106
<b>Escenarios de cuestionamiento.....</b>	<b>108</b>
Las estrategias en el interrogatorio .....	109
Los alegatos de fondo.....	112
¿Cómo regula la legislación mexicana la conducta de sus abogadas en los interrogatorios? .....	114
<b>¿Es lícito formular preguntas que pueden atentar contra la intimidad de testigos o víctimas y que, además, alimentan estereotipos sociales? .....</b>	<b>116</b>
<b>La protección a la dignidad e integridad de las testigos en la legislación mexicana.....</b>	<b>119</b>
Actividad de aprendizaje.....	120

## **Capítulo 8. Conflictos de interés \_\_\_\_\_ 121**

<b>Introducción .....</b>	<b>122</b>
Actividad introductoria.....	123
<b>¿Qué son los conflictos de interés y por qué es importante regularlos jurídicamente? .....</b>	<b>124</b>
<b>Las múltiples formas en que se puede presentar un conflicto de intereses .....</b>	<b>126</b>
Conflicto de interés simultáneo .....	126
Conflicto de interés sucesivo .....	127
Conflicto de Interés personal.....	127
La regulación mexicana .....	128
<b>¿Qué bienes jurídicos protege el conflicto de interés y cómo lo hace? .....</b>	<b>129</b>
Actividad de aprendizaje.....	131

**Capítulo 9. Dilemas éticos en las Salidas Alternas al Proceso Penal \_\_\_\_\_ 133**

Introducción .....	134
¿Por qué es conveniente utilizar las SAPP?.....	135
La imposibilidad material de investigar todos los delitos .....	135
El giro de una política criminal retributiva a una política penal reparadora .....	135
Disminución de costos económicos y emocionales.....	136
<b>Algunos dilemas éticos en el uso del procedimiento abreviado.....</b>	<b>138</b>
¿Qué rol debe desempeñar la abogada cuando su cliente es culpable y se le ofrece un procedimiento abreviado? .....	138
¿Habrá casos en los que, a pesar de que la persona acusada sea inocente, debería recomendarle reconocer responsabilidad penal y acogerse a un procedimiento abreviado? .....	139
Cuando la abogada defensora se convierte en abogada acusadora.....	140
Actividad de aprendizaje.....	143

**Capítulo 10. ¿Es ético litigar a través de los micrófonos y la prensa?**

**Límites a la libertad de expresión de los abogados \_\_\_\_\_ 145**

Introducción .....	146
Defender al cliente o colaborar con la administración de justicia: el problema de la libertad de expresión de los abogados, más allá del escenario judicial .....	147
Actividad de aprendizaje.....	148
<b>Algunas razones para limitar la libertad de expresión de los abogados .....</b>	<b>151</b>
<b>Algunos argumentos para proteger de manera reforzada la libertad de expresión de los abogados .....</b>	<b>153</b>
Actividad de aprendizaje.....	156

**Bibliografía \_\_\_\_\_ 158**





## Sobre el CEEAD

---

El Centro de Estudios sobre la Enseñanza y el Aprendizaje del Derecho, A.C. (CEEAD) es una organización civil independiente, sin fines de lucro, dedicada a la investigación sobre la enseñanza y el ejercicio profesional del Derecho. Nuestra misión es transformar la enseñanza del Derecho en México.

Uno de nuestros objetivos principales es desarrollar modelos educativos pertinentes y de calidad para las escuelas de Derecho, con la finalidad de que egresen abogados y abogadas comprometidas con la consolidación del Estado de Derecho en nuestro país.

El CEEAD cuenta con cinco programas de investigación permanentes: Educación Jurídica, Cultura de la Legalidad, Derechos Humanos, Universidades Indígenas y Reforma de Justicia.

De 2010 al 2016, el Programa de Reforma de Justicia del CEEAD llevó a cabo el *proyecto de fortalecimiento de las escuelas de Derecho para el Sistema de Justicia Penal (SJP)*, cuyas líneas de acción generaron:

- a) Materiales especializados para la enseñanza del sistema penal acusatorio<sup>1</sup>.
- b) Capacitación de profesores de las escuelas de Derecho.
- c) Asesoría de directivos de las escuelas de Derecho para la incorporación en los planes de estudios de asignaturas del SJP.
- d) Un examen diagnóstico de conocimientos y habilidades en el sistema procesal penal acusatorio (EX-SIPA).

Actualmente el Programa Reforma de Justicia ejecuta el proyecto *Universidades como instituciones clave para la consolidación del Sistema de Justicia Penal*. Algunos de los componentes de este proyecto son:

- e) Tres cursos en línea sobre temas del sistema penal acusatorio y dos de pedagogía enfocada al SJP<sup>2</sup>.
- f) Un libro de diez casos que puedan utilizarse para la enseñanza del SJP.
- g) Actualización de contenidos y continuidad para la aplicación de EXSIPA.
- h) Jornadas de capacitación presencial a profesores de escuelas de Derecho en torno herramientas pedagógicas para la enseñanza del SJP.
- i) Una red virtual para profesores de Derecho, donde compartan prácticas sobre la implementación del SJP.
- j) Un Observatorio nacional sobre educación jurídica, que incluya un componente sobre la implementación del SJP en las escuelas de Derecho mexicanas.
- k) Un conjunto de lineamientos dirigidos a escuelas de Derecho para facilitar la realización de actividades que contribuyan a la consolidación del SJP.
- l) Un libro sobre ética y responsabilidad profesional en el SJP.

---

<sup>1</sup> Todos nuestros materiales se encuentran disponibles para su descarga en: [www.ceedad.org.mx](http://www.ceedad.org.mx)

<sup>2</sup> Estos cursos están disponibles en Aula CEEAD: [www.aulaceead.mx](http://www.aulaceead.mx)

## Sobre este libro

---

La asignatura de ética y responsabilidad profesional ha ocupado un lugar marginal en los programas de Derecho no sólo en México sino, por lo general, en Latinoamérica. En el caso mexicano, un factor que puede explicar esto, al menos parcialmente, es la ausencia de mecanismos, instituciones y normas jurídicas que vigilen la conducta de sus abogadas. La ausencia de un código de ética vinculante para todos los/las abogadas y de un órgano encargado de aplicarlo, ha facilitado que la asignatura se considere como innecesaria o, en el mejor de los casos como una materia importante sin contenido autónomo que atienda directamente a la práctica jurídica. En este último caso, el curso de ética profesional de las Facultades de Derecho termina siendo una re-edición del curso de ética que se dicta en las Facultades de Filosofía. Si bien es cierto que hay una interrelación entre la ética como rama general de la filosofía y la ética profesional del abogado, desde el CEEAD consideramos necesario diseñar cursos de ética y responsabilidad profesional más cercanos a la práctica jurídica y los dilemas éticos que enfrentan los/las abogadas en su práctica profesional.

Este libro para docentes del curso *Ética y Responsabilidad Profesional en el Sistema de Justicia Penal* es un esfuerzo para alcanzar dos objetivos: primero, resaltar la importancia de la deliberación ética en el ejercicio del Derecho; y segundo, facilitar la enseñanza de la asignatura en las escuelas de Derecho. Esperamos, además, que este libro sirva como material de reflexión en cursos de postgrado o en asociaciones y colegios de abogadas interesados en trabajar este tema.

Los temas cubiertos en las diez sesiones que componen el libro han sido seleccionados teniendo como telón de fondo la implementación del sistema penal acusatorio en México. Por esta razón, los dilemas éticos presentados y los debates propuestos están más cercanos a la práctica del Derecho penal que a otras áreas. No obstante, tras una lectura cuidadosa, podrá notar que todos estos dilemas cruzan de alguna manera su práctica profesional, independientemente de la rama en que se desempeñe, sea civil, administrativo, familia, comercial, etc. Los capítulos 1 y 2, particularmente, resultan aplicables a todas las áreas de la práctica jurídica.

Consideramos importante hacer una advertencia sobre el contenido del libro. Todos los casos presentados en él son dilemas éticos genuinos, por lo que son de difícil solución. En varios de ellos creemos que, al día de hoy, no hay aún una respuesta correcta. Si en la práctica diaria del Derecho, puede pasarse por ellos sin mayor reflexión, creemos que la profesión jurídica tiene la responsabilidad, frente al propio gremio y ante la ciudadanía, de justificar y explicar por qué los/las abogadas se comportan de determinada manera. El ejercicio ético consiste en dar razones, con pretensión de universalidad, que justifiquen un determinado curso de acción. En este orden de ideas, este libro es sólo un primer paso en esa dirección. Pretendemos resaltar la ubicuidad de los dilemas éticos en la práctica jurídica y someterlos a debate. No será extraño que el libro genere distintas reacciones desde la profesión. Algunos abogados, profesores y estudiantes considerarán que no hay un dilema ético donde nosotros vemos uno. Este es precisamente el tipo de reacciones y discusiones que pretendemos alcanzar con este libro. No pretendemos dar respuestas correctas a los dilemas éticos que presentamos acá, sino fomentar una discusión amplia y responsable que nos lleve a reflexionar sobre cómo debemos resolverlos y por qué.

## Sobre el uso del lenguaje inclusivo de género

---

Ya sea como estudiantes, profesoras o abogadas practicantes, las mujeres constituyen un alto porcentaje de la profesión jurídica -incluso en algunos países son la mayoría-. Sin embargo, en nuestra profesión la discriminación por motivo de género es persistente y sigue manifestándose de diversas maneras en el ejercicio del derecho: no hay paridad de género en las posiciones de liderazgo de las organizaciones; las brechas salariales entre abogados y abogadas persisten; la segregación por áreas de práctica (paredes de cristal), entre muchas otras prácticas discriminatorias. Lo anterior se proyecta en un lenguaje androcentrista, donde solo hay «abogados» «jueces» y «clientes». Cuando escribimos sobre Derecho pareciera que borráramos del paisaje a las abogadas, como si ellas no jugaran un papel activo o como si no fueran la audiencia a la que buscamos dirigirnos.

En razón a lo anterior y con el fin de retratar, más adecuadamente, la composición actual de la profesión jurídica, decidimos escribir este libro con un enfoque de género, reconociendo el espacio e importancia de «las abogadas», «juezas» y «clientas». A efectos de que la lectura no se tornara tediosa (por ejemplo, usando recursos que perjudican la legibilidad, como diagonales o paréntesis: abogado/a, juez(a), etc., - a lo largo de todo el texto) decidimos alternar los capítulos: uno con pronombres femeninos, el siguiente con pronombres masculinos y así sucesivamente.

Escribir de esta forma, siendo el autor un hombre, generó una reflexión valiosa: en un tema tan crucial como la ética y responsabilidad profesional, los abogados hombres somos responsables en gran parte, tanto de las críticas que se le han hecho a la profesión, como de la falta de respuestas. Recordemos que, si bien hoy en día se puede hablar de avances -insuficientes- en materia de igualdad de género, anteriormente la profesión y la academia jurídica eran completamente dominadas por hombres. Afirmar que las mujeres abogadas, por el hecho de ser mujeres, son más honestas o «más éticas» sería asumir una postura esencialista, susceptible a las críticas que se le han hecho al feminismo cultural. No obstante, más allá de afirmar que las abogadas puedan llevar a una práctica del derecho «más ética», consideramos importante afirmar que las críticas que se le han hecho a la profesión, hasta hoy, tienen como objeto a los hombres. Esta observación tiene la finalidad de que el uso del lenguaje en este libro no nos permita olvidar esto.

## Sobre el autor

---

Sergio Anzola es Investigador asociado del CEEAD.

Ha sido profesor del curso de Ética Profesional en la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes (Colombia), Investigador Visitante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard, Profesional visitante y consultor para la Corte Penal Internacional y asesor en materia de DDHH y DIH para el Ministerio de Defensa y la Presidencia de la República de Colombia.

Sergio ha sido parte de las redes académicas del *Institute for Global Law and Policy* (IGLP) de la Universidad de Harvard y también del *Transnational Summer Institute del King's College of London*.

Su tesis doctoral titulada «El Malestar en la Profesión Jurídica: tensiones entre la ética personal y profesional de los abogados» se encuentra en proceso de edición, así como «La Batalla por los Alimentos: el papel del derecho civil en la construcción del género y la desigualdad», co-editada con la profesora Isabel Cristina Jaramillo Sierra.

Sergio es Abogado por la Universidad de los Andes (Colombia), LLM con concentración en Derecho Internacional Público por la Universidad de Helsinki (Finlandia) y es Doctor en Derecho por la Universidad de los Andes. (Colombia).

## Agradecimientos

---

La realización de este libro fue posible gracias al apoyo de la Iniciativa Mérida del gobierno de los Estados Unidos de América. La información contenida en este documento no necesariamente refleja la opinión de Iniciativa Mérida o del gobierno de los Estados Unidos de América.



# Capítulo 1. Diferencias entre la ética profesional de la abogada y la ética común

<b>Competencias específicas</b>	Comprender que en determinadas circunstancias las abogadas actúan bajo un marco ético distinto al común.	Distinguir entre un dilema ético y un caso de ilegalidad.
<b>Indicadores de competencia del/la estudiante</b>	Identifica situaciones de la práctica profesional donde el comportamiento la abogada se aparta del marco ético común.	Entiende qué es un dilema ético para diferenciarlo de aquellos casos abiertamente ilegales.
<b>Actividades de enseñanza</b>	<p><b>Actividad 1</b></p> <p>A través de la lectura de chistes y preguntas sobre la imagen que la sociedad tiene de las abogadas, la docente va generando una discusión que permita acercarse al tema.</p> <p><b>Actividad 2</b></p> <p>El grupo ve el caso de Robert Garrow en <i>Youtube</i>. De lo contrario, se puede optar por un episodio similar en alguna película o serie de televisión, de manera que sirva para discutir sobre las tensiones entre ética común y profesional. Una vez visto el video, la docente invita a sus estudiantes a opinar y posteriormente, desarrollar el contenido del marco teórico.</p>	<p><b>Actividad 3</b></p> <p>La docente pide a sus estudiantes que busquen en la prensa local noticias donde se acuse a alguna abogada de actuar en contra de la ética profesional. Posteriormente, se socializan los hallazgos.</p> <p><b>Actividad 4</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Las estudiantes buscan en las noticias situaciones que realmente constituyan un dilema ético, donde alguna abogada haya estado implicada.</li> <li>2. Las estudiantes ven una película y traen una reflexión escrita para la clase siguiente.</li> </ol>
<b>Técnicas didácticas</b>	<p>Preguntas y respuestas.</p> <p>Discusión de grupo.</p> <p>Exposición de un caso en video.</p> <p>Exposición de la docente.</p>	<p>Búsqueda de información.</p> <p>Discusión en grupo.</p>
<b>Evaluación formativa</b>	Registro de respuestas.	Registro de respuestas.
<b>Evaluación de aprendizaje</b>		Reflexión breve de la trama del caso recomendado (máximo 600 palabras).

## Introducción

---

Es un lugar común afirmar que uno de los principales problemas de la profesión jurídica es “la falta de ética” por parte de las abogadas en el ejercicio de su profesión (Villalobos de Gonzalez, 2015). Esta crítica no es nueva sino recurrente a lo largo de la historia. Tampoco es una crítica que se dirija principalmente a las abogadas de determinados países o tradiciones jurídicas; por el contrario, parece ser una crítica dirigida al gremio (Anzola, 2017; Nelson, Trubek, & Solomon, 1992). Aunque generalmente se utiliza la palabra «crisis» para describir el estado de la profesión -como si se tratara de un problema coyuntural-, en realidad, el malestar por la aparente falta de ética de las abogadas parece surgir de una tensión estructural inherente a su rol (Salas, 2007; Simon, 1998).

Esta tensión estructural fue capturada y formulada de forma muy sencilla por Charles Fried al preguntarse si una buena abogada podría ser al mismo tiempo una buena persona (1976). Este cuestionamiento sugiere la posibilidad de que las abogadas estemos llamadas a realizar nuestras deliberaciones morales bajo un marco ético distinto al que guía las acciones de las personas comunes y corrientes (Pepper, 1986). Al ser distintos estos marcos éticos las abogadas podríamos actuar de una forma que, para las personas comunes y corrientes, sea reprochable en términos éticos. Por ende, lo que algunas veces se considera como violatorio de la ética común, pudiera, contrariamente, estar ceñido a las exigencias de la ética profesional la abogada.

## Ética común *versus* ética profesional

---

### Actividad introductoria

Para lograr el aprendizaje de este primer capítulo, utilizaremos dos casos que fueron sumamente relevantes en la construcción del campo de la ética profesional en Estados Unidos durante la década de los años 70. Estos casos son excepcionalmente claros al enmarcar la idea y además existe una gran cantidad de recursos a su alrededor (libros, películas, documentales, artículos), que pueden ser útiles para quien se interese en profundizar en ellos.

#### Propósito

Dilucidar la tensión entre la ética común y la ética profesional.

#### Herramientas

Texto con chistes de abogadas y guía de preguntas.

#### Técnica didáctica

Discusión grupal y análisis individual.

#### Dinámica

Una vez socializado el texto, detonar la discusión grupal a partir de las siguientes preguntas:

- » ¿Cómo percibe la ciudadanía a las abogadas? ¿Por qué tenemos mala fama? ¿Por qué dicen que las abogadas «no somos éticas», qué quieren decir con eso?
- » ¿Qué creen ustedes que significa ser una buena abogada? Si ustedes fueran clientes, ¿qué esperarían de su abogada?
- » Piensen en una abogada reconocida en su entorno, puede ser de su país o de su ciudad, ¿Qué la caracteriza?



## Caso real

### El caso de los cuerpos enterrados: ¿Puede una buena abogada ser al mismo tiempo una buena persona?

Este caso involucró a los abogados Frank Armani y Francis Belge. Ambos abogados estaban a cargo de la defensa penal de Robert Garrow, quien era acusado de haber asesinado a Philip Dombleski. Los hechos habrían ocurrido en una zona boscosa del estado de Nueva York en 1972. Garrow fue detenido por las autoridades al intentar fugarse. Posteriormente, al entrevistarse con sus dos abogados, Garrow no sólo les confesó que efectivamente él había asesinado a Dombleski sino que también había asesinado a dos mujeres (Alicia Hauck y Susan Petz), que hasta el momento eran consideradas como desaparecidas por sus familiares y las autoridades que aún estaban buscándolas. Garrow les indicó a sus dos abogados donde había escondido los cuerpos de las dos mujeres.

Sorprendidos por la confesión de Garrow, sus dos abogados se dirigieron a la zona donde supuestamente estaban los cuerpos de las dos mujeres asesinadas; efectivamente los cuerpos estaban donde Garrow les había indicado. A partir de ese momento surgió el dilema ético en la mente de los dos abogados: ¿Debían comunicarle a las autoridades y a los familiares de las dos mujeres dónde estaban sus cuerpos? O ¿debían guardar el secreto profesional y guardar silencio al respecto?

Armani y Belge se decantaron por la segunda opción. Decidieron guardar el secreto profesional, aun cuando el padre de una de las mujeres asesinadas se dirigió personalmente a la oficina de Armani a pedirle que revelara cualquier información que considerara útil, pues el principal sospechoso de la desaparición de las dos mujeres era su defendido Robert Garrow.

Con la intención de obtener un beneficio jurídico para su cliente, Armani y Belge manifestaron al Fiscal que tenían información relevante sobre el paradero de las dos mujeres. El fiscal se negó a facilitar cualquier tipo de trato a cambio de la información.



### Sugerencia de video

Los siguientes documentales están disponibles en *YouTube*:

*The Robert Garrow Case*

**Recuperado de:**

<https://youtu.be/kYN9gTZJB-I>

*Radiolab - The Buried Bodies Case*

**Recuperado de:**

<https://youtu.be/196-qDurUBQ>



Sería interesante, analizar el dilema ético al que se enfrentó el fiscal:

¿debía ofrecer algún trato favorable a Garrow (por ejemplo, una reducción de pena) por su confesión? Al fin y al cabo, estaba en manos del Fiscal ahorrarles el sufrimiento a los padres de las dos mujeres desaparecidas.



Posteriormente el público se enteró de que Armani y Belge habían decidido guardar el secreto profesional, aún a pesar del enorme sufrimiento de los familiares de las dos mujeres y de los recursos públicos que se habían destinado a su búsqueda. Varios abogados, así como personas comunes y corrientes criticaron fuertemente la decisión de Armani y Belge. Este último fue acusado penalmente por el delito de no reportar a las autoridades la ubicación de un cadáver y no haber facilitado su entierro. A su vez, tanto Armani como Belge fueron investigados disciplinariamente por la Barra de Nueva York, tras la queja interpuesta por el padre de una de las mujeres asesinadas. Al final, Belge fue declarado inocente y ambos abogados fueron exonerados en la investigación disciplinaria, pues se determinó que el secreto profesional era una garantía básica para el debido proceso y por ende, sólo podía revelarse para prevenir la comisión de un delito o un fraude.

A pesar de salir ilesos en términos jurídicos, Armani y Belge vieron sus vidas seriamente afectadas: la crítica fue tan grande y severa que perdieron gran parte de su clientela, fueron amenazados de muerte y fueron víctimas de actos intimidatorios. Armani sufrió un ataque al corazón y estuvo muy cerca de caer en el alcoholismo.

Muchos años después, en el 2007, la *American Bar Association* realizó un evento en honor a Armani donde le otorgaron un premio. Para muchos abogados, Armani fue un *Atticus Finch* de carne y hueso<sup>1</sup>.

Lo difícil y doloroso que fue para Armani guardar el secreto profesional y posteriormente lidiar con las críticas de parte de la sociedad quedó consignado en un libro que escribió con la ayuda de Tom Alibrandi el cual se titula *Privileged Information* (Alibrandi & Armani, 1984).

<sup>1</sup> Vale la pena agregar que, el final de la historia fue algo trágico y la lealtad de Armani frente a su cliente no fue tan fuerte como aparentaba: Tras la condena a Robert Garrow, éste fue recluido en un centro de detención especial para personas que sufrían algún tipo de enfermedad mental. Garrow logró escapar una noche del centro de detención y en su habitación encontraron una lista que aparentemente incluía los nombres de las personas que Garrow querría asesinar una vez libre. Dentro de esa lista estaba el nombre de una hija de Frank Armani. Al enterarse a través de la policía de este suceso y de que su hija podría ser una víctima de Garrow, Armani le informó a la policía que Garrow le había confesado que, generalmente, en dichas persecuciones, él permanecía escondido varios días muy cerca de los puestos de mando de la policía donde ésta no sospecharía de su presencia. De esta forma, al violar el secreto profesional y contarle a la policía la estrategia utilizada por su cliente, la policía ubicó rápidamente a Garrow, quien resultó muerto en la persecución.



Teniendo en cuenta los hechos ocurridos en el caso, los problemas jurídicos que resolvió la Barra de Nueva York fueron los siguientes:

1. ¿Actúa un abogado de forma incorrecta al no revelar a las autoridades su conocimiento sobre los dos homicidios y el lugar donde se encontraban los cadáveres?
2. ¿Actúa un abogado de forma incorrecta al retener y destruir las grabaciones de las conversaciones con su cliente [Armani y Belge habían grabado la conversación con Garrow y posteriormente la destruyeron]; las fotografías que tomaron de los cadáveres [los abogados tomaron fotos de los cuerpos cuando los hallaron y posteriormente las destruyeron]; el mapa que indicaba la ubicación geográfica de los cuerpos?
3. ¿Actúa un abogado de manera incorrecta al mover partes de algún cadáver para tomarle fotos?
4. ¿Actúa un abogado de manera incorrecta al intentar negociar un arreglo con la fiscalía o al sugerirle al ente acusador que dispone de información sobre dos asesinatos que no han sido resueltos?

El dolor experimentado por Armani por haber actuado de esa forma está plasmado en la dedicatoria del libro, la cual dirige a sus padres y a todos los padres que hayan perdido un hijo (Alibrandi & Armani, 1984,ii). Armani da indicios de su dolor en las primeras páginas donde escribe:

"En años pasados me han preguntado por qué no escribí de manera inmediata un libro sobre confidencialidad y el caso de Garrow. A pesar de que sentía una inmensa necesidad de contar mi historia, tal vez con el propósito de purgar mi alma de la angustia, decidí no hacerlo. El dolor que vendría al revivir todo eso me parecía muy grande".<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Traducción libre del autor.



### Sugerencia de video

En internet se encuentran varios recuentos hechos por el propio Frank Armani sobre el caso:

*Frank Armani (2008) on Robert Garrow*

**Recuperado de:**

<https://youtu.be/a75rWiG2RRg>

*Matt Kielty and Brenna Farrell, The Buried Bodies Case*

**Recuperado de:**

<https://youtu.be/1V7eNd3tuzY>

Este caso resulta útil para entender las tensiones entre la ética común y la ética profesional o, en términos más sencillos, el caso retoma la pregunta formulada por Fried: ¿Podían Armani y Belge ser buenos abogados y buenas personas al mismo tiempo? Al parecer, para muchas personas, era imposible satisfacer ambos roles simultáneamente. Para la gente común y corriente Armani y Belge tal vez fueran buenos abogados, pero malas personas. Con el fin de proteger a Garrow, decidieron no revelar la información y mantener en vilo a los familiares de las mujeres desaparecidas.

Este caso invita entonces a hacer la siguiente reflexión: cuando afirmamos que *los abogados no tienen ética*, ¿A qué nos referimos por «ética»? ¿Los estamos acusando por ser *malas personas* y actuar en contra de la «ética común»? ¿O los estamos acusando de ser malos abogados y actuar en contra de la «ética profesional»? Si usted fuera Robert Garrow, ¿habría considerado que sus abogados no fueron éticos al guardar el secreto profesional?

## Actividad de aprendizaje

Si las estudiantes comprenden inglés, se sugiere ver el documental *The Robert Garrow Case* al inicio de la clase. Posteriormente, y fomentando una discusión con base en el documental, desarrollar el marco teórico que sigue a continuación.

Para comprender la tensión emocional que evoca *el caso de los cuerpos enterrados* y avanzar en el conocimiento del campo de la ética profesional de la abogada, es necesario definir los conceptos de «ética común» y «ética profesional».

Por ética común nos referiremos al proceso deliberativo que lleva a cabo una persona para decidir qué hacer en una situación, donde hay valores morales en conflicto. En *el caso de los cuerpos enterrados* había varios valores morales enfrentados. Por un lado, estaban la verdad y evitar o no causar daño a los demás. Estos abogados pudieron haber revelado el secreto de su cliente y se hubiese sabido prontamente lo ocurrido; además hubieran aliviado, al menos de cierta forma, el dolor y angustia experimentado por los familiares de las dos víctimas. Si los abogados hubiesen actuado bajo su ética común, probablemente hubieran optado por proteger estos valores. De hecho, cualquier persona sensata que se hubiese topado con los cadáveres en el bosque, seguramente habría avisado a las autoridades, pues no tendría razón alguna para no hacerlo; estaría obligada legalmente a reportar dicha situación a las autoridades.



Figura 1. Valores morales enfrentados en el caso.

Por otro lado, estaban los valores de la confianza, el debido proceso y el acceso a la justicia. Estos valores fueron protegidos al guardar el secreto profesional. La confianza necesaria que debe haber entre abogada y clienta para que haya una defensa adecuada de los intereses del cliente fue protegida no solo para Robert Garrow, sino también para toda la sociedad. Se envió el mensaje de que incluso en casos tan aberrantes como el de Garrow, sus abogadas estarían dispuestas a pasar por la difícil tarea de guardar los secretos de la persona que defienden, con tal de garantizar una comunicación que permita otorgarle la mejor defensa jurídica posible. El debido proceso fue garantizado, pues al no revelar la información a las autoridades, los abogados de Garrow garantizaron el buen funcionamiento del sistema acusatorio. La responsabilidad de probar la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable recae en el ente acusador y no en las abogadas defensoras, así sepan que su cliente es responsable del delito. Por último, el acceso a la justicia fue garantizado, pues se envió el mensaje a la sociedad de que cuando alguien esté en problemas puede acudir a una abogada con total confianza de que no revelará sus crímenes pasados, sino que tendrá la obligación de guardar secrecía respecto a lo que conoce y así, garantizar una defensa técnica.

La lectora cuidadosa habrá notado que los valores invocados por Armani y Belge para guardar el secreto profesional son importantes, no sólo para el gremio de las abogadas, sino para la sociedad en general. Cualquier persona coincide en que la confianza, el debido proceso y el acceso a la justicia son valores cruciales, que cualquier persona merece gozar. Sobre este punto volveremos más adelante, por ahora, terminemos de definir el concepto de «ética común».

Por ética común nos referiremos, entonces, al proceso deliberativo que lleva a cabo una persona para decidir qué hacer cuando hay valores morales en conflicto. Un punto crucial durante el proceso deliberativo es la justificación basada en argumentos con pretensión de universalidad; es decir, aquellos que atienden a los intereses, necesidades y valores de un colectivo, idealmente universal. Si bien, el proceso deliberativo es realizado por la persona de manera autónoma, los valores e intereses que son balanceados y tenidos en cuenta al momento de justificar su decisión, son de naturaleza social. Los valores le han sido insertados, a través de distintos procesos de socialización y por ende, son valores que comparte la comunidad en la que el individuo habita. Por esta razón, la denominamos «ética común», porque los valores morales, intereses y sensibilidades que guían la deliberación son compartidos por la sociedad.

La ética profesional no se refiere exclusivamente al proceso deliberativo, sino que incluye un conjunto puntual y específico de valores y reglas que regulan las acciones de cierto grupo de profesionistas; pueden ser médicas, abogadas, periodistas, ingenieras, psicólogas, etc. Dichos valores y reglas se justifican argumentando que su protección es fundamental para alcanzar los fines que persigue la profesión. Por su parte, el gremio profesional (en nuestro caso: la abogacía) argumenta que los valores particulares que persigue no son importantes sólo para la profesión misma, sino para la sociedad en general, pues le ha encargado a la profesión la salvaguarda de dichos valores (Parsons, 1937). En este punto el proceso deliberativo tiene un pequeño giro: la ética profesional no busca una justificación inmediata, basada en argumentos con pretensión de universalidad; por el contrario, usa argumentos que son válidos para la abogacía y sus integrantes. No obstante, la afectación a valores morales que son importantes desde el punto de vista de la ética común, serán perdonados pues, a largo plazo, la profesión garantizará la protección y vigencia de los valores que le han sido encargados.

Lo que esto implica es que, ante un dilema ético, la profesionista debe tener únicamente en cuenta el conjunto de valores, principios y reglas que son relevantes para la profesión, aun cuando ello implique afectar valores que son relevantes bajo el marco ético común (Goldman, 1980; Luban, 1988; Markovits, 2008; Pepper, 1986; Postema, 1983; Wasserstrom, 1975).

Si bien puede haber situaciones en las que, tanto la ética profesional como la ética común coinciden en el curso de acción que debe adoptarse. Habrá casos en los cuales la ética profesional exige un curso de acción distinto.

Precisamente, esto ocurrió en el caso de los cuerpos enterrados: Armani y Belge, con mucho sufrimiento de por medio, tuvieron que actuar en contra del marco ético común y debieron dar paso a la ética profesional. A pesar de las solicitudes del padre de una de las mujeres desaparecidas y de un sentido de humanidad común, Armani tuvo que apegarse a su ética profesional y no revelar la información. No obstante, como advertimos anteriormente, no puede haber una desconexión total entre la ética común y la ética profesional.

Para que la ética profesional sea legítima es necesario que tenga, una pretensión de universalidad; es decir, que pueda argumentarse, no sólo frente al gremio de abogadas, sino para que la sociedad en pleno tolere estas acciones. Que la ciudadanía entienda por qué guardar el secreto profesional en casos tan aberrantes, como el de Robert Garrow, es una forma de salvaguardar valores e intereses cruciales para la sociedad y no sólo para el beneficio de los/las abogadas o sus clientes.

*El caso de los cuerpos enterrados* es un caso que se podría catalogar como difícil. Es evidente que la deliberación ética que tuvieron que llevar a cabo los abogados no fue fácil e implicó sacrificar determinados valores para dolor de la comunidad e incluso de los mismos abogados, quienes se sintieron despojados de su sentido de humanidad. Aunque hoy en día el secreto profesional es una institución jurídica aceptada en muchas jurisdicciones, siempre hay debates con respecto a su conveniencia y a su valor en términos éticos (Zacharias, 1989).

Este es un dilema ético genuino. Si bien jurídicamente puede existir claridad respecto a la obligación de guardar el secreto profesional, esta claridad no elimina su ambigüedad ética.

Si los abogados de Garrow hubiesen revelado el secreto profesional, podríamos entender sus razones y, probablemente, considerarlas cómo válidas sin hacer muchas piruetas argumentativas. Si hubieran sido sancionados por la Barra de Nueva York, podríamos calificar esa sanción como injusta, pues con su acción intentaron proteger algunos valores que la sociedad considera importantes. Contrario a estos casos difíciles, que son realmente dilemas éticos sobre los cuáles vale la pena debatir y pudiera haber múltiples soluciones, existen casos fáciles. A continuación, veremos un ejemplo de este tipo.

## ¿Qué es y qué no es un dilema ético? La diferencia entre los casos grises e ilegales o delictuosos

---

### Actividad de aprendizaje

#### Propósito

Comprender qué es un dilema ético, a fin de distinguirlo de casos abiertamente ilegales.

#### Herramienta

Un caso publicado en medios de comunicación.

#### Técnica didáctica

Trabajo en equipos.

#### Dinámica

1. Solicite a las estudiantes que se organicen en equipo de dos y/o tres integrantes y que busquen en distintos medios de comunicación digital, noticias donde se hayan visto abogadas involucradas y donde se les acuse *no ser éticas*.
2. Posteriormente pídale que expliquen su caso a sus compañeras y socialicen sus hallazgos.
3. Identifiquen grupalmente qué características comparten estos casos.
4. Concluya el tema considerando los aportes de sus estudiantes.



## Caso real

### Caso *Watergate*

Otro caso que sacudió conciencias y que promovió un debate profundo sobre la ética profesional de las abogadas en Estados Unidos fue el de *Watergate*, que enlodó la presidencia de Richard Nixon. Si bien la faceta más conocida del caso fue la política, detrás está el rol que desempeñaron los abogados de la administración de Nixon y lo que ocurrió posteriormente con ellos.

Estos hechos ocurrieron en 1972, cuando el presidente republicano Richard Nixon aspiraba a ser reelegido presidente de los Estados Unidos. Con el fin de sabotear la campaña del partido demócrata, un grupo de personas se infiltró en el complejo arquitectónico *Watergate* en Washington DC, donde estaba su oficina principal. El objetivo de esa infiltración fue implantar micrófonos para espiar las conversaciones que tuvieran lugar allí. Los colaboradores de Nixon pretendían encontrar comunicaciones que probaran que el partido demócrata habría recibido financiación del régimen de Fidel Castro, lo cual claramente beneficiaría las aspiraciones presidenciales de Nixon. Esta campaña de espionaje abiertamente ilegal fue planeada cuidadosamente por un círculo de abogados de la administración de Nixon, en ella participaron: G. Gordon Liddy (abogado y empleado de la campaña de reelección de Nixon); Egil Krogh (abogado y asesor de la administración Nixon); John Mitchell (abogado y *Attorney General* de la administración Nixon); John Dean (abogado y asesor de la administración Nixon); y John Daniel Ehrlichman (abogado y asesor de la administración Nixon). Las personas que se infiltraron al complejo de *Watergate* confesaron haber recibido su remuneración de parte de Herbert Kalmbach, el abogado para los asuntos personales del presidente Nixon.

El rol de estos abogados no se limitó a la coordinación y pago de la operación, sino que se extendió a las estrategias jurídicas que adelantaron desde la rama ejecutiva, con el fin de obstruir la investigación y evitar que se destapara la verdad y se identificaran todos los responsables. El escándalo terminó con la renuncia del presidente Nixon, la condena penal a sus asesores legales y la sanción disciplinaria que en algunos casos resultó en la expulsión de la profesión y, en otros, en una suspensión temporal de la licencia para trabajar como abogado.

A diferencia del caso de los cuerpos enterrados, el caso de *Watergate* es fácil, porque en realidad no hay dos valores morales en conflicto. Los abogados de Nixon actuaron de manera abiertamente ilegal y con el único fin de beneficiar unos intereses muy particulares (tal vez únicamente los de Nixon, ni siquiera los del partido republicano, ya que es probable que la mayoría de los republicanos condenaran ese tipo de actos).

Detrás de su actuación no hay un interés por proteger una serie de valores importantes para la sociedad. Es difícil (sino imposible) encontrar argumentos con pretensión de universalidad para justificar a estos abogados. Podría decirse que los abogados actuaron de esa forma, no por beneficiar a Nixon y su círculo cercano, sino por beneficiar a todo el pueblo estadounidense, pues consideraban que un gobierno republicano era mejor que uno demócrata. No obstante, en las sociedades democráticas contemporáneas (e incluso en los EE. UU de los años 70) este argumento no es aceptable, pues entendemos que la disputa por el poder debe ser limpia y respetando la Ley.

Defender la actuación de estos abogados y al mismo tiempo promover el gobierno democrático sería una postura hipócrita y cínica. Los abogados de Nixon no estuvieron nunca ante un dilema ético genuino. No era difícil para ellos determinar cuál era el curso de acción correcto ni bajo su marco ético común, ni bajo los estándares de la ética profesional. Tan reprochable fue su actuación que no sólo fueron sancionados disciplinariamente sino penalmente.

Este caso es útil para aprender a distinguir los casos difíciles de los casos fáciles. Hacer esta distinción es un paso fundamental para entender de qué hablamos cuando hablamos de ética profesional y dilemas éticos. Todos estamos de acuerdo en que la forma en que procedieron los abogados de Nixon es una clara violación, tanto a la ética profesional de la abogacía, como a la ética común que rige a toda la sociedad.

Si las abogadas de un país o una ciudad incurren en prácticas similares a los abogados de Nixon, evidentemente están atentando contra la ética profesional. Comprar juezas y testigos, sobornar funcionarias públicas, falsificar documentos, estafar, apropiarse de dinero o bienes de sus clientes, son conductas que, sin mayor análisis, caen, no solo en un reproche de tipo ético, sino también de tipo penal.

Cuando hay abogados que actúan de esta forma es imposible que la administración de justicia opere adecuadamente y que la ciudadanía confíe en ella. Cuando las controversias jurídicas son resueltas, no de acuerdo con los méritos legales sustanciales y a los esfuerzos probatorios y argumentativos de las partes, sino de acuerdo con factores extrajurídicos, como el pago de sobornos, se pierde la fe en la justicia, las instituciones y en las personas que la encarnan, como las juezas y abogadas. Combatir este tipo de prácticas y sancionarlas judicial y socialmente debe ser un propósito central para cualquier Estado de Derecho. Desafortunadamente, a pesar del evidente perjuicio que estas prácticas causan, de que todas las abogadas son conscientes de lo perversas que resultan y de que nadie se atrevería a justificarlas en términos éticos, aún las vemos en la práctica cotidiana del derecho.

El anterior diagnóstico nos llevaría entonces a pensar que un libro y un curso de ética profesional deberían consistir en explicar por qué es ilegal, y *antiético* sobornar a una jueza para que falle un caso a favor de nuestra clienta. Creemos que no; ni es necesario pasar por una Facultad de Derecho para entender esto. Nos resistimos a malgastar papel explicando algo tan evidente, tanto para las abogadas, como para quienes no lo son. Además, creemos que dedicarnos a escribir lo obvio, tendría poco efecto sobre la práctica jurídica. Las abogadas conocen, más que cualquier otra persona, la ilicitud de dichas conductas. Han aprendido en casa los valores comunes en la sociedad y, además, han cursado derecho penal. A pesar de esto, la corrupción en la profesión persiste.

No creemos que publicar un libro que explicara, por ejemplo, por qué está mal falsificar una prueba judicial cambie el panorama. Creemos que el cambio vendrá cuando las instituciones estatales se decidan a establecer órganos que castiguen severamente estas conductas; cuando, a través de la academia y la sociedad civil, se promueva un cambio cultural, no sólo sobre las abogadas sino también sobre sus clientas, respecto a lo que significa ser una buena abogada y las expectativas que genera cuando representa los intereses de una persona.



Hecha esta advertencia, creemos que un curso y un libro para enseñar ética y responsabilidad profesional debe ocuparse de los casos difíciles y no de los fáciles, donde fácilmente identificamos que una conducta no sólo es *antiética*, sino ilícita. En este texto nos enfocaremos, entonces, en estudiar casos difíciles, por dos razones:

Primero, porque consideramos que son casos donde realmente necesitamos pensar y deliberar cuál es el curso de acción correcto para las abogadas. Al ser difíciles, necesitamos pensar en argumentos que resulten convincentes no sólo para la abogacía, sino también para el ciudadano común.

Como explicamos anteriormente, la ética profesional tiene que hallar argumentos convincentes en la ética común. Si la profesión jurídica quiere mejorar su percepción ante la ciudadanía, no bastará con erradicar prácticas abiertamente ilegales como la corrupción; será necesario justificar, de manera clara, por qué estamos llamados a actuar de formas que parecieran atentar contra la ética común. Por ser casos difíciles e inherentemente ambiguos en términos éticos, vale la pena fomentar un debate amplio donde, entre todos tratemos de llegar a una respuesta correcta. Consideramos que el campo de la ética profesional debe preocuparse, principalmente, por los casos donde no es sencillo saber cuál es el curso de acción correcto.

La segunda razón es estratégica: intuimos que, si analizamos los dilemas éticos, donde no hay blancos y negros, sino zonas grises, podremos sancionar aún con más énfasis las prácticas corruptas y abiertamente ilegales. La abogada que soborna a una jueza no sólo atenta contra la ética, es una criminal que incurre en un delito tipificado por el código penal y debe ser sancionada penal y disciplinariamente. No podemos aceptar que un caso de soborno merezca atención de la ética profesional: no puede dedicarse a replicar la tarea que está llamado a cumplir el derecho penal. La ética profesional debe enfocarse en los casos difíciles y en tratar de entender mejor cómo la abogacía armoniza los intereses de su clientela, la sociedad, el ordenamiento jurídico y su propia conciencia.

No obstante, las actuaciones abiertamente ilícitas como el soborno o la compra de testigos deben ser sancionadas desde el derecho disciplinario que rige la abogacía. Queremos enfatizar en que dicha sanción debería ser obvia. No hay excusa o justificación alguna para las abogadas que violan la ley. Los esfuerzos en el campo de la ética profesional deben enfocarse en casos como los de Frank Armani y Francis Belgie, no en casos de abogados criminales como quienes participaron en el escándalo de *Watergate*.

## Actividad de aprendizaje

### Propósitos

1. Comprender qué es un dilema ético a fin de distinguirlo de los casos abiertamente ilegales.
2. Conversar sobre la forma en que los medios de comunicación conciben los dilemas éticos a fin de indagar por la forma en que la ciudadanía concibe los problemas de la ética profesional de la abogacía.

### Herramienta

Texto publicado medios de comunicación.

### Técnica didáctica

Trabajo en equipo.

### Dinámica

1. Solicite a sus estudiantes que se organicen en equipo de dos o tres integrantes, con el fin de que busquen en medios digitales algún caso con un dilema ético genuino, donde se vea implicado uno o varios abogados.
2. Cada equipo expone los casos encontrados.
3. Identifiquen características comunes en los casos encontrados.
4. En caso de no encontrar (lo cual es muy probable), pregunte a sus estudiantes por qué creen que los *casos difíciles* no son reportados en los medios: ¿Por qué creen que ni abogadas ni periodistas hablan de ellos?
5. Cierre la actividad considerando los aportes más importantes de sus estudiantes.

## Capítulo 2. La visión dominante de la ética profesional y sus críticas

Competencias específicas	Comprender los principios que estructuran la visión dominante de la ética profesional.	Comprender los argumentos que justifican la visión dominante.	Comprender las críticas a la visión dominante.
Indicadores de competencia del/la estudiante	Conoce y entiende los principios de parcialidad, neutralidad y no responsabilidad.	Comprende que los principios que estructuran la visión dominante de la ética profesional están anclados en argumentos que apelan a la ética común.	Es capaz de hacer una crítica articulada sobre la visión dominante de la ética profesional.
Actividades de enseñanza	<p><b>Actividad 1</b></p> <p>El docente introduce el tema de los principios de la ética profesional e involucra a sus estudiantes para que compartan los conocimientos que ya tienen al respecto.</p> <p>Discusión de dilema ético.</p>	<p><b>Actividad 2</b></p> <p>El docente explica el tema.</p> <p>Conforma los equipos y les explica cómo trabajarán.</p>	<p><b>Actividad 3</b></p> <p>Los estudiantes exponen los resultados de su caso.</p>
Técnicas didácticas	Exposición del docente. Lluvia de ideas.	Exposición del docente. Aprendizaje colaborativo.	Aprendizaje colaborativo.
Evaluación formativa	Registro de respuestas.	Registro de respuestas.	Registro de participaciones.
Evaluación de aprendizaje		Autoevaluación.	Solución del caso.

## Introducción

---

En el capítulo anterior utilizamos el caso de los cuerpos enterrados para distinguir los conceptos de ética profesional y ética común. Así mismo, dilucidamos la tensión que experimentan los abogados entre esos dos marcos éticos. Igualmente, encontramos que, ante un dilema ético que surge en el ejercicio de la profesión jurídica, es posible actuar de una manera que riña con la ética común. No obstante, señalamos que, para que la omisión de la ética común sea legítima, la ética profesional de la abogacía debe justificarse en términos universales. Debe haber una serie de argumentos que demuestren ante la ciudadanía que esa actuación, que en un principio puede resultar moralmente reprochable, es en realidad necesaria y se encuentra justificada bajo el marco ético común.

El propósito del capítulo es describir el paisaje moral que habita el abogado. Pretendemos la familiarización con los principios éticos que guían la conducta de los abogados en el ejercicio de su profesión. Así mismo, dado que estos principios resultan, de cierta forma, reprochables cuando se juzgan desde el marco ético común, explicaremos cómo, de acuerdo con algunas teorías de la ética profesional, se encuentran justificados y son necesarios según el marco ético común. Por último, compilaremos unas críticas que se han hecho a dicho principios.

Antes de entrar en materia, es importante hacer una aclaración: la ética profesional de los abogados es un tema escasamente explorado por la academia jurídica latinoamericana. Si bien algunos países cuentan con códigos de ética profesional y con tribunales que se encargan de aplicarlos, son pocas las reflexiones teóricas sobre el campo (Anzola, 2016; Böhmer, 2008; Boza, 2011; Rivera-López, 2015; Seleme, 2012). El país donde más se ha desarrollado el campo académico de la ética profesional jurídica es Estados Unidos. Esto se debe a varios factores: los recursos que se destinan al campo de la investigación en las facultades de derecho, la cantidad de abogados, la importancia de la profesión jurídica americana y, en parte, por el impacto que tuvieron casos como *Watergate* y el de los cuerpos enterrados (Anzola, 2017). Otro país donde el tema de la ética profesional ha sido explorado de manera importante es Australia, pero sus reflexiones se asemejan mucho en su contenido a las realizadas por los académicos norteamericanos (Véase Dare, 2009; Evans, 2007). En razón a lo anterior, gran parte de la reconstrucción teórica que se elabora en este capítulo está basada en literatura proveniente de la academia jurídica estadounidense.

Sin embargo, otro de los propósitos de escribir y socializar este texto es, precisamente, promover reflexiones originarias tanto de México como del resto de Latinoamérica, que nos permitan debatir sobre cuál es el rol del abogado y qué obligaciones se derivan. Esta reconstrucción teórica se propone entonces, como una puerta de entrada para pensar y hablar sobre el tema, pero no pretendemos sugerir que debiera ser el punto de llegada para la profesión jurídica mexicana. Por el contrario, la comunidad jurídica mexicana, atendiendo a sus propios valores y a las necesidades de la ciudadanía, deberá definir cuál modelo de abogacía quiere y se compromete a implementar.

## Actividad de aprendizaje

### Propósitos

1. Entender qué significa la *indeterminación* en la ética profesional.
2. Conocer los principios de parcialidad, neutralidad y no responsabilidad.

### Herramienta

Texto de un caso hipotético.

### Técnica didáctica

Aprendizaje colaborativo.

### Dinámica

1. Solicite a sus estudiantes que se organicen en grupos de 5 o 6 personas y que designen los roles que ejercerán en la dinámica.
2. Posteriormente entrégueles una hoja con caso hipotético descrito a continuación.
3. Pídales que discutan el dilema ético en grupos durante 6 minutos y señalen qué harían si fueran el abogado inmiscuido y por qué.
  - » Discutan y socialicen las respuestas con todos los integrantes del curso durante 10 minutos.
  - » Anote en el tablero los distintos cursos de acción propuestos y sus justificaciones.
  - » Posteriormente pídale que intenten resolver el caso acudiendo a los códigos de ética que se mencionan en el marco teórico. Pregúnteles si el código tiene respuestas precisas para ese tipo de dilemas.
  - » Desarrolle el contenido del marco teórico.

### Evaluación de la actividad de aprendizaje

De manera individual cada estudiante escribirá un texto no mayor de 800 palabras con una reflexión sobre lo aprendido en este capítulo.

## El paisaje moral de los abogados

La abogacía se enfrenta, constantemente, a diversos dilemas éticos. En situaciones donde dos o más valores morales se encuentran en conflicto es difícil saber cuál debe prevalecer: ¿debo defender o no a una persona, cuyos fines no comparto o cuya acción considero completamente inaceptable en términos éticos? ¿Hasta qué punto debo interpretar una norma jurídica, a fin de favorecer a mi cliente? ¿Debo hacer preguntas que afecten la honra e intimidad de un testigo para proteger a mi cliente? ¿Debo abstenerme de revelar información que puede afectar a mi cliente, pero que puede ser crucial para alcanzar justicia material en el caso? ¿Debo alegar la prescripción de la acción, aun cuando sé que mi cliente es responsable de los hechos que se le imputan?



### Caso hipotético

Usted es abogado penalista y está defendiendo a un cliente que ha sido acusado de robar dinero y pertenencias a una persona que estaba retirando dinero de un cajero automático. Su cliente le confiesa a usted que, efectivamente, él cometió el robo.

En una de las audiencias la víctima del robo declara que, si mal no recuerda, el robo ocurrió a las 10 pm. Durante el robo, la víctima fue golpeada en la cabeza y por esa razón, su noción de la cronología de los hechos no es muy acertada.

Usted sabe que el robo no fue a las 10 pm sino a las 11:30 pm. A las 10 pm su cliente estaba jugando cartas con un cura, un rabino y el alcalde del pueblo. Personas cuya calidad humana y altura moral no están en duda dentro de la comunidad.

¿Pondría a testificar a estas tres personas con el fin de desvirtuar la versión de la víctima y hacerla ver como una mentirosa?

Este es un caso difícil, es un dilema ético genuino. Por un lado, está el compromiso que tenemos con la defensa de los derechos de nuestro cliente. Tenemos un deber de lealtad hacia él, que surge del contrato de mandato que hemos celebrado. En razón a este contrato, nos obligamos a hacer todo lo posible por favorecer sus intereses. No obstante, es claro que hay límites a todo lo que podemos hacer por él en el marco de la legalidad. Por ejemplo, no podemos sobornar funcionarios judiciales ni testigos, ya que es un delito. Debemos defender los intereses del cliente dentro de lo permitido por la Ley. Los abogados estudiamos derecho, por ende, los servicios que ofrecemos son de asesoría legal. Como señala Böhmer (2008), tratamos de articular los intereses particulares de nuestros clientes con los intereses generales de la sociedad que, se supone, están consagrados en las leyes. Es decir, somos traductores de intereses privados a intereses públicos. Habrá casos donde el interés del cliente encuentre cabida en el interés público, habrá casos donde, para infortunio de nuestro cliente, esto no puede ocurrir<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Un dilema ético grueso, de nuestra profesión, es discernir si como abogados debemos señalar a nuestros clientes que su interés no tiene cabida en el interés público (por ejemplo, rehusándonos a entablar una demanda frívola que no tiene sustento legal) o si dicho señalamiento recaería únicamente sobre los funcionarios judiciales o administrativos con funciones jurisdiccionales.

Este caso resulta problemático porque la estrategia de hacer testificar a estas tres personas no es ilícita; de hecho, las tres personas no estarían diciendo mentiras ni dando un falso testimonio. Más allá de la legalidad, sabemos que al llevar a estas personas al estrado estaríamos atentando contra uno de los propósitos del proceso penal: llegar a la verdad real<sup>4</sup>. Además, nos estaríamos aprovechando de una situación desafortunada de la contraparte para beneficiar a nuestro cliente. Tendríamos la convicción plena de que con esos testimonios estaríamos alejando al juez del conocimiento de los hechos que realmente ocurrieron. Preguntémosnos: ¿es legítimo que los abogados hagamos eso? Ante esta duda, nuestra primera intuición es, por supuesto, acudir a los códigos de ética profesional para encontrar alguna respuesta.

Si bien en México no contamos con un «Código de Ética Profesional» que rijas las conductas de los abogados y que pueda hacerles responsables en términos disciplinarios por su incumplimiento, podemos utilizar algunos Códigos auto-regulatorios y no vinculantes, que han expedido algunos colegios de abogados para visualizar la encrucijada en la que se encuentran los abogados.

Por ejemplo, el *Código de Ética* del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México (s.f.), señala en su preámbulo lo siguiente<sup>5</sup>:

En una sociedad fundada en el respeto a la Justicia, el Abogado tiene un papel fundamental. Su misión no se limita a ejecutar fielmente un mandato en el marco del Derecho. En un Estado de Derecho, el Abogado es indispensable para lograr el respeto y cumplimiento de la Justicia y de los justiciables, pues tiene la obligación de defender sus derechos y libertades; es, por lo tanto, el asesor y defensor de su cliente, y en todo momento deberá buscar la prevalencia de la justicia.

Su misión le impone deberes y obligaciones múltiples, algunas veces con apariencia contradictoria, con respecto: A sí mismo. Al cliente. A los tribunales y otras autoridades ante las cuales el Abogado asiste o representa al cliente. A su profesión en general y a cada colega en particular. A la sociedad, para la cual una profesión liberal e independiente, regida por el respeto a las reglas que se ha impuesto a sí misma, es un medio esencial de salvaguardar los derechos del hombre frente al estado y a los otros poderes.

Por su parte, el *Código de Ética Profesional* de la Barra Mexicana (BMA, 2017) señala en su artículo 1:

Para el ejercicio de la profesión, el abogado debe tener presente que cumple una función social, por lo que debe actuar conforme a los principios y valores que inspiran este Código, como son la diligencia, probidad, buena fe, libertad e independencia, justicia, lealtad, honradez, dignidad y respeto, de conformidad con lo expresado en su preámbulo, que determina, asimismo, las bases de su interpretación y aplicación.



En este caso, el problema radica en que:

- 1) El Estado no está abusando de su poder.
- 2) No es claro cómo se podría argumentar que el acusado tiene derecho a ocultar la verdad.

<sup>4</sup> En el siguiente capítulo veremos que dicha actuación puede estar legitimada, pues el proceso penal no busca únicamente llegar a la verdad real de lo sucedido, sino también proteger los derechos del acusado y vigilar la forma en la que el Estado utiliza el poder.

<sup>5</sup> Énfasis del autor en negrillas..

Estos extractos no otorgan una respuesta precisa sobre cómo actuar frente al caso en cuestión. Por un lado, afirman que tiene un compromiso con la administración de justicia y una función social. Pero, por otro lado, afirman un compromiso con la defensa de los derechos individuales del cliente. Estas definiciones parecen sugerir que el abogado, idealmente, sabe armonizar, tanto los intereses de la sociedad, como los de su cliente. En términos prácticos, es poco lo que ayudan a resolver el dilema ético que nos ocupa.

Si examinamos otras disposiciones, encontramos que el curso de acción que sugieren tampoco es del todo claro. Por un lado, el artículo 2.7.2 del *Código de Ética* del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México señala:

“El abogado podrá defender a su cliente, aún a sabiendas de que es culpable, y procurar obtener una sentencia de inocencia, siempre y cuando no recurra a ningún medio ilícito.”

De acuerdo con este artículo, el abogado *podrá*<sup>6</sup> defender a su cliente y llamar a interrogatorio a las dos personas, aun cuando esto aleje al juez de alcanzar la verdad real en el proceso, pues no sería una actividad ilícita. No obstante, más adelante, el mismo código en su artículo 4.3.1 señala:

“El Abogado no podrá en ningún momento facilitar, conscientemente, al Juez una información falsa o que pueda inducirle a error”.

Entonces, llamar testigos que pueden inducir al juez a error -aun cuando ellos digan la verdad- iría en contra de la ética profesional del abogado. Ambas normas indican un curso de acción diferente. Tal vez la segunda, por el imperativo «no podrá» implica una orden más clara.

El *Código de Ética Profesional* de la Barra Mexicana nos lleva a la misma situación. Sus artículos 3.1 y 3.3 señalan:

“Artículo 3. El abogado debe abstenerse de:

3.1. Aconsejar o realizar actos contrarios a las leyes o a los principios y valores éticos.

[...]

3.3. Realizar actos que entorpezcan la pronta resolución de conflictos, trámites o procedimientos.”

Si bien es claro que llamar testigos que van a decir la verdad no es un acto contrario a la ley, sí podríamos argumentar que en este caso va en contra de principios y valores éticos, pues en el fondo se está desviando al juez de la verdad real; sin duda, alcanzarla es uno de los fines perseguidos en el proceso judicial. Este artículo es curioso, pues sugiere que, al asesorar a sus clientes, el abogado no debe tener en cuenta únicamente la ley, sino también principios y valores éticos. Si bien, algunos autores y corrientes

<sup>6</sup> Es importante anotar la elección de la palabra «podrá» en la redacción del artículo, pues al ser facultativo se infiere entonces que el abogado no siempre tiene el deber de procurar una sentencia de inocencia para su cliente.



iusfilosóficas, como Dworkin (1986), defienden que el derecho requiere interactuar con valores y principios de la comunidad política; el supuesto problema pudiera dar mayor preeminencia a los juicios de valor de los abogados, y condicionar u obstaculizar el ejercicio de los derechos de la ciudadanía frente a la conciencia de su abogado y no ante la Ley, lo cual supone ser la única limitación legítima a la libertad y autonomía de las personas.

Además, una interpretación amplia del artículo 3.3 nos señalaría que llamar a unos testigos a sabiendas que entorpecerán el camino hacia la verdad real, podría considerarse como un acto que entorpece la pronta resolución de los conflictos. No obstante, surgen preguntas interesantes que trataremos en el siguiente capítulo: ¿No es esa, precisamente, la tarea del abogado defensor? ¿Cual sería, entonces, la finalidad del proceso penal del abogado defensor: la construcción de la verdad real o la defensa de los derechos de su cliente? ¿Son compatibles ambas finalidades?

Por otro lado, el mismo *Código de Ética Profesional* de la Barra Mexicana señala más adelante:

“El abogado debe guardar respeto a los juzgadores, árbitros, mediadores, otros funcionarios y autoridades. Por tanto, tiene el deber de:

[...]

7.2. Defender a su cliente en el marco de la ley de la forma que considere más apropiada.”

Una lectura cuidadosa de este artículo indicaría que el abogado tiene el *deber* de llamar a los testigos al estrado, pues hacerlo no es ilegal (no son falsos testimonios) y, en contradicción al artículo anterior, en este se señala que el abogado *debe* defender a su cliente «en el marco de la ley»; única y exclusivamente en el marco de la ley, no en el marco de los principios y valores éticos, como señalaba el artículo anterior. Si bien pudiera ser reprochable, en términos éticos, llamar a testigos que alejen al juez del conocimiento de la verdad real, no es ilegal. Entonces, el abogado está llamado a usar esa estrategia, pues es la Ley y no los valores y principios éticos del abogado ni la sociedad, los que pueden limitar los derechos de su cliente. Si el abogado argumentara que llamar a los testigos atenta contra sus convicciones personales o las buenas costumbres y valores sociales, entonces estaría violando el artículo 11.2 del mismo código (BMA, 2017, pág.14) el cual señala:

“Artículo 11. La relación del abogado con su cliente estará sujeta a las siguientes normas:

[...]

11.2. No debe anteponer su propio interés al de su cliente.”

Podríamos seguir buscando respuestas en los códigos de ética para este dilema ético (u otro similar) y muy seguramente no las encontraríamos. Como bien señala Wilkins (1990), gran parte de la crítica del realismo jurídico se aplica al campo de la ética profesional: las normas jurídicas relativas a la ética profesional no son capaces, por sí solas, de llevarnos a respuestas concretas ni correctas que nos indiquen cómo debemos actuar frente a un dilema ético determinado. Necesitamos, además de las reglas, una

*visión* del ejercicio jurídico que proponga un modelo de abogado al que podamos acudir al momento de interpretar esas normas. La falta de respuestas concretas en los códigos de los colegios de abogados mexicanos no es un defecto; todos los esfuerzos por codificar la conducta de los abogados en distintas jurisdicciones han llegado al mismo callejón sin salida.

Esta indeterminación de las normas jurídicas relativas a la ética profesional ha llevado, entonces, a teorizar modelos de abogacía, que puedan darnos luces más claras sobre cómo actuar frente a los dilemas éticos. Dentro de esos modelos de abogacía, uno que sobresale por su capacidad descriptiva en la literatura estadounidense - por revelar lo que se ve en la práctica cotidiana, mas no necesariamente por ser el más adecuado-, es la denominada «visión dominante».



## Sugerencia de lectura

Para una defensa de la visión dominante, recomendamos leer:

*The Lawyer's Amoral Ethical Role: A Defense, A Problem, and Some Possibilities* de Stephen L. Pepper (1986).

## La visión dominante

De acuerdo con esta visión, el lema que determina las actuaciones de abogados es «proteger celosamente los intereses del cliente bajo los límites impuestos por la ley». De esta premisa se desprenden tres principios:

1. **Parcialidad.** El abogado debe preocuparse única y exclusivamente por los intereses de su cliente. En caso de que los derechos de su cliente choquen con los de la contraparte, terceros o el interés público, el abogado debe ceñirse a la defensa de los intereses de su cliente. El abogado podría señalarle a su cliente que ejercer sus derechos de cierta forma pudiera atentar contra principios o valores éticos de la comunidad; si el cliente insiste en hacerlo (y si es legalmente permitido), está obligado a prestarle su asesoría jurídica.
2. **Neutralidad.** Exige al abogado esforzarse por que sus convicciones personales y posturas éticas no se interpongan en el ejercicio de los derechos legales de su cliente. Este principio busca que la libertad de la ciudadanía no sea restringida por los valores personales del abogado ni de la sociedad, sino exclusivamente por las normas jurídicas adoptadas, a través de procedimientos democráticos. Lo único que puede limitar las actuaciones de los abogados es la ley, no los valores morales personales ni sociales; permitir que esto ocurra sería ilegítimo y, además, afectaría drásticamente el acceso de la ciudadanía a la justicia.
3. **No responsabilidad.** Este principio no guía las acciones de los abogados, sino que, debería guiar los juicios que la ciudadanía emite con respecto a la abogacía. Su existencia es una consecuencia de los principios de parcialidad y neutralidad. Según este principio, mientras los abogados actúen con respeto a la ley, sus actuaciones no serán juzgadas bajo un marco ético común. Por ejemplo, según este principio, sería injusto decir del abogado que es un criminal o una mala persona por defender, ante instancias judiciales, a narcotraficantes, violadores o funcionarios públicos corruptos.

Si retomamos el caso hipotético planteado anteriormente y aplicamos la «visión dominante» para solucionarlo la respuesta sería más clara: el abogado debe utilizar los testimonios (y todas las herramientas legales) que sirvan para defender a su cliente. Sólo debe interesarle mantener a *capa y espada* la presunción de inocencia de su cliente. Si eso implica alejar al juez de la verdad real o utilizar un error de parte de los otros testigos, no importa. Si al abogado se le acusa de ser una *mala persona* tampoco importa; al fin y al cabo, el principio de neutralidad garantiza que los juicios se hagan con base en la ley, no en la ética común. Para la visión dominante no hay límites éticos en la defensa de los intereses del cliente, sólo hay límites jurídicos establecidos por la ley. Además, el principio de parcialidad implica que, desde el lado de la contraparte habrá otros abogados (fiscalía y asesor jurídico) operando bajo el mismo principio, lo cual garantizaría una igualdad de armas. Si el abogado de la contraparte comete un error, es su responsabilidad arreglarlo. La única responsabilidad del abogado es aprovechar todas las herramientas que el ordenamiento jurídico otorgue para defender al cliente.

Si bien, esta visión de la abogacía puede parecer en principio muy pobre para las altas y nobles aspiraciones que generalmente se atribuye la profesión jurídica, sus proponentes la sostienen con argumentos que apelan no sólo a los intereses de la profesión, sino también de la comunidad en general. Es decir, son argumentos con pretensión de universalidad, que apelan al marco ético común. A continuación, explicaremos de qué forma justifican esta visión de la abogacía.

## El valor de la autonomía

La visión dominante de la ética profesional sostiene que el valor más importante para la profesión legal es la protección de la libertad y autonomía de los individuos<sup>7</sup>. Los abogados deben propender la protección (y en lo posible aumentar) a la libertad de la cual gozamos todos los individuos; debe protegerse de amenazas que provengan tanto del poder público como de particulares. Por libertad no nos referimos únicamente a la libertad física o a la libertad de locomoción, sino, en sentido amplio: la capacidad de hacer y pensar lo que se quiera. Por ejemplo, un ataque a la libertad sería verse obligado a pagar una indemnización por un daño causado a un tercero. En estos casos, los abogados están llamados a hacer lo posible, dentro del marco de la legalidad, para evitar que a su cliente se le imponga esa obligación jurídica. Cuando quiera que la libertad del cliente choque con otro valor como la solidaridad, la equidad o la verdad, su abogado debe trabajar celosamente para defender la libertad de su cliente, aun cuando ello implique sacrificar otros valores que puedan ser relevantes para el ordenamiento jurídico.

## El Estado de derecho y la igualdad

La visión dominante de la ética profesional también se justifica ante la sociedad apelando al ideal del Estado de derecho y la igualdad formal de las personas frente a la Ley. Para la visión dominante, estos valores e ideales sólo pueden ser protegidos si el abogado, en el ejercicio de la profesión *apaga* su ética común y no emite juicio de valor alguno que pueda obstaculizar el ejercicio de los derechos, que por Ley goza su cliente. Este argumento se basa en una visión positivista del derecho, donde las normas jurídicas son claramente diferenciables de las normas morales, pues son promulgadas a través de procedimientos democráticos que las dotan de legitimidad. Cuando el abogado no apaga su ética común y decide no representar a un cliente, porque considera que los fines que persigue son *inmorales* o si decide no emplear una estrategia, porque la considera reprochable en términos éticos, el abogado mismo constituye un obstáculo ilegítimo para acceder a la justicia. El ciudadano común y corriente no puede acudir en defensa propia de sus intereses ante los jueces, ya que el Estado le otorgó ese monopolio a la abogacía: primero, obligando a los ciudadanos a contratar a un abogado para reclamar sus derechos ante los jueces; segundo, tecnificando el acceso a la justicia, a través del lenguaje especializado, el cual es necesario aprender en una escuela de Derecho<sup>8</sup>. Cuando el abogado limita los derechos del ciudadano con base en sus juicios éticos, usurpa el papel de los órganos legislativos, pues éstos son los únicos que legítimamente pueden restringir la libertad y autonomía de las personas.

Según la visión dominante, apagar la ética común y defender los derechos del cliente, teniendo en cuenta únicamente las limitaciones establecidas por la ley, también garantiza la igualdad de las personas ante la ley. Si la ética común fijara los límites hasta donde está dispuesto a ir el abogado y no la ley, no todas las personas gozarían de una misma representación, sino que la parcialidad de su abogado se exhibiría en la defensa de sus intereses. Remitiéndonos al caso hipotético: habría personas acusadas que contarían con la suerte de encontrar un abogado dispuesto a llevar testigos que pueden atentar contra la búsqueda de la verdad real con el fin de proteger la libertad del cliente; otras menos afortunadas, se cruzarían con otros que, al considerar dicha estrategia como reprochable bajo el marco ético común, no la utilizarían. Al ordenarle a todos los abogados que den prevalencia a la ley por encima de los juicios de valor personales, se garantiza un mismo estándar de representación y acceso a la justicia para todos los ciudadanos.

<sup>7</sup> Esta teorización ha sido realizada por académicos estadounidenses, inmersos en su sistema político donde, sin duda, la libertad es un valor sumamente preciado. En otros países, con otra cultura política, es posible que la libertad sea un valor importante, pero no necesariamente un valor supremo.

<sup>8</sup> Es importante recordar que el monopolio de la abogacía no se limita al acceso a las cortes. Si nos tomamos en serio la idea de que el Derecho es una ciencia con determinados tecnicismos, sólo los abogados están calificadas para redactar contratos, elaborar testamentos, etc. De hecho, la mayoría de los códigos de ética profesional señalan que la práctica de la abogacía se refiere, no sólo a la representación judicial, sino a la asesoría jurídica extrajudicial y añaden que, su práctica por parte de personas que no cuenten con licencia o acreditación profesional es ilegal.

## El buen funcionamiento del sistema dispositivo o acusatorio

El último argumento empleado para justificar la visión dominante, y los principios de conducta que ella impone a la abogacía, apela al buen funcionamiento del sistema dispositivo. Estos sistemas se caracterizan por tres elementos: la existencia de un tribunal imparcial, la aplicación de reglas procesales que guían el desarrollo del proceso legal y, la más importante de todas: la responsabilidad asignada a las partes para presentar su caso y refutar el de su contraparte. Este último rasgo es el que realmente lo distingue de los sistemas procesales inquisitivos. En el sistema acusatorio, el juez desempeña un papel secundario y limitado en la búsqueda de la verdad y la justicia. Su principal responsabilidad consiste en salvaguardar el debido proceso con el fin de garantizar la igualdad de las partes en disputa.

Al tener el juez un papel más limitado, gran parte de la responsabilidad del proceso recae sobre las partes en disputa. Esto exige entonces, que cada abogado defienda celosamente los intereses de su cliente sin preocuparse por la situación de la contraparte. La lógica detrás de esto es que el descubrimiento de la verdad real y la protección de los derechos legales de las partes en disputa se garantizará, de manera más adecuada, si cada parte tiene un abogado que se esfuerce por probar el caso de su cliente (en términos fácticos y de argumentación jurídica). Se supone que entre más intensa sea la disputa entre las dos partes, la reconstrucción de los hechos ocurridos y los argumentos jurídicos esgrimidos serán más fiables, pues tendrán que haber sobrevivido a una intensa lucha dialéctica.

Para que los abogados defensores puedan cumplir con el rol que el sistema acusatorio les exige, es necesario que se apeguen a los principios de parcialidad y neutralidad. El principio de parcialidad es necesario para que se preocupen única y exclusivamente por proteger los derechos de su cliente y así exigir más a fondo a su contraparte (el agente del ministerio público) y de esta forma mejorar la calidad de la contienda jurídica. Por otro lado, para que el principio de parcialidad pueda materializarse, es necesario que el abogado apague su ética común y no ejerza juicio ético alguno sobre los intereses que persigue su cliente. Si llega a hacerlo, la parcialidad que exhibe en la defensa de los intereses de su cliente puede ser menguada y esto afectaría el buen funcionamiento del sistema acusatorio. La conjugación de ambos principios dentro de la institución del sistema dispositivo supone una división ética del trabajo, como si una mano invisible arrojara los mejores resultados posibles para todas las partes concernidas.



Es importante señalar que la visión dominante teoriza única y exclusivamente la labor de los abogados defensores. Los agentes del Ministerio Público tienen un deber de lealtad (Art. 128 CNPP) que les obliga a aportar, no sólo las pruebas que tiendan a demostrar la culpabilidad del acusado, sino incluso las que tiendan a mantener incólume su presunción de inocencia. Esto ocurre porque en el caso del Ministerio Público es evidente que su «cliente» es la sociedad y a esta le interesa castigar a los culpables y mantener fuera de la cárcel a los inocentes. *A contrario sensu*, el rol del abogado defensor parece ser más complicado, pues también tiene el deber de colaborar con la administración de justicia. A pesar de su deber de colaboración, no existen disposiciones normativas similares a las del Ministerio Público que lo obliguen, por ejemplo, a revelar información que incrimine a su cliente.

## Las críticas a la visión dominante

La visión dominante no ha estado exenta de críticas. Distintos autores (Hutchinson, 1995; Luban, 1988; Simon, 1998) han argumentado por qué puede resultar nociva. A continuación, desarrollaremos brevemente los argumentos principales.

La primera crítica señala que la libertad no es el valor más importante dentro de los ordenamientos jurídicos. Si bien es cierto que es un valor social con respaldo constitucional o legal, no es evidente que sea más importante que la responsabilidad, la verdad o la justicia. Esta crítica minaría la inferencia de que la labor principal de los abogados es promover la libertad de los clientes. Si, por ejemplo, aceptamos que la responsabilidad es un valor tan importante como la libertad, los abogados estaríamos llamados a limitar la parcialidad con la que defendemos los intereses de nuestro cliente y más bien, dadas las circunstancias del caso, trabajar para que sea responsable por los perjuicios causados a la contraparte.

La segunda crítica señala que, si aceptamos que la libertad es el valor más importante para el ordenamiento jurídico, no es claro que sea la libertad de mi cliente la que debe ser protegida y no la de la contraparte. Es decir, aceptar la libertad como valor supremo, no implicaría automáticamente aceptar el principio de parcialidad que exige al abogado trabajar única y exclusivamente por los intereses de su poderdante. Entre la libertad de no pagar una indemnización, y la libertad de no verse obligado a soportar un daño causado injustamente, ¿cuál debe primar según la visión dominante?

La tercera crítica señala la libertad no es valiosa por sí misma, sino que tiene que ser juzgada de acuerdo con los fines que persiga su goce. ¿Decidir de manera libre y autónoma violar sexualmente a una mujer es una acción digna de ser defendida ante un tribunal judicial por haber sido un ejercicio de autonomía? No, no lo es. En este sentido, si la autonomía y la libertad son valores importantes, es siempre necesario analizar qué consecuencias trae su ejercicio ante la comunidad.

La cuarta crítica advierte sobre una contradicción estructural en la visión dominante. Esta contradicción surge por construirse simultáneamente como una defensa al positivismo y una visión normativa de la abogacía basada en el libertarismo. La visión dominante se basa en la teoría positivista del derecho para construir una visión de la legalidad muy estrecha pues, como señala el principio de neutralidad, lo único que puede limitar la libertad de los sujetos son las normas y no los valores ni los principios de la sociedad o el abogado. No obstante, el positivismo tiene la única función definir qué es derecho, qué puede limitar la libertad de las personas. El positivismo no entraña ninguna teoría del deber o de lo correcto. En pocas palabras, no ofrece a los abogados una teoría sobre cómo se debe practicar el derecho. Al no tener una, la visión dominante acude al libertarismo, el cual sí indica a los abogados cómo deben utilizar el derecho y por qué. No obstante, al pedir a los abogados que apelen a ciertos *valores y principios éticos*, estamos saliéndonos del marco positivista, para el cual sólo las *normas jurídicas* pueden indicar cómo debemos comportarnos.

La quinta crítica se dirige a la premisa positivista y al principio de neutralidad que exige a la abogacía no realizar juicio ético alguno, respecto a los fines que persigue su cliente, sino única y exclusivamente regirse por los límites establecidos por la ley. Esta crítica parte de la imposibilidad de aplicar normas jurídicas a situaciones fácticas sin un juicio interpretativo de por medio. Es verdad que los textos jurí-

dicos tienen vacíos, contradicciones y ambigüedades. Ante esto, es necesario un ejercicio interpretativo que llene esos vacíos, clarifique las ambigüedades y reconcilie las contradicciones. Generalmente en la interpretación y solución de casos difíciles, donde la lógica del silogismo se agota, es necesario acudir a los principios del ordenamiento jurídico los cuales, como señaló Dworkin (1986), tienen una naturaleza distinta a las reglas jurídicas. El uso de principios constitucionales y de técnicas de balanceo, como los test de proporcionalidad que emplean los tribunales constitucionales, demuestran entonces que el positivismo no describe de manera adecuada la naturaleza del derecho, ya que no puede estar comprendido únicamente por reglas jurídicas (Alexy & Bernal Pulido, 2014).

El punto relevante de esta última crítica es que, para materializar el ideal del Estado de derecho y promover la justicia material, se requiere que los abogados no sean simples mecanicistas que se limitan a verificar la legalidad de una acción, y encontrar un argumento en la ley para satisfacer a su cliente sin hacer un juicio de valor, sino teniendo en cuenta los efectos de esa acción sobre otros valores y principios jurídicos relevantes. Así como los jueces deciden sobre los casos, basándose en principios y valores constitucionales, los abogados, como operadores jurídicos descentralizan la aplicación del derecho,<sup>9</sup> están obligados a hacer este mismo tipo de juicios, aun cuando ello implique negarse a acceder a las pretensiones de su cliente, aunque éstas tengan una base legal.

---

<sup>9</sup> Los abogados son el puente a través del cual, los ciudadanos conocen el derecho, ya que se entrenan en el conocimiento del derecho y su aplicación. Es entonces, perfectamente razonable exigirles que cuando asesoran jurídicamente a sus clientes, se encarguen de decir qué está y qué no está permitido (claro, habrá casos grises donde tal vez habrá que acudir a un proceso judicial para encontrar una respuesta). Muchos actos jurídicos que realizan los ciudadanos no son examinados por una autoridad judicial. Por ejemplo, los aspectos relacionados con el derecho tributario dependen en gran medida de la labor preventiva que realicen los abogados tributarios y de cómo asesoren a sus clientes. Evidentemente, las autoridades tributarias no tienen la infraestructura ni los recursos para asegurarse que todos los ciudadanos estén cumpliendo con sus obligaciones de manera adecuada; ello depende, en gran medida, de sus abogados.





## Capítulo 3. Los fines del proceso penal y sus repercusiones en la ética profesional de la abogada defensora

<b>Competencias específicas</b>	Comprender los múltiples fines del proceso penal y lo que esto implica para la ética profesional de la abogada.	
<b>Indicadores de competencia del/la estudiante</b>	Reconoce el dilema al que se enfrenta la abogada entre colaborar con la administración de justicia, la búsqueda de la verdad y la defensa de los intereses de su cliente.	
<b>Actividades de enseñanza</b>	<b>Actividad 1</b> Exposición del marco teórico del tema. Solicita a las estudiantes que busquen información de una nota periodística.	<b>Actividad 2</b> Presentación de un caso hipotético para que sus estudiantes lo analicen y propongan soluciones.
<b>Técnicas didácticas</b>	Exposición de la docente. Búsqueda de información.	Caso hipotético.
<b>Evaluación formativa</b>	Registro de respuestas.	
<b>Evaluación de aprendizaje</b>	Solución de caso hipotético.	

## Introducción

---

El proceso penal es una institución jurídica diseñada para responder a fines sociales esenciales: alcanzar justicia y preservar la paz y la tranquilidad. La obtención de justicia requiere reconstruir los hechos ocurridos, valiéndose de métodos contemplados en la ley, respetando siempre los derechos de las presuntas implicadas y controlando el ejercicio del poder por parte de las autoridades estatales. A la reconstrucción de los hechos, le sigue el despliegue de argumentos jurídicos de las partes, los cuales tenderán, por un lado, a demostrar la culpabilidad de la implicada, y por otro, a desvirtuar dichas acusaciones y a mantener incólume la presunción de inocencia<sup>10</sup>.

Una definición como la anterior parece no sugerir problema alguno con respecto a los fines del proceso penal. No obstante, si hacemos un esfuerzo por ponernos en los zapatos de la abogada defensora. Podemos notar que, visto desde su posición, los fines que persigue el proceso penal son múltiples y en algunas ocasiones es posible que choquen entre ellos. Algunas veces la abogada tendrá oportunidad de obstaculizar la búsqueda de la verdad real, con el fin de defender los derechos de su cliente. Es decir, atentará contra uno de los fines del proceso penal, la obtención de la verdad real, a fin de satisfacer otro de los fines del proceso penal (la protección de los derechos de su cliente).

Que los fines del proceso, a la luz de las partes procesales, sean contradictorios es un asunto relevante para la ética profesional de la abogada defensora. Si el proceso penal persigue múltiples fines: ¿Es legítimo, entonces, que la abogada persiga cualquier curso de acción siempre y cuando se enmarque bajo alguno de ellos?

---

<sup>10</sup> En los casos penales se presume que el deseo de los clientes es siempre luchar por su inocencia. Sin embargo, es posible que el cliente no quiera luchar por su inocencia y prefiera asumir la responsabilidad de sus actos.

## Actividad de aprendizaje

### Propósito

Familiarizarse con los objetivos del proceso penal.

### Herramienta

Nota periodística.

### Técnica

Análisis individual y discusión grupal.

### Dinámica

1. Una vez interiorizado el marco teórico y las distintas actividades propuestas en este capítulo, promueva una discusión con sus estudiantes donde les pregunte cuáles creen que son los fines que persigue el proceso penal.
2. Solicite a sus estudiantes que lean la siguiente noticia de un periódico colombiano, especializado en la profesión jurídica (puede proyectarla en power point o entregar copias impresas).
3. Realice las siguientes preguntas al grupo y las demás que usted crea que puedan ser útiles para fomentar la discusión en clase y aproximarse al debate propuesto en el marco teórico:
  - » ¿Consideran adecuada y justa la sanción que se le impuso a este abogado colombiano?
  - » ¿Por qué se debe sancionar a los abogados que incurren en estas conductas?
  - » ¿A este abogado se le sanciona por comprar un testigo o por tratar de engañar al juez y desviarlo de la búsqueda de la verdad?
  - » ¿Es lícito engañar al juez? ¿Hay formas legítimas y legales de engañar al juez?
4. Concluya la actividad recopilando las principales ideas que surgieron de la discusión y de paso a la explicación del marco teórico.

## Suspenden a abogado por intentar tergiversar versión de un acceso carnal abusivo

El Consejo Superior de la Judicatura confirmó recientemente una sentencia que sanciona a un abogado con suspensión de un año en el ejercicio de la profesión por cometer una falta contra la recta y leal realización de la justicia y los fines del Estado, la decisión de instancia fue proferida por el Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia.

El profesional fue hallado responsable de incurrir en las faltas previstas en los numerales 9 y 11 del artículo 33 de la Ley 1123 del 2007, a título de dolo.

Estas conductas disciplinarias se configuran por aconsejar, patrocinar o intervenir en actos fraudulentos, así como por desfigurar, amañar o tergiversar las pruebas con el propósito de hacerlas valer en actuaciones judiciales.

Y es que una juez penal de circuito de Medellín solicitó investigar al litigante, el cual defendía a un procesado por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, por cuanto los familiares del acusado recolectaron dinero para que este se los entregara a la madre de la víctima, para que cambiaran la versión de los hechos.

Es importante decir que la Sala reprochó que el disciplinable no se defendiera de estas acusaciones en el trascurso del proceso penal, pues como profesional del Derecho y especializado en esta materia sabía de antemano de las implicaciones que ello acarrearía (M. P. Julia Emma Garzón).



Puede consultar la nota directamente en el sitio web de *Ámbito Jurídico*, en:

<https://www.ambito-juridico.com/bancoconocimiento/procesal-y-disciplinario/suspenden-a-abogado-por-intentar-tergiversar-version-de-un-acceso-carnal-abusivo>

## Proceso penal para alcanzar la verdad real

La administración de justicia en el sistema procesal penal requiere de la reconstrucción de los hechos que dieron pie al reclamo judicial de la víctima. Dilucidar qué fue lo ocurrido es una tarea previa al examen jurídico de la situación bajo estudio. La jueza necesita tener una versión de los hechos para poder desplegar su conocimiento jurídico sobre ella y así, determinar responsabilidades, eximentes de responsabilidad, móviles, etc.

No llegar a la verdad real puede ser sumamente perjudicial, tanto para los derechos de la víctima particular que acude al proceso penal como afectada, como para la sociedad en general. Si el sistema penal no es capaz de dilucidar la verdad es posible que los bienes jurídicos protegidos por los tipos penales se vean desprotegidos a futuro, pues se genera la percepción en la sociedad de que el aparato represor del Estado no es efectivo y no puede investigar ni castigar las conductas delictivas, lo cual puede generar incentivos para la criminalidad. Además, la incapacidad de reconstruir la verdad real pone en riesgo los derechos de personas inocentes que pudieran ser acusadas y declaradas responsables por hechos que jamás cometieron.

Contrario a los sistemas procesales inquisitivos, donde las juezas adelantan la investigación y desempeñan un papel sumamente activo, en el sistema penal acusatorio las partes procesales son las principales encargadas de impulsar el proceso. Son estas partes las que aportan testigos, pruebas documentales y físicas para posteriormente desplegar sus argumentos jurídicos sobre los hechos que lograron probar. La jueza, en un papel más pasivo -en comparación a los sistemas inquisitivos-, está llamada a garantizar la igualdad de armas entre las partes, a estudiar y decidir el caso bajo principios de independencia e imparcialidad.

La pregunta crucial, en términos de ética profesional, es: si el objetivo general del proceso penal es reconstruir en la medida de lo posible la verdad real ¿será el mismo objetivo para todas las partes procesales que participan en él? La ética profesional debe indagar si la abogada defensora está llamada a colaborar en la reconstrucción de la verdad real o si existe alguna razón de peso para eximirla de colaborar en esa tarea.

### Proceso penal para respetar los derechos de las personas y controlar el poder del Estado

Si bien es cierto que el principal objetivo del proceso penal es reconstruir la verdad real, no es menos cierto que este sea el único fin del proceso. La búsqueda de la verdad, a través del proceso judicial debe hacerse respetando los derechos fundamentales de la acusada, mismos que son reconocidos en la Constitución y en los distintos tratados de derechos humanos ratificados por el Estado mexicano. La búsqueda de la verdad no admite, por ejemplo, la obtención de información, pruebas o confesiones, a través de tortura o tratos crueles, inhumanos y degradantes; no acepta pruebas obtenidas de manera ilícita (como las interceptaciones telefónicas sin orden judicial); tampoco permite que familiares cercanos declaren en contra de la persona investigada. Estos límites al poder del Estado sugieren entonces, que la búsqueda de la verdad real no es el único fin ni el más importante del proceso penal.



Para conocer el contenido preciso de los derechos fundamentales resulta útil acudir a los estándares elaborados por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de sus sentencias, disponibles en:

<http://www.corteidh.or.cr/#>

A pesar de la importancia que reviste garantizar la paz, la tranquilidad y el orden social, este objetivo no puede supeditar el respeto y garantía de los derechos humanos de las personas. Permitir que esto ocurra sería ilógico, pues el mismo Estado vulneraría los derechos humanos que dice proteger, a través del derecho penal. Esta serie de garantías, inmersas en lo que genéricamente se entiende como garantías judiciales y debido proceso, nos llevan a pensar que la investigación en el proceso penal está llamada a respetar la dignidad humana de todas las ciudadanas. Como señaló Dworkin, los derechos están llamados a funcionar como «escudos» que pueden utilizarse al momento de tomar determinadas decisiones políticas, que apuntan a mejorar el bienestar social para bloquear otro tipo de consideraciones o factores. Bajo esta concepción de los derechos como escudos, se pretende combatir argumentos de tipo utilitarista como el incremento del bienestar social; es decir, argumentos que señalan que la mejor decisión es aquella que incrementa lo que se considera valioso – el bienestar, la seguridad, la felicidad, etc.– para el mayor número de personas.

Si el proceso penal está comprometido, no sólo con la reconstrucción y búsqueda de la verdad, sino con el respeto de los derechos fundamentales por encima de fines sociales como la paz y la tranquilidad, entonces podemos comprender por qué las abogadas están autorizadas a defender a personas acusadas de delitos, aún a sabiendas de que son culpables. Si esto no fuese así, alguna norma obligaría a las abogadas a testificar en contra de sus clientas ante el conocimiento de la comisión de un delito. No obstante, en la mayoría de los países y tradiciones jurídicas, se contempla la figura del «secreto profesional». Es decir, la abogada sólo puede revelar la información confidencial para tratar de impedir que su clienta cometa un delito, pero no está autorizada a revelar información sobre un delito ya cometido.

Lo anterior parece sugerir que la función principal de la parte defensora no es colaborar en la reconstrucción de la verdad real. Su función parece enfocarse en la defensa de los derechos de su clienta y en vigilar que los entes del Estado no se extralimiten en el uso de sus facultades legales y constitucionales. No obstante, esto no implica que la abogada no tenga el deber de colaborar con la construcción de la verdad en el proceso penal. El problema está en delimitar cuándo se incumple ese deber de manera ilegítima. La pregunta crucial es: si la abogada defensora está autorizada para mentir o engañar a la corte o si está autorizada para permitir que su clienta lo haga. Para comprender esto vale la pena acercarnos al problema, a través de un caso hipotético.

## Actividad de aprendizaje

### Propósito

Reflexionar sobre la licitud de que las abogadas mientan o distorsionen la verdad en un proceso judicial y si hay unas formas en las que es lícito hacerlo y otras en las que no lo es.

### Herramienta

Caso hipotético.

### Técnica

Discusión de grupo.

### Dinámica

1. Solicite a sus estudiantes que se organicen de nuevo en grupos de 4 personas para que lean y discutan el caso hipotético planeado en esta actividad.
2. Al término de la lectura, pídeles que respondan por escrito las preguntas que se encuentran al final del caso hipotético.
3. Posteriormente socialicen las respuestas de los distintos grupos con el curso.



## Caso hipotético

Usted es la abogada defensora de Yolanda, quien ha sido acusada del delito de homicidio contra su esposo: Carlos. Durante su entrevista inicial para conocer el caso, ella le comenta a usted que asesinó a Carlos en legítima defensa, pues él había llegado en estado de ebriedad a su casa y había intentado violarla. Según el relato de Yolanda, esto habría ocurrido varias veces y en esta ocasión ella no aguantó más y decidió defenderse utilizando un cuchillo. En el forcejeo, Yolanda hirió a Carlos con el cuchillo causando su muerte. Yolanda sostiene además, que el odio a su marido había llegado a límites intolerables, cuando ella se enteró que él tenía una amante hacía varios años, a quien había conocido por una página de internet y con la cual habría sostenido muchas conversaciones, intercambiado mensajes y fotos eróticas por internet.

Después de la primera reunión con su cliente, y con el propósito de alegar que el asesinato de Carlos fue en legítima defensa, usted entrevista a varias personas que en efecto coinciden en afirmar que Carlos maltrataba a Yolanda, frecuentemente delante de ellos, con insultos e incluso con maltratos físicos en algunas ocasiones. Si bien estas declaraciones por sí solas no servirán para probar que el asesinato fue cometido en legítima defensa, si permitirán probar un contexto en el cual, los abusos contra Yolanda eran constantes. Además, le facilitarían generar algo de empatía con la jueza, y por qué no, con los medios de comunicación los cuáles podrían tornarse relevantes en algún punto del caso.

Con el objetivo de recaudar pruebas que sostuvieran la versión de los hechos de Yolanda, usted le pide autorización a ella para examinar la computadora del hogar, donde espera encontrar pruebas de la relación que sostenía Carlos con su amante para demostrar que Yolanda había sido llevada a un estado de infelicidad y miseria incomparable.

Usted examina el computador y se sorprende al encontrar múltiples fotos y videos de contenido sexual de Carlos con su amante, pero, además, fotos y videos eróticos de Carlos con Yolanda. Al parecer éstas eran grabadas desde la cámara del computador sin que Yolanda se diera cuenta. Usted infiere que Carlos coleccionaba o compartía posteriormente todo este material con otras personas en internet. No obstante, la verdadera sorpresa surge cuando un video muestra a Carlos entrando al cuarto tambaleando, seguramente ebrio, acostándose en la cama y quedando dormido plácidamente. Posteriormente, Yolanda se abalanza sobre él con un cuchillo chuzándolo 5 veces en su pecho. Esto le permite establecer que Yolanda le ha mentado a usted y en realidad no asesinó a su esposo en legítima defensa, sino que, por el contrario, fue un asesinato premeditado.

Yolanda pasará al estrado en dos días. Usted tenía planeado realizar un interrogatorio tendiente a demostrar la versión de los hechos como ella se los había relatado; usted quería establecer que, al verse amenazada, Yolanda reaccionó en legítima defensa y desafortunadamente asesinó a su esposo.

Tras haber visto el video y sabiendo que Yolanda le ha mentado, responda las siguientes preguntas:

1. ¿Cree que es lícito permitir que su clienta suba al estrado y narre una versión contraria a la realidad? Justifique su respuesta.
2. ¿Cree que usted estaría colaborando en la construcción de esa mentira al realizar un interrogatorio que permita a su clienta decir mentiras? Justifique su respuesta.
3. ¿Cree que, con el fin de defender a personas culpables, las abogadas estamos autorizadas a mentir o a colaborar para que nuestras clientas mientan y obstaculicen la búsqueda de la verdad?
4. ¿En qué aspectos se asemejan y qué aspectos diferencian este caso del abogado colombiano sancionado?
5. Asuma como cierta la siguiente versión de los hechos:

La abogada de Yolanda le cuenta a ella que vio el video. No obstante, decide seguir adelante con el plan y llama a declarar a Yolanda, quien relata su versión de los hechos ante la jueza. Unos meses después, la opinión pública y la rama judicial se enteran de la existencia del video y de que su abogada tuvo acceso a él. ¿Cree que esta abogada debería ser sancionada de la misma forma que fue sancionado el abogado colombiano? Justifique su respuesta.



## Capítulo 4. La ética profesional del abogado penalista

<b>Competencias específicas</b>	<p>Conocer los argumentos comúnmente esgrimidos para defender a un criminal y para no hacerlo.</p> <p>Entender que la respuesta que se otorgue a esa pregunta depende en gran medida del contexto social y político donde el abogado se desempeñe.</p>		
<b>Indicadores de competencia del/la estudiante</b>	<p>Se apropia y comprende los argumentos esgrimidos a favor y en contra de la defensa de los culpables.</p> <p>Elabora argumentos propios.</p>		
<b>Actividades de enseñanza</b>	<p><b>Actividad 1</b></p> <p>Discusión grupal, a partir de preguntas y respuestas sobre si los estudiantes defenderían a una persona que saben que es culpable y las razones que justificarían su decisión.</p>	<p><b>Actividad 2</b></p> <p>El profesor detona un repaso del tema y solicita a sus estudiantes un ensayo de reflexión.</p> <p>Solicita que vean la película «La Raíz del Miedo».</p>	<p><b>Actividad 3</b></p> <p>Discusión grupal de un documental.</p>
<b>Técnicas didácticas</b>	Discusión grupal.	Análisis de video.	Discusión grupal.
<b>Evaluación formativa</b>	Registro de respuestas.	Otorga retroalimentación.	Registro de respuestas.
<b>Evaluación de aprendizaje</b>	Reporte colaborativo.	Ensayo.	Reporte colaborativo.

## ¿Hay casos éticamente indefendibles o deben los abogados defender los intereses jurídicos de todas las personas que soliciten sus servicios?

---

### Actividad de aprendizaje

#### Propósito

Comprender si es ético o no defender a una persona que ha confesado a su abogado ser culpable.

#### Técnica didáctica

Preguntas, respuestas y argumentación.

#### Dinámica

El docente, en su rol de facilitador, detona una discusión grupal en la que sus estudiantes dialoguen alrededor de las siguientes preguntas:

1. ¿Defendería a un violador de menores? Justifique su respuesta.
2. ¿Defendería a un político corrupto? Justifique su respuesta.
3. ¿Por qué estaría bien defender a una persona que sabemos que es culpable?
4. ¿Por qué estaría mal hacerlo?
5. ¿Cómo se defiende a una persona que se sabe que es culpable?
6. ¿Sería ético y lícito afirmar ante un juez que mi cliente no cometió un delito, cuando me confesó que lo hizo y además me mostró pruebas que lo demuestra fehacientemente?

## Introducción

El ejercicio del derecho penal es uno de los que más dificultades implica en términos morales y emocionales. Aunque algunos abogados nunca se lo hayan cuestionado, para las personas que no estudiaron Derecho, sigue siendo interesante e importante entender cómo es posible que una persona dedique sus esfuerzos profesionales (y su vida misma, pues al fin y al cabo nuestro oficio termina definiendo en gran parte quiénes somos) a defender a un violador de menores, a un narcotraficante que ha causado miles de muertes con su negocio o a un político corrupto que ha robado dinero público. ¿Cómo puede prestar un abogado su conocimiento técnico, su imagen y sus emociones, para liberar a una persona que es responsable del crimen que se le acusa? Esta pregunta debería ser relevante no sólo para los ciudadanos comunes, sino también para quienes ejercemos la abogacía. Ningún abogado (dedicado o no al derecho penal) debería ejercer sin haberse hecho esta pregunta por lo menos una vez en su vida.

Este tipo de cuestionamientos se hacen más agudos y relevantes para quienes trabajan como defensores de oficio, pues generalmente están obligados a representar al cliente que se les asigne, a menos que incurran en alguno de los impedimentos consagrados en los artículos 34 y 35 de la Ley Federal de Defensoría Pública. Es decir que, por más repulsión que un defensor público sienta por el crimen que cometió su cliente, está obligado a defenderlo. En cambio, los demás abogados pueden escoger qué causas llevar y cuáles no. Por ejemplo, en una entrevista contenida en el libro *Los Litigantes*<sup>11</sup>, el abogado Alonso Aguilar Zinser, señala que él no lleva delitos de índole sexual. En el mismo libro, Raúl F. Cárdenas Rioseco, afirma no llevar casos de narcotráfico (Nava Garcés, 2017).

Esta distinción entre los defensores públicos y los abogados que trabajan en el sector privado puede incentivar preguntas más grandes y complejas sobre la naturaleza de la profesión jurídica: ¿si la profesión jurídica, y los abogados que la integran, son un pilar fundamental para la correcta administración de justicia -un derecho fundamental-, es legítimo permitir que los abogados «objeten conciencia» frente a determinadas causas o clientes? ¿Cómo se garantiza un derecho fundamental si los abogados pueden objetar conciencia cuando les plazca? Si es cierto que la abogacía es simplemente un servicio profesional y no una empresa moral, donde un abogado respalda los fines que persigue su cliente ¿por qué algunos abogados deciden no llevar determinado tipo de casos y además el ordenamiento jurídico lo permite? ¿Es posible separar las convicciones personales de la causa que se representa legalmente? ¿Si no es así, qué tanto se respetan los derechos a una defensa técnica, cuando el acusado es representado por un defensor público que realmente no quiere defenderlo?

Uno de los objetivos de este capítulo es hacer un esfuerzo por responder cómo es posible defender a un culpable. Hay argumentos destinados a explicar por qué sí se debe defender con celo y diligencia los intereses del cliente, aún cuando *se sabe* culpable; otros irán en el sentido contrario. Así mismo, algunas reflexiones invitarán a pensar si la pregunta: ¿Cómo es posible que defiendas a un criminal? Debería cambiarse por: ¿Cómo es posible *que no* defiendas a un criminal?

Existen argumentos de orden jurídico que permiten entender por qué deberíamos defender personas acusadas de cometer un delito. No obstante, quedan preguntas pendientes, relativas a qué implica y qué requiere una defensa técnica: ¿Qué es lo mínimo que debo hacer por mi cliente? ¿Debo hacer lo mínimo o lo máximo? ¿Qué es lo máximo? Y cuando el abogado cuenta con pruebas fehacientes de que su cliente cometió el delito: ¿Saber que mi cliente cometió el acto del que se le acusa debe ser un factor relevante en su defensa, o no? Aunque no hay respuestas únicas o correctas para estas preguntas, a lo largo de este capítulo se sugerirán algunas posibilidades.

<sup>11</sup> Vale la pena resaltar que en un libro dedicado a entrevistar a «los grandes penalistas» de México no se incluye ni una sola mujer abogada. Nos resistimos a creer que en realidad no haya siquiera una sola abogada penalista reconocida. Creemos, por el contrario, que la discriminación de género, tan presente en la profesión jurídica, invisibiliza la presencia de las mujeres en la profesión y crea «barreras de cristal». Bajo premisas esencialistas, se asume que las mujeres tienen determinadas competencias que son más adecuadas para unas áreas del derecho (generalmente, derecho de familia, conciliación, derecho laboral) que para otras.

## Los argumentos para defender a un criminal

Los argumentos que los abogados dan cuando se les pregunta por qué estaría bien defender a un criminal pueden agruparse en dos categorías: los legales y los que apelan a la ética común. Empezaremos por los argumentos legales.

### Los argumentos legales

La respuesta desde el derecho es muy sencilla: existe la presunción de inocencia. Además, todas las personas tienen derecho a una defensa técnica de sus derechos.

La *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* señala en su artículo 20, literal B, numeral 1 y numeral 7 lo siguiente:

B. De los derechos de toda persona imputada

A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa

(...)

7. Tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera.

El derecho permite al abogado explicar a la ciudadanía que no se puede etiquetar a una persona como «criminal», sino hasta que un juez la declare penalmente responsable por el delito que se le acusa. Entonces, la pregunta es: «¿Cómo puede defender a un criminal que es responsable del delito que se le acusa?» Es un contrasentido, pues, en términos estrictamente jurídicos, una persona se convierte en criminal o responsable penal, única y exclusivamente cuando un juez así lo dicte, no cuando un abogado o la sociedad así lo considere. De acuerdo con esto, la pregunta debería ser reformulada: ¿Cómo puede usted representar a un presunto responsable de cometer un delito? La pregunta disminuye su carga semántica y la respuesta se torna más fácil dando distintas opciones como «Yo no sé si esa persona sea criminal o no, pues el juez no se ha pronunciado al respecto» o «Defiendo a un presunto responsable y no siento culpa de hacerlo, pues hasta el día de hoy esa persona es inocente».

Aunque es cierto que una persona sólo es responsable penalmente cuando un juez así lo decida, no es menos cierto que a veces los abogados saben que, efectivamente, su cliente es responsable del delito y deciden defenderla. Es decir, si bien la presunción de inocencia opera en un plano estrictamente jurídico, es posible que los abogados, en un plano íntimo, sepan que en realidad esto no es así.

Por otro lado, el abogado también puede señalar que defiende a un presunto responsable, porque la Constitución le otorga este derecho al acusado. Cuando alguien tiene un derecho, otra persona tiene un deber. En este sentido, el deber de los abogados es defender a los acusados. No es una facultad o una prerrogativa: la defensoría pública está llamada a defender los intereses jurídicos de la persona acusada. En este orden de ideas, cuando el abogado defiende al acusado dista de ser criticable; por el contrario, debería ser celebrado, pues está ayudando a materializar un derecho que asiste a todas las personas según dicta la Constitución.

## Los argumentos éticos

Por argumentos éticos me refiero a razones que resultan ser convincentes, no sólo para los intereses particulares de unos pocos, también para intereses generales y más amplios: argumentos con pretensión de universalidad. En este caso particular, un argumento con pretensión de universalidad que resulte convincente no sólo para la persona acusada (quien se beneficia con la defensa de su abogado) y el abogado (quien lucra a través de la defensa), sino para toda la comunidad. A continuación, expondremos los argumentos éticos comúnmente esgrimidos para señalar por qué estaría bien defender al presunto responsable de un delito o incluso a una persona cuyo abogado sabe que, efectivamente, es responsable del delito que se le acusa.

### **La defensa del presunto responsable es, de manera indirecta, la defensa de las personas realmente inocentes**

Desafortunadamente, en algunos casos, personas que no son responsables de un delito son acusadas penalmente. Evidentemente, estas personas son defendidas en su caso individual por un abogado que hace todo lo posible por demostrar su inocencia. Si su abogado hace bien su trabajo es probable que la persona no tenga problema alguno. No obstante, este argumento ético sostiene que las personas inocentes no se benefician única y exclusivamente de la labor de su defensor, también de cuánto se exija al ente acusador durante los casos penales. Cuando al ente acusador se le pone a prueba, de manera intensa; cuando se le exige constantemente que demuestre, más allá de toda duda razonable, la responsabilidad de la persona acusada (ya sea realmente inocente o sea culpable); se protegen los derechos no sólo de los culpables sino de los inocentes. Entre más alta pongamos la vara para el ente acusador, más protegidos estarán los derechos de todas las personas.

### **La defensa de personas «criminales» es la defensa más intensa de las garantías judiciales**

Este argumento se asemeja al anterior, pero enfatiza la naturaleza del acusado. Cuando una persona odiada y vilipendiada por la sociedad entra al proceso judicial (el típico caso de un violador de niños), el ente acusador siente mayor necesidad de responder a la presión pública y de *ganar el caso*. En estas circunstancias es más probable que los fiscales se vean tentados a acudir a trampas, artimañas o atajos para lograr su objetivo. Es precisamente en estos casos, cuando los abogados defensores deben esforzarse más en la defensa de su cliente, aunque sea considerado por la sociedad como una persona peligrosa. Es en estos casos, cuando el abogado defensor conduce a la fiscalía a respetar el debido proceso, no sólo para el caso individual bajo estudio, sino de manera general.

### **La defensa de los peores criminales les enseña algo**

Hay abogados penalistas, quienes sostienen que defender a un acusado puede traer implícitamente una lección valiosa para el acusado. Esta lección consiste en demostrarle que la sociedad es respetuosa, incluso con sus derechos, a pesar de la gravedad de los crímenes que haya cometido. Se supone que esta demostración de respeto a los derechos del acusado, tanto por parte de su defensor, como por el ente acusador, hará que éste tome conciencia de su propia dignidad humana y, por consiguiente, de la de los demás. Es importante señalar que este es un argumento hipotético y no conocemos estudios psicológicos que demuestren empíricamente su validez.

## **La función social del proceso judicial y del abogado defensor: «Alguien tiene que hacerlo»**

Para que un sistema judicial funcione de manera adecuada es necesario asignarle un abogado a la persona acusada. Sin representación judicial el proceso pierde legitimidad y pone en riesgo la obediencia que la gente exhibe frente a las decisiones judiciales. De acuerdo con esto, cuando el abogado defiende a una persona acusada (y tal vez culpable), no solo beneficia a esa persona, sino a toda la sociedad, de lo contrario, no habría proceso judicial legítimo. En términos crudos -y tal vez cínicos-, este argumento sostiene que necesitamos abogados defensores no solo para defender a los acusados sino, también para lo contrario, para sentenciarlos.

### **Los victimarios como víctimas**

Algunos abogados argumentan que las personas acusadas en los procesos penales son víctimas de grandes injusticias sociales. Las personas terminan delinquiriendo, no porque realmente quieran hacerlo, sino porque no encuentran alternativa distinta para sobrevivir y ganarse la vida. Son víctimas del estado de las cosas, pues no tienen educación, ni oportunidades laborales y además son víctimas de una discriminación estructural. El proceso penal por el que atraviesan se convierte en una victimización, pues los entes acusatorios (e incluso sus mismos defensores públicos) terminan violentando sus derechos. De esta forma, los abogados penalistas que defienden a estas personas en realidad conciben su labor, no como una simple defensa técnica, sino como un activismo político, pues además de defender la causa individual de su cliente, tratan de denunciar las circunstancias que empujaron a su cliente hacia la criminalidad.

### **La violencia del derecho penal y la baja calidad de la defensoría pública**

Algunos abogados justifican la defensa de sus clientes (culpables o no), señalando que las penas contempladas por el derecho penal, en algunos casos, pueden ser excesivas para el delito cometido. Además, el sistema penitenciario no cumple ninguna función social valiosa ni rehabilita a las personas sentenciadas; por el contrario, sus condiciones de hacinamiento y violencia imperantes hacen que sean más propensos a reincidir en la criminalidad. En ese orden de ideas, los abogados argumentan que más allá de la responsabilidad penal de su representado, es sumamente injusto y violatorio de sus derechos humanos permitir que sufran las consecuencias de un sistema penal violento e injusto. Dentro de esta categoría algunos abogados afirman que, aunque en principio no se sienten cómodos defendiendo a personas que parecen ser culpables, lo hacen porque el sistema de defensoría pública es tan malo que la representación otorgada por un defensor público es una simple formalidad que hace nugatorio el derecho constitucional a una defensa técnica. En pocas palabras, estas personas sostienen que no solo defienden a «la persona» sino a la misma Constitución que les ha otorgado ese derecho.

## ¿Qué tanto saben los abogados sobre los casos y qué tanto deberían saber para defender a sus clientes adecuadamente?

---

### Actividad de aprendizaje

#### Propósito

Reflexionar sobre el grado de conocimiento que los abogados alcanzan con respecto a los casos de sus clientes.

#### Herramienta/Recurso

Película *La Raíz del Miedo*.

#### Técnica

Círculo de reflexión.

#### Dinámica

El docente solicita a sus estudiantes que vean en casa la película «La Raíz del Miedo» y desarrollen una reflexión corta, de máximo 700 palabras, tratando de responder a la siguiente pregunta: ¿Es conveniente para los derechos del acusado que su abogado conozca toda la verdad de lo ocurrido para que pueda darles una mejor defensa? En la siguiente clase los estudiantes socializarán su reflexión con el grupo.

## Marco teórico

Todos los argumentos éticos expuestos anteriormente están sustentados a partir de una premisa: la persona acusada es realmente culpable. Unos argumentos son de tipo instrumentalista y otros apelan a la dignidad humana.

Los argumentos instrumentalistas siguen la siguiente lógica: si bien es cierto que puede haber un costo social en defender a un criminal (ese costo puede ser dejarlo en libertad, a pesar de que sea realmente el responsable del delito), se consideran mayores los beneficios sociales que se obtienen por defenderlo. Esto se concreta en el refrán que dice «prefiero cien culpables libres que un inocente preso».

Los argumentos que apelan a la dignidad humana de la persona acusada sospechan o temen de los cálculos utilitaristas. A este tipo de argumentos no les interesa la satisfacción del mayor número de intereses, sino la protección de los derechos individuales del acusado, aún cuando esto pueda reportar un costo social alto.

Más allá del interés que pueda suscitar la ética normativa a la que apelan estos argumentos -si al utilitarismo, al derecho natural o a la deontología-, es interesante que todos comparten los siguientes supuestos de hecho:

1. El abogado sabe que su cliente es realmente culpable y aun así decide defenderlo.
2. Acepta que la defensa del que se sabe que es culpable es en todo caso un costo social.
3. Se acepta dicho costo social, ya sea por una lógica utilitarista o por la convicción social de que independientemente de los beneficios o costos sociales, todas las personas tienen derecho a ser asistidas por un abogado defensor.

No obstante, vale la pena hacer el esfuerzo de desmontar el primer supuesto de hecho: ¿Saben los abogados *realmente* si su cliente realizó los hechos de los que se le acusan o no? ¿Deberían saberlo para hacer su defensa o basta simplemente con refutar el caso de la fiscalía sin preguntar al cliente la verdad de lo ocurrido?

En primera instancia, lo lógico sería asumir que los abogados, al entrevistarse con sus clientes, les piden que les cuenten la versión de los hechos de manera completa, pues se asume que esto es fundamental para llevar la defensa de una manera competente. Además, la lógica que sostiene la figura del secreto profesional es precisamente facilitar el flujo de información del cliente al abogado, bajo la garantía de que ésta no será revelada a las autoridades ni a terceros. Además, el artículo 117 del Código Nacional de Procedimientos Penales señala en su numeral I que es una obligación del Defensor “Entrevistar al imputado para conocer directamente su versión de los hechos que motivan la investigación, a fin de ofrecer los datos y medios de prueba pertinentes que sean necesarios para llevar a cabo una adecuada defensa.”

Si bien esto es lo que ordena la Ley, la práctica puede ser diferente. Trabajos como los de Mann (1988) sobre la defensa judicial de los criminales de cuello blanco sugieren que, muchas veces los clientes se abstienen de revelar cierta información a sus abogados, pues (dada su interacción constante y su experiencia con el ordenamiento jurídico) saben que hay determinada información que (al menos en la regulación estadounidense) no está amparada por el *Attorney Client Privilege* (una especie de secreto profesional contenida dentro del género más amplio del «Deber de Confidencialidad» existente en la relación abogado-cliente). De esta forma muchas veces los abogados no saben toda la información del caso porque su cliente omite revelarla en su totalidad.



Por otro lado, el mismo ordenamiento jurídico establece incentivos para que los abogados no indaguen la totalidad de los hechos acaecidos (es decir, establece incentivos contrarios a los que promueve el secreto profesional). Por ejemplo, el Código Penal Federal Mexicano tipifica como delictiva la actuación de un abogado que alega, a sabiendas, hechos falsos. Esto implica que, siempre y cuando el abogado desconozca si un hecho es falso o no, podrá alegarlo en defensa de su cliente. Una vez conozca lo que realmente ocurrió (sea por que su cliente le informó o por que se enteró de otra forma), el abogado no podrá rendir una versión de los hechos distinta a la realmente ocurrida. Claramente, esta disposición parece ir en contravía del fin perseguido por el secreto profesional (recibir la mayor cantidad de información), pues esto significa disminuir el abanico de defensas que pueda utilizar. Por ejemplo, si su cliente le confesó que realmente había asesinado a una persona, su abogado ya no podría afirmar que fue otro el asesino de esa persona. A lo sumo, podría basar su defensa en aspectos procesales, la convicción probatoria exhibida por la fiscalía o la tipificación y antijuridicidad del delito. Según esto, pueden existir razones de fondo para que no quiera entrevistar a fondo a su cliente. Además, no se puede perder de vista la posibilidad de que hubiera casos donde el cliente rinda una versión sumamente completa de los hechos, pero esté mintiendo por alguna razón (para atribuirse a sí misma el delito y así salvar a un familiar o a un superior jerárquico, por ejemplo). Con esta posibilidad en mente, podría afirmarse que incluso cuando entrevistan a fondo a su cliente no se puede asegurar que esa versión sea «la verdad»; es simplemente la versión de los hechos que su cliente narra.

Lo anterior sugiere que no es necesariamente cierto o evidente que los abogados estén interesados en conocer la totalidad de los hechos de sus clientes. Además, el estudio de Mann da sustento empírico a esta hipótesis, al menos en el caso de los criminales de cuello blanco<sup>12</sup>. En términos descriptivos podemos aventurarnos a decir, entonces, que los abogados no conocen a fondo la verdad de lo que hicieron sus clientes. Ahora se hace relevante la pregunta en términos normativos: ¿Deberían saber los abogados la totalidad sobre lo ocurrido? Esta es una pregunta muy difícil de contestar y no intentaremos dar una respuesta definitiva en este texto. Simplemente quisiéramos señalar las posibles respuestas a ella.

Por un lado, podríamos afirmar que una buena defensa exige conocer a fondo el caso y la verdad sobre lo ocurrido. Es cierto que el cliente puede mentir, pero si nos tomamos en serio este compromiso de tratar de conocer la verdad de lo ocurrido, lo mínimo en términos de responsabilidad profesional, sería entrevistar a profundidad y asegurarle que la figura del secreto profesional (con las excepciones que ella misma consagra) garantiza que la información revelada al abogado no será usada en su contra. La premisa que justifica que se conozca la verdad y que el abogado cuente con la mayor cantidad de información posible, es el desconocimiento del derecho por parte del cliente, pues puede haber información crucial que cambie el curso de un proceso penal, como cuando una persona confiesa a su abogado que efectivamente cometió un homicidio, pero lo hizo en legítima defensa (piénsese en las consecuencias que puede traer no conocer esa información para la defensa penal del acusado).

Por otro lado, y así suene contraintuitivo, también puede haber buenas razones que justifiquen no conocer la verdad de todo lo ocurrido, con el único fin de defender de mejor forma al cliente. Si aceptamos que una actuación legítima del abogado penalista es sugerir una versión alternativa de los hechos y no, simplemente, limitarse a refutar la del ente acusador. Es claro entonces que el abanico de posibilidades se va cerrando a medida que el cliente revela más y más información a su abogada pues, como señalé anteriormente, el Código Penal Federal castiga alegar hechos falsos a sabiendas.

<sup>12</sup> Aunque esto podría extenderse a cualquier demandante o demandado frecuente que tenga suficientemente interacción con el derecho y los abogados y además sepa qué información es conveniente transmitir y cuál no. En esta categoría entrarían por ejemplo las corporaciones y el Estado.

El argumento anterior está atado a un factor psicológico que puede ser importante, aunque varía de persona a persona: la calidad de la defensa, por parte del abogado, podría disminuir una vez que su cliente le confiese que es realmente responsable del delito que se le acusa (Anzola, 2017; Bandes, 2006). Si el abogado no puede tener una empatía selectiva, hacia la necesidad de su cliente, pero no empatizando con las víctimas o potenciales víctimas que pudieran ser afectadas por futuros actos delictivos de su defendido. Es posible que la parcialidad que el abogado debe exhibir en la defensa de los intereses de su cliente se vea diezmada y se afecte, en general, la función que está llamada a servir el proceso penal. Por ejemplo, en Estados Unidos, un defensor público que tenía a cargo la defensa de una persona acusada por un delito que contemplaba la pena máxima (de muerte) decidió dejar que vencieran los términos procesales y no apelar una decisión, pues estaba convencido de que su cliente era responsable de los hechos y por ello, decidió que lo justo era que se aplicara la pena capital (Rimer, 2000).



### Sugerencia de lectura

Este interesante texto de Paul Bloom (2018) cuestiona la virtud de la empatía: *Against empathy: The Case for Rational Compassion*

## ¿Por qué estaría mal defender a personas que nos confiesen ser penalmente responsables?

De acuerdo con el capítulo anterior, puede haber casos en los que el cliente mienta sobre el caso y, por ende, existe la posibilidad de que los abogados no podamos estar seguros de conocer la verdad. En todo caso, y con el fin de revisar las críticas comúnmente hechas a los abogados que defienden a capa y espada a criminales, sabiendo que lo son (por ejemplo, sin limitarse a que se les respete el debido proceso), asumiremos en las siguientes líneas que los abogados sí pueden conocer la verdad, pues sus clientes se la transmiten para tener una mejor defensa y lo hacen con plena tranquilidad dada la existencia del secreto profesional.

Simon (1993) argumenta sobre la premisa común según la cual «determinar la culpabilidad de las personas es una tarea que incumbe única y exclusivamente a los jueces y no a los abogados», es cierta solo si los jueces realmente cuentan con toda la información relevante para decidir el caso y buscar justicia material. Cuando un abogado sabe que su cliente está diciendo cosas que son falsas y además, lo ayuda, no tiene sentido afirmar que la responsabilidad es exclusiva de los jueces, pues la complicidad de su abogado hace que el juez no pueda fallar conociendo todos los hechos relevantes. En este sentido, es posible afirmar que Simon estaría de acuerdo si la forma en la que los abogados practican el derecho fuera una tendiente a compartir la información relevante con el juez y no, a esconderla o abstenerse de revelarla.

De manera similar Subin (1987) argumenta que si bien no está mal defender personas culpables, sí hay formas correctas de hacerlo. Para él, por ejemplo, es legítimo atacar una acusación resaltando todas sus debilidades, pero es ilegítimo tratar de confundir al juez a través de falsedades.

Frente a los argumentos que sostienen que la defensa de criminales es legítima, pues éstos son víctimas de una violencia estructural más grande (o pueden serlo en el sistema penal donde la defensoría pública no es de calidad o en las cárceles donde las condiciones de habitabilidad son pésimas), si bien los críticos reconocen la existencia y la gravedad de la violencia estructural, señalan que no puede hacerse a costa de los derechos de las víctimas. La violencia estructural, la mala calidad de la defensoría pública y la crisis carcelaria son asuntos urgentes que deben ser atendidos, pero que no pueden ser utilizados por los abogados para justificar la defensa celosa y «tramposa» de personas que son penalmente responsables de los hechos que se les acusan (Rhode & Luban, 2009).



### Sugerencia de película

Aunque está lejos de representar realísticamente la relación entre una abogada y su defendida, *Contratiempo* (Paulo Oriol, 2017) ilustra un ejemplo de la desconfianza que surge entre las dos y el rol que la mentira puede jugar en dicha relación.

## ¿Por qué *no* defender a un culpable? Un cambio en los términos del debate

### Actividad de aprendizaje

#### Propósito

Reformular la pregunta sobre si es ético o no, defender a personas culpables cuando los sistemas de control social son abiertamente injustos y discriminatorios.

#### Herramienta/Recurso

Documental *Enmienda XIII*.

#### Técnica

Círculo de reflexión.

#### Dinámica

El profesor solicita a sus estudiantes que vean el documental *Enmienda XIII* y anoten los datos que consideren importantes para la discusión en clase. En la siguiente clase fomentará una discusión grupal en la que la pregunta central sea ¿Es ético emplear cualquier tipo de artimaña (legal o no) para defender a mi cliente, cuando sé que el sistema que lo juzga es abiertamente injusto? ¿Debemos los abogados romper reglas de la ética profesional si sabemos que el sistema de control social (en este caso específico el aparato judicial) es discriminatorio? En la siguiente clase los estudiantes socializarán con el resto de grupo sus reflexiones individuales.

Desafortunadamente, en algunos contextos puede ocurrir que, dada la baja calidad de las defensorías públicas y el afán de los jueces y fiscales por satisfacer índices de productividad, el sistema penal empiece a operar menos como un sistema judicial y más como un sistema burocrático, donde prime la tramitación expedita de casos y no la calidad de los argumentos y pruebas de cada caso individual. En estas situaciones, la persona acusada se vuelve un simple estorbo para la máquina estatal que requiere demostrar su *eficacia* ante los órganos de poder. La defensa de los derechos cede ante la presión de los indicadores de gestión. Los defensores públicos prefieren dirigir sus esfuerzos a convencer al cliente de que su única opción es llegar a un acuerdo con el ente acusador para obtener una pena más baja y ahorrarse un juicio dispendioso y emocionalmente costoso.

Tal vez debido a los mensajes que transmite la cultura popular, a través de series y películas de abogados, tendemos a pensar que todos los acusados son personas malvadas que quieren abusar de su poder para satisfacer intereses personales. En el imaginario colectivo, el acusado tiende a ser un mafioso, un narcotraficante, un político corrupto, un esposo violento y machista o una corporación poderosa.

Si bien estos casos existen, no podemos olvidar que un sistema penal tramita muchos casos de personas pobres que acudieron al delito como última opción o que, de una u otra forma, fueron explotados por alguna persona con más poder y terminaron cayendo en redes delincuenciales y aprendieron a ganarse la vida en la ilegalidad. Si este perfil del acusado corresponde al grueso del sistema penal y además, la defensoría pública no tiene incentivos para defenderlos, por lo que no hay disposición de hacer su trabajo bien; lo correcto no sería reformular la pregunta y ponerla de cabeza: ¿Por qué no defender a personas culpables?

## Evaluación

Reflexión corta de máximo 800 palabras, donde cada estudiante conteste, de manera individual, si defendería a una persona culpable, justificando su respuesta.



## Capítulo 5. El secreto profesional

Competencias específicas	Comprender la tensión estructural entre los valores de confidencialidad y lealtad hacia la clientela, la protección a los intereses de terceros y la colaboración con la administración de justicia.
Indicadores de competencia del/la estudiante	Demuestra familiarización con los argumentos a favor y en contra de una regulación estricta del secreto profesional.  Distingue los conceptos de Deber Profesional de Confidencialidad; <i>Attorney Client Privilege</i> y <i>Work Product Doctrine</i> .
Actividades de enseñanza	<b>Actividad 1</b>  A partir de un caso, la profesora plantea la importancia de la confidencialidad y lealtad al cliente.  <b>Actividad 2</b>  La profesora explica la distinción entre los conceptos: Deber Profesional de Confidencialidad; <i>Attorney Client Privilege</i> y <i>Work Product Doctrine</i> .
Técnicas didácticas	Método de caso.
Evaluación formativa	Registro de respuestas.
Evaluación de aprendizaje	Solución de caso hipotético.

## Actividad introductoria

### Propósitos

1. Reflexionar por qué sería necesario o conveniente el secreto profesional en la relación abogada-clienta.
2. Reconocer cuáles podrían ser las ventajas y desventajas de establecer el deber estricto de guardar el secreto profesional, con pocas o ninguna excepción que permita su revelación.

### Herramienta

Texto de un caso hipotético.

### Técnica

Discusión de grupo.

### Dinámica

1. Solicite a sus estudiantes que se organicen en grupos de 6 personas.
2. Imprima o proyecte el caso a continuación y pídale que lo lean.
3. Formule las siguientes preguntas para que las respondan en grupos y permita que discutan por espacio de 8 minutos.
  - » ¿Considera que el daño que sufrió Logan es injusto? Justifiquen su respuesta.
  - » ¿Por qué creen que, a pesar de frecuentes injusticias como esta, se considera que el secreto profesional es necesario en la relación abogado - cliente?
  - » ¿Qué beneficios trae el secreto profesional? ¿Para quién?
  - » ¿Qué costos trae el secreto profesional? ¿Para quién?
  - » ¿Qué valores morales en tensión encuentran en este caso?
4. Pida a cada grupo que socialice sus respuestas con el resto de la clase.

El siguiente caso está basado en hechos reales y fue tomado de *Professional Responsibility: Examples & Explanations* (Wendel, W.B., 2014).





## Caso real

Un guardia de seguridad fue asesinado y otro gravemente herido, durante un robo a un almacén en la ciudad de Chicago. El guardia que sobrevivió identificó a dos hombres, Logan y Hope, como los responsables del robo y el homicidio.

Una semana después, un hombre llamado Wilson fue arrestado por otro crimen: el asesinato de dos policías también en la ciudad de Chicago.

Hope se enteró, a través de algunas personas que estaban en la cárcel con él sobre el arresto de Wilson y le informó a su abogado que él había cometido el robo con Wilson, no con Logan. Los abogados de Hope le pasaron esta información a los abogados de Wilson, quienes fueron a visitarlo a la cárcel.

Wilson confesó a sus abogados que, efectivamente, él había cometido el robo con Hope y que Logan era completamente inocente. Wilson se negó a hacer una declaración a la policía, pero los abogados elaboraron un *affidavit* (una declaración jurada consignada por escrito), donde Wilson contaba la realidad de lo ocurrido. Dicho *Affidavit* fue guardado por los abogados en una caja fuerte.

Mientras tanto, y sin saber que Wilson había aceptado su responsabilidad por la muerte del policía a sus abogados, los fiscales acusaron a Logan y Hope por el asesinato del guardia. Basándose en el testimonio del guardia que sobrevivió ambos fueron condenados a largos años de prisión.

En otro juicio, Wilson fue condenado por el asesinato de dos policías y fue sentenciado a dos cadenas perpetuas.

Los abogados de Wilson se vieron obligados a guardar el secreto revelado por su cliente, pues las reglas que rigen la conducta de los abogados en su jurisdicción señalan que sólo podrá revelarse si el cliente accediese a ello o si el abogado lo considera necesario para prevenir la muerte de un tercero o la comisión de un ataque que afecte gravemente la integridad física de un tercero.

En razón a lo anterior, Logan pagó 26 años de cárcel por un crimen que él no cometió. Los únicos que podrían haber hecho algo al respecto, eran los abogados de Wilson (y el mismo Wilson), no obstante, la regla del secreto profesional no les permitió hacerlo.



Para consultar información más completa sobre este caso, vea la nota periodística «After 26 years, 2 lawyers reveal killer's secret» en *Deseret News*:

<https://www.deseretnews.com/article/695269905/After-26-years-2-lawyers-reveal-killers-secret.html>

## Introducción

El secreto profesional es una de las principales instituciones jurídicas dentro de la ética profesional, no sólo de las abogadas, sino también de médicas, psicólogas, periodistas y sacerdotes. Es decir, personas a las que uno acude ante situaciones complicadas y, casi siempre, cuando hay un grave problema de por medio. Todos los códigos de ética profesional de la abogacía comprenden esta figura y, generalmente, la forma en que lo regulan es similar, salvo algunas variaciones que podrían tener efectos muy importantes en la práctica.

El secreto profesional es, tal vez, una de las figuras más antiguas de la ética profesional y, por ende, una de las más afianzadas en la práctica jurídica. Parece tan natural el deber de guardar el secreto profesional que pocas veces paramos a reflexionar sobre lo que está en juego. Este capítulo es una invitación a tomar una pausa para «desestabilizar» la naturalidad con que se asume este deber, a profundizar sobre lo que implica y cómo podría regularse de otra forma.

Los procesos judiciales persiguen la verdad e, idealmente, la justicia, no sólo formal o procedimental, sino material. Sean estos procesos civiles, penales o administrativos, surgen por una disputa sobre hechos ya ocurridos, dando origen a un conflicto social que, en algunos casos se judicializa y se convierte en una disputa jurídica. Gran parte del proceso está comprometido con develar que realmente ocurrió (quién asesinó a la persona, quién fue poco cauteloso en el manejo de un vehículo, quién asumió una obligación, cuándo la asumió, etc.). Para este fin, el proceso judicial comprende una etapa probatoria y a través de distintos medios, las partes intentan reconstruir lo ocurrido. Con base en dicha reconstrucción, la jueza administra justicia cuadrando lo que ocurrió y la consecuencia jurídica que el derecho ordena, cuando se da dicho supuesto de hecho.

En un contexto donde la verdad y justicia están íntimamente relacionados parece contradictorio aceptar la existencia de secretos y peor aún, obligar a las abogadas a guardarlos a toda costa: ¿cómo podemos llegar a la verdad cuando hay secretos de por medio? ¿No son los secretos un obstáculo a la verdad? Evidentemente aceptar que existan secretos en medio de un proceso judicial dificulta llegar a la verdad, pero como lo mencionamos en una de las sesiones anteriores, la verdad no es el único fin que persigue un proceso judicial, de ahí que la mayor parte de sistemas jurídicos contemporáneos no acepten la confesión obtenida a través de torturas o la interceptación ilegal de comunicaciones.

Como se explicará más adelante, el deber de guardar secreto profesional cumple una función importante en el acceso a la justicia y el derecho a una defensa técnica. El secreto profesional no es sólo una institución jurídica destinada a proteger los intereses particulares de las abogadas y su bienestar económico; encuentra una justificación que apela a intereses amplios, universales y que, presumiblemente, son convincentes. El secreto profesional resulta ser ético, no sólo a la luz de las abogadas y sus clientas, sino a la luz de la sociedad en general pues los beneficios son para toda ella.

No obstante, los beneficios que trae el secreto profesional deben ser sopesados y valorados contra los costos implícitos en el abuso o uso descuidado de esta figura o, incluso, una valoración excesiva del acceso a la justicia y la defensa técnica por encima de otros valores jurídicos igualmente importantes, como la consecución de la verdad, la obtención de justicia material o la prevención de crímenes futuros.

Como se mencionó anteriormente, el objetivo de este capítulo es revelar esa tensión estructural que yace en el secreto profesional y mostrar cómo se manifiesta en distintas normas del ordenamiento jurídico.

## ¿Qué es el secreto profesional? Una *primera* definición básica y tentativa

La profesión jurídica mexicana no es regulada por un Código de Ética profesional vinculante; es decir, no hay una Ley de la República aplicable a todas las abogadas mexicanas. No obstante, existen normas jurídicas ubicadas en distintos campos del Derecho, como el Derecho civil, penal y procesal, que terminan supliendo la ausencia de un Código de Ética profesional<sup>13</sup>. Algunas de estas normas hacen referencia a la figura del secreto profesional. Otras hacen referencia a la obligación de confidencialidad que tienen las abogadas frente a las confidencias e información que reciben de sus clientas. Otras normas, aunque no se refieren de manera directa al secreto profesional, se relacionan de manera crucial con él, ya sea para ratificar su importancia o para problematizar su aplicación. Si bien existen normas jurídicas que establecen la obligación de guardar el secreto profesional, ninguna de ellas define de manera precisa qué es y qué comprende dicha figura.

Por un lado, el *Código Civil Federal* señala:

**Artículo 2590.** El procurador o abogado que revele a la parte contraria los secretos de su poderdante o cliente, o le suministre documentos o datos que lo perjudiquen, será responsable de todos los daños y perjuicios, quedando, además, sujeto a lo que para estos casos dispone el Código Penal

Por su parte el *Código Penal Federal*, en los artículos 210 y 211, tipifica el delito de «Revelación de Secretos» de la siguiente manera:

**Artículo 210.** Se impondrán de treinta a doscientas jornadas de trabajo en favor de la comunidad, al que, sin justa causa, con perjuicio de alguien y sin consentimiento del que pueda resultar perjudicado, revele algún secreto o comunicación reservada que conoce o ha recibido con motivo de su empleo, cargo o puesto.

**Artículo 211.** La sanción será de uno a cinco años, multa de cincuenta a quinientos pesos y suspensión de profesión en su caso, de dos meses a un año, cuando la revelación punible sea hecha por persona que presta servicios profesionales o técnicos o por funcionario o empleado público o cuando el secreto revelado o publicado sea de carácter industrial.

Por último, el *Código Nacional de Procedimientos Penales* contempla el deber de guardar secreto para distintas personas, dentro de ellas, las abogadas:

### **Artículo 362. Deber de guardar secreto**

Es inadmisibles el testimonio de personas que, respecto del objeto de su declaración, tengan el deber de guardar secreto con motivo del conocimiento que tengan de los hechos en razón del oficio o profesión, tales como ministros religiosos, abogados, visitadores de derechos humanos, médicos, psicólogos, farmacéuticos y enfermeros, así como los funcionarios públicos sobre información que no es susceptible de divulgación según las leyes de la materia. No obstante, estas personas no podrán negar su testimonio cuando sean liberadas por el interesado del deber de guardar secreto.

En caso de ser citadas, deberán comparecer y explicar el motivo del cual surge la obligación de guardar secreto y de abstenerse de declarar.

<sup>13</sup> Creemos que el hecho de que existan normas que regulan la actuación de los/las abogadas dispersas a lo largo y ancho del ordenamiento jurídico, no implica que la profesión jurídica mexicana no debiera tener una reflexión seria y profunda sobre la conveniencia de contar con un código de ética profesional unificado, así como con una institución encargada de aplicarlo.

Todas estas disposiciones dan a entender que hay información contenida en documentos, que la abogada no puede ni debe transmitir a la contraparte ni a terceros. Incluso, el secreto profesional exime a la abogada de rendir testimonio en asuntos relacionados con los negocios de sus clientas, ex clientas o alguna persona *interesada* en dicho secreto. Sin embargo, no es del todo claro qué tipo de información, documentos y datos quedan cubiertos por el secreto profesional. Es claro que existe una obligación jurídica de no revelar un secreto, pero no es del todo claro qué es eso que no se puede revelar.

Para tratar de suplir la carencia de una definición precisa y limitada, podemos acudir a otras fuentes relevantes que pueden dar luces sobre cuál es la naturaleza del secreto profesional.

En la legislación colombiana existe un *Código Disciplinario del Abogado*, el cual es vinculante jurídicamente para las abogadas colombianas y señala lo siguiente:

Constituyen faltas de lealtad con el cliente

Revelar o utilizar los secretos que le haya confiado el cliente, aun en virtud de requerimiento de autoridad, a menos que haya recibido autorización escrita de aquel, o que tenga necesidad de hacer revelaciones para evitar la comisión de un delito;

Las reglas modelo proferidas por la *American Bar Association* guían los códigos de ética de las distintas jurisdicciones que existen en Estados Unidos y con respecto al secreto profesional, señalan lo siguiente<sup>14</sup>:

- a) El abogado no debe revelar información relativa a la representación de su cliente, a menos que el cliente otorgue un consentimiento informado, la revelación esté implícitamente autorizada con el fin de llevar a cabo la representación de los intereses del cliente o la revelación esté permitida por lo señalado en el párrafo (b).
- b) El abogado podrá revelar información relativa a la representación del cliente hasta el punto donde éste lo considere necesario para
  1. Prevenir de manera razonable la muerte o la afectación a la integridad física de una persona;
  2. Prevenir al cliente de cometer un crimen o un fraude que razonablemente pueda resultar en una afectación grave a los intereses financieros o la propiedad privada de un tercero y en los cuáles el cliente ha usado o está usando los servicios del abogado;
  3. Prevenir, mitigar o rectificar afectaciones importantes a los intereses financieros o propiedad privada de un tercero que puedan ocurrir o hayan ocurrido por la comisión de un fraude o crimen de parte del cliente y en los cuáles éste haya usado los servicios del abogado;
  4. Para recibir asesoría jurídica respecto del cumplimiento de estas reglas por parte del abogado;



Para consultar el texto original, visite la página web de *American Bar Association* en:

[https://www.americanbar.org/groups/professional\\_responsibility/publications/model\\_rules\\_of\\_professional\\_conduct/rule\\_1\\_6\\_confidentiality\\_of\\_information.html](https://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct/rule_1_6_confidentiality_of_information.html)

<sup>14</sup> Traducción del autor.

5. Para establecer un reclamo o una defensa por parte del abogado en caso de una controversia entre el abogado y el cliente, para establecer una defensa a en una denuncia penal o demanda civil contra el abogado basada en alguna conducta en la cual el cliente haya participado, o para responder a acusaciones en cualquier tipo de procedimiento relacionado con la representación de los intereses del cliente;
  6. Para cumplir con el derecho o con una orden judicial;
  7. Para detectar y resolver conflictos de interés que surjan de un cambio de empleador por parte del abogado o por cambios en la composición accionaria de un despacho jurídico, pero sólo si la información revelada no comprometiera el «privilegio abogado-cliente» [Attorney-client privilege] o afectara al cliente.
- c) El abogado debe hacer esfuerzos razonables para prevenir la revelación accidental de información, prevenir la revelación no autorizada o el acceso no a autorizado a información relacionada con la representación del cliente.

En todas estas regulaciones podemos encontrar algunos puntos en común, pero también hay diferencias importantes. Por ahora nos interesa centrarnos en las características comunes, a fin de tener una definición general sobre lo qué es el secreto profesional. Más adelante, una sección estará dedicada a resaltar esas diferencias, pues, por pequeñas que parezcan, tienen importantes repercusiones en la práctica.

A grandes rasgos, el secreto profesional parece comprender los secretos y/o información que la clienta transmite a su abogada. En algunas regulaciones, estos secretos y/o información no pueden ser revelados por la abogada, salvo excepciones, con el fin de evitar la comisión de un delito o un fraude. Una característica común en los códigos de ética de la abogacía es que la información sobre delitos ya cometidos no puede ser revelada en ninguna circunstancia. Es importante señalar que ninguna de las normas jurídicas vinculantes para las abogadas mexicanas (Código Civil, Código Penal, Código Federal de Procedimientos Civiles, Código Federal de Procedimientos Penales y Código Nacional de Procedimientos Penales) parece comprender expresamente esa excepción al secreto profesional. No obstante, como explicaremos más adelante, existen normas y principios jurídicos que invitan a pensar que el deber de guardar el secreto profesional no debería ser absoluto.

Más adelante, y con el propósito de enriquecer el debate respecto al secreto profesional de las abogadas, ahondaremos en detalles que pueden ser relevantes para la definición del secreto profesional. Por ahora, con esta definición general, nos interesa pasar a entender qué argumentos se han esgrimido para justificar la existencia del secreto profesional y las pocas excepciones contempladas para su revelación.

## ¿Por qué las abogadas deberían guardar secretos?

Esta pregunta se hace sumamente pertinente cuando conocemos casos como el que se incluye al comienzo de este capítulo y *el caso de los Cuerpos Enterrados* del primer capítulo de este libro. La sensación que queda después de leer estos casos es que una regulación muy estricta y con pocas -o ninguna- excepciones, que contemplen la posibilidad de revelar información confidencial, podría llevar a resultados abiertamente injustos y desastrosos, donde los intereses de terceros y de la comunidad en general pueden verse afectados.

Es difícil saber si existen muchos más casos con resultados desastrosos como esos. Circunstancias particulares nos permitieron enterarnos de lo ocurrido y por ello, sabemos que el apego estricto al secreto profesional, en estos dos casos, fue nocivo. Es posible que existan muchísimos casos similares, con resultados sumamente injustos y que no tengamos conocimiento de ellos, precisamente porque las abogadas, al estar obligadas a guardar el secreto profesional, no pueden revelar cierta información. En pocas palabras, es difícil hacer una evaluación con base en estudios empíricos que nos permita saber si la figura del secreto profesional es beneficiosa o no. Ante esta imposibilidad, nos decantaremos por exponer las razones que comúnmente se han esgrimido para justificarlo.

### La confidencialidad incentiva el flujo de información e incrementa la calidad de la defensa

Comúnmente, se afirma que la garantía de una alta o casi absoluta confidencialidad genera la confianza suficiente para que la clienta revele a su abogada absolutamente todo lo ocurrido. La premisa en este argumento es que: entre menos posibilidades haya de que la abogada revele la información de su cliente, más información obtendrá sobre lo ocurrido y mejor será su defensa.

Es posible que los clientes no familiarizados con el derecho no sepan que algunos datos pueden ser sumamente importantes para su defensa judicial y que la inexistencia del secreto profesional los inhiba de relatarlos a su abogada.

Para ilustrar este punto generalmente se acude al caso de la persona que, en legítima defensa, asesina a su agresor. Si el secreto profesional no existiera, es posible que la persona pensara que, al revelar la verdad de lo ocurrido a su abogada, ésta la delataría ante las autoridades. Entonces, le mentiría a su abogada y declararía, por ejemplo, que no estaba en el lugar de los hechos, lo cual fácilmente podría ser probado como falso por la contraparte. Al existir el secreto profesional la persona podría contarle la totalidad de lo ocurrido y su abogada podría elaborar una defensa donde argumente que, si bien su clienta asesinó a una persona, lo hizo en defensa personal exonerándola de responsabilidad penal.

### Es posible pasar conductas de la ilegalidad a la legalidad

Podría afirmarse que la mayoría de las personas interactúan con el derecho por medio de sus abogadas. No todas las personas llegan a vincularse formalmente como parte de un proceso judicial o administrativo en su vida. Sin embargo, esto no implica que no hayan interactuado con el derecho.

Muy probablemente interactuaron con una abogada al momento de firmar un contrato, casarse, adelantar un trámite burocrático, etc., y les explicó qué derechos y obligaciones surgían del negocio jurídico que iban a celebrar. En este caso, el Derecho es transmitido por la abogada y no por la jueza. Las personas que sí llegan a ser parte de un proceso judicial son asesoradas -en la mayoría de los casos- por una abogada, quien les transmite, desde el comienzo, lo que el derecho *dice* sobre su situación particular. Lo importante es que la abogada -y no la jueza- es la figura mediante la cual, las personas conocen sus derechos y deberes jurídicos. De hecho, es la abogada quien conoce la totalidad de los hechos que llevan a la persona a interactuar con el ordenamiento jurídico. Los hechos y argumentos jurídicos que reciben las juezas o quienes ostentan funciones jurisdiccionales, son filtrados por la abogada. El Derecho cubre cada vez más temas y se tecnifica más. Esto impide que las personas comunes y corrientes tengan el tiempo y la capacidad para conocer la ley por sus propios medios, por eso las abogadas se vuelven piezas importantes en la interacción social.

Reconocer lo anterior implica, entonces, aceptar que las abogadas pueden llegar a desempeñar (si así lo quieren y se comprometen) un papel en la implementación del Estado de Derecho. Las abogadas no se limitarían a defender a sus clientas en los estrados judiciales sino también, a asegurarse de que cumplan con la ley (por ejemplo, explicándoles por qué deben pagar impuestos y rehusándose a facilitar su conocimiento jurídico para evadirlos) para lograr que disminuyan las disputas judiciales.

Bajo esta lógica, se argumenta que el secreto profesional puede facilitar el cumplimiento de ese rol, pues podrían enterarse de conductas ilícitas que están cometiendo sus clientas y tendrían la posibilidad de informarles de la ilegalidad de éstas y, posteriormente, disuadirlas de seguir cometiéndolas.

Un ejemplo de esto podría ser cuando una empresa está incurriendo en un delito económico, como puede ser el acuerdo de precios o cartelización, atentando contra la libre competencia y el libre mercado. En este caso la abogada, gracias al secreto profesional, se enteraría del delito y podría explicar a su clienta la ilicitud de su conducta para tratar de convencerla de abandonar dicha práctica. El problema es que, al tener una obligación de confidencialidad absoluta, la abogada no contaría con una herramienta que le permita ejercer coerción sobre su clienta para que abandone la práctica ilegal: no podría amenazarla con revelar su secreto profesional, pues de hacerlo podría verse sancionada disciplinariamente.

## La confidencialidad dota al sistema de legitimidad

Como se explicó en el punto «a», la confidencialidad es vital para garantizar una representación legal adecuada o una defensa técnica en el campo del derecho penal. Esto no es un asunto menor cuando la constitución política mexicana consagra ese derecho en su artículo 20. Una defensa *adecuada* requiere entonces un conocimiento completo de los hechos en cuestión, a fin de que la abogada pueda hacer valer todos los derechos de su defendido en el proceso penal. Si la abogada no tiene un conocimiento total de los hechos, la defensa pierde vigorosidad. Esto no sólo afecta los derechos particulares del acusado, sino que también pone en vilo la legitimidad de todo el sistema judicial, pues un sistema acusatorio donde no hay confianza entre las personas acusadas y sus defensores es un sistema que no garantiza el debido proceso.

## La autonomía y la privacidad son valores

Más allá de los beneficios que pueda traer el secreto profesional para la defensa de los intereses jurídicos de las personas acusadas o para la legitimidad del proceso acusatorio, es necesario reconocer que la privacidad y la autonomía son valores en sí mismos. Es importante reconocer que todas las personas tienen derecho a tener secretos y a compartir esos secretos con las personas que ellas consideren dignas de ello. Además, la promesa de guardar un secreto es valiosa por sí sola. Una vez que prometemos guardar un secreto, se hace más difícil revelarlo. Podríamos aceptar que una persona en apuros, como lo es quien es acusada de cometer un delito, tiene urgencia de buscar una persona que escuche su historia, con toda tranquilidad de que el relato quedará entre ellas dos. La abogada, naturalmente, es alguna de estas personas. Si aceptamos que esto es un valor moral y una necesidad humana, por terrible que sea el secreto, podemos concebir su importancia. No obstante, el valor de la privacidad y autonomía tiende a entrar en conflicto con valores como la solidaridad, la verdad y la justicia: ¿podríamos guardar el secreto de nuestro mejor amigo si él nos confesara (con mucha tristeza) que violó a una mujer la noche anterior? No es necesariamente cierto que en las sociedades contemporáneas el valor de la privacidad prime sobre el de la solidaridad y la verdad. Este es un debate abierto, y la figura del secreto profesional obviamente tiene un rol importante en él.

Por otro lado, es importante señalar que el secreto profesional puede prestarse a abusos, al no ser utilizado únicamente por las personas que están en problemas con la justicia y tienen necesidad de una defensa judicial. A esta figura también recurren personas que no tienen ningún asunto pendiente con la justicia, pero quieren utilizar a su abogada (y el secreto profesional) para cometer un acto ilícito, como el lavado de dinero o la evasión de impuestos.

## La protección de la profesión y el bienestar de las abogadas

Hay quienes consideran que el secreto profesional no es sólo un derecho de los clientes sino también de las abogadas. Si se vieran obligadas a revelar los secretos que les confían sus clientas, las personas perderían los incentivos para acudir a las abogadas, pues se convertirían en una especie de «policía secreta» que los entregaría a las autoridades. Esto implicaría, evidentemente, una disminución en el uso de los servicios jurídicos, pues las personas verían a las abogadas con recelo. En razón a lo anterior, el secreto profesional se concibe como una herramienta importante para que las personas acudan a las abogadas, quienes podrán seguir ganándose la vida a través del ejercicio del derecho.

## El acceso a la justicia

Como se ha señalado varias veces, el secreto profesional incrementa la confianza que tienen las clientas en las abogadas, facilitando que acudan a ellas en búsqueda de servicios legales. Dado que en los sistemas jurídicos actuales la mayoría de los casos requiere la representación de una abogada, la confianza que inspira el secreto profesional es un valor importante para garantizar el acceso a la justicia.

Sin la figura del secreto profesional o con excepciones tan amplias que hicieran más propensa la revelación de la información, es posible pensar que las personas no acudirían a las abogadas o que al menos, lo harían en menor medida y con mucho recelo.



## ¿Por qué las abogadas deberían tener la posibilidad de romper el secreto profesional en algunas circunstancias?

Los extractos de legislación colombiana y estadounidense incluidos anteriormente contemplan varias excepciones al deber absoluto de confidencialidad. Estas se pueden agrupar en dos categorías: una, para proteger los intereses de terceros que pueden verse afectados por una conducta futura del cliente (prevención de crímenes, fraudes a terceros, prevención de conflictos de interés y prevención de desviación o manipulación de la justicia); y una segunda para proteger a la abogada de cargos que contra ella pudiera formular su cliente. Nos enfocaremos en la primera categoría; es decir, en por qué el secreto profesional puede ser peligroso o nocivo cuando las excepciones que se contemplan para revelar información confidencial son muy pocas, son interpretadas de manera muy estricta o son nulas (tal como en primera instancia parecería ocurrir en el caso mexicano). Nos enfocamos en esta categoría porque consideramos que esta, más que la segunda, hace evidente la tensión estructural entre los intereses de la clienta y los intereses de terceros, lo cual parece permear gran parte de las instituciones jurídicas de la ética profesional de la abogada.

La primera crítica a una regulación estricta del secreto profesional es de naturaleza interna. Si uno de los objetivos del secreto profesional es facilitar el tránsito de información entre clienta y abogada, para que ésta pueda tratar de disuadirla de cometer un acto ilegal, la abogada pierde dicha posibilidad cuando:

1. La prohibición de revelar dicha información se limita a crímenes específicos (como en la regulación estadounidense, donde sólo se puede revelar para evitar la muerte, afectaciones a la integridad y afectación al patrimonio económico).
2. Es optativa y a la abogada se le faculta revelar información confidencial, más no se le asigna el deber de hacerlo.
3. Ni siquiera se contempla la facultad de revelar el secreto profesional o se penaliza de forma sumamente estricta su revelación (como parecen sugerir algunas normas jurídicas del ordenamiento jurídico mexicano).

Cuando el secreto profesional se torna inviolable (de *facto* o de *iure*), la abogada pierde la posibilidad de coaccionar a su clienta, a cambio de no revelar la información, pues de hacerlo podría ser sancionada por la corte judicial u otro órgano encargado de vigilar las actuaciones de las abogadas.

Esta crítica se ve complementada por la incoherencia que albergan muchos ordenamientos jurídicos en la regulación del secreto profesional de las abogadas que trabajan para entidades del Estado. Por lo general, las abogadas que trabajan para el Estado tienen el deber (no la facultad) de revelar cualquier información sobre un delito ya ocurrido (pasado) o por ocurrir (futuro). La finalidad de esto es precisamente disuadir al cliente, en este caso el Estado, de cometer actos fraudulentos o delitos y de cuidar el interés público. En este caso, la lógica que rige a la abogada funcionaria pública, es completamente opuesta a la que rige a la abogada que representa a un particular. En este caso se asume que hay mayor posibilidad de disuadir comportamientos delictuosos, ante la obligación de revelar información sobre ellos.



Este es un punto que generalmente se pasa por alto en la administración pública, pero es importante tenerlo en cuenta: ¿la abogada que trabaja para el Estado debería ser regida por el Código de Ética Profesional que rige a las abogadas particulares? ¿O debería regirse por un Código Disciplinario del Funcionario Público? Las diferencias pueden ser sumamente importantes desde el punto de vista del secreto profesional.

La segunda crítica a las premisas, que favorecen el deber absoluto o estricto de guardar el secreto profesional, es que no es cierto que al protegerlo con menos recelo o estableciendo más excepciones a la confidencialidad, las clientas van a ser menos honestas con sus abogadas ni la información va a fluir con mayor dificultad.

Según el argumento esgrimido por Simon (1998), hay jurisdicciones (especialmente, la estadounidense que es desde la que él escribe) donde incluso la regulación más estricta del secreto profesional se ve afectada por legislación de otros campos del derecho, que exige a las abogadas y sus clientas revelar información que puede ser importante para el desarrollo del proceso judicial y la reconstrucción de los hechos ocurridos. Por ejemplo, normas jurídicas propias del campo del derecho procesal o del derecho probatorio exigen a las partes revelar o producir pruebas difíciles o imposibles de producir para la contraparte. Un claro ejemplo de esto ocurre en la responsabilidad civil médica, cuando la paciente afectada por un procedimiento quirúrgico demanda a la médica o institución médica. De acuerdo con la complejidad del caso y la dificultad de la paciente para producir las pruebas que hagan valer su caso, se ha desarrollado la teoría de la carga dinámica de la prueba, la cual va en contra del tradicional «deber del que alega los hechos a probarlos», para instaurar una doctrina que propende a que la parte que tenga mayor facilidad para aportar pruebas para producir la verdad real, deba hacerlo, aun cuando ello atente contra sus intereses.

La existencia de estas reglas demuestra que no es cierto que clientas y abogadas tengan una expectativa mutua de que la información entre ellas será absolutamente confidencial. La abogada sabe con suficiencia que no toda la información quedará exclusivamente en manos de ella y su clienta, y debe informárselo desde un comienzo<sup>15</sup>.

Otro argumento de Simon (1998) tendiente a cuestionar las premisas que justifican la necesidad del secreto profesional, se basa los hallazgos de Mann (1988) sobre la defensa judicial de los criminales de cuello blanco. Según Mann, las criminales de cuello blanco, dada su interacción frecuente con la ley, ya sea para burlarla o al enfrentarse con ella en los estrados judiciales, se convierten en clientas «sofisticadas» y frecuentes. Saben que existe cierta información que no pueden compartir con sus abogadas, pues algún requisito legal (por ejemplo, proveniente del derecho procesal, del derecho probatorio, tal y como señalamos anteriormente) puede obligar a sus abogadas a revelar esa información en el futuro. El punto que busca sostener Simon es que en realidad las clientas más sofisticadas (que no necesariamente se limita a las criminales de cuello blanco, sino también a las demandantes o demandadas frecuentes, como las personas jurídicas, las corporaciones o los entes del Estado) saben qué información deben compartir con sus abogadas y qué información no, lo que en realidad desvirtúa la premisa de que las clientas necesitan transmitir la mayor cantidad de información a sus abogadas sin ningún tapujo o filtro. De la misma manera, Mann sostiene que, muchas veces, las mismas abogadas defensoras de criminales de cuello blanco, piden a sus clientes que no les transmitan toda la información, pues podría limitar el tipo de argumentos y defensas que pueden utilizar; la abogada podría ser acusada por tratar de desviar la justicia, si se llega a probar que alegó un hecho contrario a la realidad de lo ocurrido y que su cliente ya le había revelado. Por ejemplo, el Código Penal Federal Mexicano tipifica como delictiva la actuación de una abogada cuando alega, a sabiendas, hechos falsos. Esto implica que, siempre y cuando la abogada no sepa si un hecho es falso o no, podrá alegarlo. Una vez conozca de voz de su cliente lo que realmente ocurrió, la abogada no podrá rendir una versión de los hechos distinta a la que realmente ocurrió.

<sup>15</sup> Esto será más evidente en la última sección de este capítulo, donde se explique lo que el derecho estadounidense ha llamado *Work Product Doctrine*.

Claramente, esta disposición parece ir en contravía del fin perseguido por el secreto profesional (recibir la mayor cantidad de información), pues esto significa disminuir el abanico de defensas que se puede utilizar. Por ejemplo, si la clienta confesó que realmente había asesinado a una persona, su abogada ya no podría afirmar que fue otro el asesino de esa persona. A lo sumo, podría basar su defensa en aspectos procesales, la convicción probatoria exhibida por la fiscalía, o la tipificación y antijuridicidad del delito.

El segundo grupo de críticas no es de naturaleza interna sino externa. Éste se enfoca en cuestionar la forma en la que la abogada distribuye su lealtad entre su clienta, la contraparte, terceros que puedan verse afectados y la administración de justicia. Esta crítica parte de la premisa de que las abogadas no tienen un deber de lealtad único y exclusivo con su clienta. Las abogadas, como colaboradoras de la administración de justicia, tienen también un deber con la construcción de la verdad y el logro de justicia material, no sólo procesal. Esta premisa se asienta a su vez, una especie de «meta-premisa», que crítica el argumento de que el proceso judicial debe basarse en una división ética del trabajo, en la cual, cada abogada defiende única y exclusivamente los intereses de su cliente (principio de parcialidad), sin importar los efectos que esto tenga sobre otras personas pues, se supone que la contraparte y la sociedad están representados, por su abogada y por la jueza, respectivamente.

En contraposición a esta «meta-premisa», la segunda crítica considera que los fines que persigue el proceso judicial (alcanzar la verdad, proteger los derechos de los implicados y alcanzar justicia material) son más difíciles de alcanzar cuando éste funciona bajo la lógica de la división ética del trabajo. Esta crítica promueve una visión de la práctica jurídica, cuyas abogadas deben disminuir la parcialidad que exhiben en la defensa de su clienta, para dar cabida a preocupaciones e intereses de terceros. Esta forma de concebir el proceso judicial<sup>16</sup> y el rol de la abogada implica cambios en la forma en que se regula el flujo de información entre las partes que intervienen en un proceso, es decir, implica cambios en la forma en que se concibe y se regula el secreto profesional. Esto podría implicar que si yo, por ejemplo, como abogada de mi clienta, tuviera una prueba que beneficia a mi contraparte, estaría obligada a revelarla, con el fin de alcanzar justicia material en el caso, aun cuando esto implicara una falta de lealtad con mi cliente. Esto conllevaría a revisar qué información y documentos se incluyen bajo el secreto profesional: ¿Violo el secreto profesional cuando le entrego a un tercero (la jueza o contraparte) una prueba documental que afecta a mi cliente? La respuesta a esta pregunta dependerá de cómo definamos el secreto profesional. La violación al secreto profesional sería evidente, si nos guiamos por la definición del *Código Civil Federal*:

El procurador o abogado que revele a la parte contraria los secretos de su poderdante o cliente, o le suministre documentos o datos que lo perjudiquen, será responsable de todos los daños y perjuicios, quedando, además, sujeto a lo que para estos casos dispone el Código Penal.

En contraposición, si nos guiamos por la forma en que se tipifica el delito de revelación de secretos, podrían surgir varias dudas, alegarse una justa causa y, además, habría que revisar qué documentos se consideran «comunicación reservada» o no.

**Artículo 210.** Se impondrán de treinta a doscientas jornadas de trabajo en favor de la comunidad, al que sin justa causa, con perjuicio de alguien y sin consentimiento de quien pueda resultar perjudicado, revele algún secreto o comunicación reservada que conoce o ha recibido con motivo de su empleo, cargo o puesto.

<sup>16</sup> Es importante señalar que esta forma alternativa de concebir el rol de la abogada no se limita única y exclusivamente a la forma en que debe comportarse en escenarios judiciales, también implica cambios en la forma en la que los/las abogadas operan como asesores o consultores jurídicos fuera de escenarios judiciales.

En el segundo grupo de críticas se entiende que hay un balance más delicado entre la lealtad que se debe a la clienta y el deber de colaboración con la administración de justicia y con la sociedad en general. Esto implica, no solo cambios en la forma como la abogada concibe su rol dentro de un proceso judicial, sino aparte del litigio, cuando consulta o asesora. Un típico caso que ejemplifica nítidamente esta situación es cuando la abogada penalista, además de estar defendiendo a su clienta dentro de un proceso en curso, supongamos por narcotráfico, se entera de que su clienta tiene planeado cometer otro delito similar, o peor aún, que se dedica de manera permanente a este negocio. En este caso, si la regulación del secreto profesional es muy estricta y le impone a la abogada un deber de confidencialidad absoluto, ésta no podrá dar aviso a las autoridades sobre el crimen que realizará su clienta. Una regulación más equilibrada podría facultar (no necesariamente obligar) a su abogada para revelar el secreto profesional y así evitar la comisión de un delito futuro.

En conclusión, las críticas externas sugieren una reevaluación de los impactos que el secreto profesional tiene sobre dos esferas: primero, el desarrollo del proceso judicial (o administrativo) y el flujo de información que debe haber entre las partes, sus apoderados y juez; segundo, el rol que podría tener la abogacía para prevenir la comisión de delitos fuera de un escenario judicial.

## ¿Cómo responde la legislación mexicana a las tensiones que permean la institución jurídica del secreto profesional? ¿Las reconoce?

Como se mencionó en la sección anterior, la figura del secreto profesional sostiene una tensión estructural entre el deber de lealtad y confidencialidad con la clienta versus el deber de colaboración con la administración de justicia y la prevención de futuros delitos. En este acápite nos proponemos estudiar si dicha tensión se manifiesta en las normas jurídicas vinculantes para las abogadas mexicanas que regulan la institución del secreto profesional de manera directa o indirecta. Mediante una evaluación crítica determinaremos si el ordenamiento jurídico mexicano intenta lograr un balance adecuado entre los valores en conflicto dentro de la institución del secreto profesional o si, por el contrario, diluye dicha tensión dando precedencia a uno de ellos. Para ello, analizaremos cada una de las disposiciones relevantes para el secreto profesional. Es importante recalcar que, si bien este libro está destinado a servir de apoyo para la implementación del Sistema Penal Acusatorio, consideramos importante revisar todas las normas que hacen referencia al secreto profesional, aún si éstas no son propias del Código Penal o de Procedimiento Penal, pues violar el secreto profesional puede implicar una responsabilidad civil contractual para la abogada, aun cuando haya sucedido en el curso de una representación en materia penal.

### Código Civil Federal

2590 “El procurador o abogado que revele a la parte contraria los secretos de su poderdante o cliente, o le suministre documentos o datos que lo perjudiquen, será responsable de todos los daños y perjuicios, quedando, además, sujeto a lo que para estos casos dispone el Código Penal”.

Esta disposición sugiere que el deber de guardar el secreto profesional es absoluto, pues no contempla ningún eximente de responsabilidad, como la revelación amparada en una justa causa. Por ejemplo, una lectura formalista y aislada del resto del ordenamiento jurídico sugeriría que la abogada que se entera que su clienta va a cometer un futuro delito, no podría revelar dicha información a las autoridades competentes.

Además de esto, la redacción del artículo sugiere que el secreto profesional no se limita a las comunicaciones verbales o escritas que la clienta haga a su abogada, sino que se refiere a todos los documentos y datos que puedan afectar a su clienta independientemente de la forma en que los haya obtenido. Por ejemplo, si una abogada fiscalista está haciendo una revisión de unos archivos en la oficina de su clienta y, casualmente, encuentra un video donde se puede ver a su clienta asesinando a una persona, la abogada estaría obligada a abstenerse de revelar el contenido del video y mucho menos podría entregar el video a las autoridades. Igualmente, si la abogada se entera por un tercero (supongamos un cuñado suyo) de que su clienta es narcotraficante, dicha abogada debería guardar silencio absoluto sobre esto pues la norma indica que no puede revelar ningún dato o información que perjudique a su clienta sin importar si esta información fue revelada a ella por su clienta o un tercero.

Otra lectura alternativa y opuesta a lo anterior podría sugerir dos cosas: primero, que el deber de guardar el secreto profesional sólo se aplica cuando las abogadas están en medio de un proceso judicial y hay una «parte contraria». Lo que limitaría de manera importante el deber de guardar secreto; segundo, que el deber solo se viola cuando la revelación se hace a la «parte contraria», es decir que la abogada podría revelar dicha información a cualquier otra persona que no fuera la contraparte, por ejemplo la jueza o una autoridad competente.

Entonces, estas dos lecturas disímiles revelan que la norma, por sí sola y leída de manera aislada, no tiene claridad respecto a los fines que persigue. En lugar de atribuirle un fin (por ejemplo, afirmando tajantemente que el Código Civil da prelación al valor jurídico de la confidencialidad y la lealtad al cliente, por encima del deber de colaboración con la justicia) creemos más atinado intuir que, en realidad, la dificultad de asignarle un propósito radica en que quizá hubo poca reflexión al momento de su elaboración y la redacción de ella fue algo descuidada. Es posible que, esta ausencia de reflexión y falta de claridad en el contenido normativo tienda, en todo caso, a ser interpretado estrictamente, siendo este deber de guardar secreto absoluto, tal como sugiere la primera interpretación que propusimos la cual parece ser la que guía el sentido común.

### Código Penal Federal

#### Revelación de Secretos

**Artículo 210.** Se impondrán de treinta a doscientas jornadas de trabajo en favor de la comunidad, al que, sin justa causa, con perjuicio de alguien y sin consentimiento del que pueda resultar perjudicado, revele algún secreto o comunicación reservada que conoce o ha recibido con motivo de su empleo, cargo o puesto.

**Artículo 211.** La sanción será de uno a cinco años, multa de cincuenta a quinientos pesos y suspensión de profesión en su caso, de dos meses a un año, cuando la revelación punible sea hecha por persona que presta servicios profesionales o técnicos o por funcionario o empleado público o cuando el secreto revelado o publicado sea de carácter industrial.

Este delito no hace referencia específica a las abogadas como sujeto activo, pero, el artículo 211, lo evidencia e incluso indica que la sanción será mayor para las profesionistas llamadas a guardar el secreto profesional.

Contrario a lo establecido en el Código Civil Federal, el Código Penal Federal contempla la posibilidad de una revelación del secreto cuando exista una justa causa para hacerlo. En este sentido, la redacción de la norma sugiere que la lealtad y la confidencialidad que debe la abogada a su clienta es un bien jurídicamente protegido, pero que admite ciertas excepciones o limitaciones en su protección.

Por otro lado, en contraposición al Código Civil, la redacción del delito parece delimitar de mejor forma qué información, datos y documentos quedan incluidos en el secreto profesional, pues cualifica de manera importante la obligación al señalar que la información que queda comprendida y amparada por el secreto profesional es aquella recibida con motivo del empleo, cargo o puesto. Esto es importante por que, retomando el ejemplo usado anteriormente, si yo, como abogada fiscalista acudiera a la oficina de mi clienta a hacer una revisión de su archivo y encontrara un documento que comprometiera su responsabilidad como autora de un delito de homicidio, dicha información no quedaría incluida dentro del secreto profesional, pues mi trabajo y encargo profesional como abogada fiscalista no tiene relación alguna con el hecho de que mi clienta haya cometido un delito. Distinto sería el caso de la abogada penalista que la defendiera por ese delito de homicidio quien sí estaría obligada a guardar el secreto profesional y sólo podría revelarlo con justa causa.

### Código Nacional de Procedimientos Penales

#### Artículo 362. Deber de guardar secreto

Es inadmisibles el testimonio de personas que, respecto del objeto de su declaración, tengan el deber de guardar secreto con motivo del conocimiento que tengan de los hechos en razón del oficio o profesión, tales como ministros religiosos, abogados, visitadores de derechos humanos, médicos, psicólogos, farmacéuticos y enfermeros, así como los funcionarios públicos sobre información que no es susceptible de divulgación según las leyes de la materia. No obstante, estas personas no podrán negar su testimonio cuando sean liberadas por el interesado del deber de guardar secreto.

En caso de ser citadas, deberán comparecer y explicar el motivo del cual surge la obligación de guardar secreto y de abstenerse de declarar.

Esta norma, propia del derecho procesal, establece una excepción en cuanto al deber general que tienen todas las personas de colaborar con la administración de justicia y rendir testimonios sobre los hechos respecto a los cuales se les convoque. De acuerdo con esta norma una abogada no puede rendir testimonio sobre hechos que haya conocido en razón de su oficio o profesión. La única forma en que su testimonio se torna admisible es si la persona interesada (no necesariamente su cliente ni excliente) las libera de guardar dicho secreto.

Frente a esta norma surgen las siguientes preguntas e inquietudes: primero, la norma por sí sola no es clara en señalar qué hechos o información hacen parte efectiva del secreto profesional, pues no es claro qué hechos guardan estricta relación con el oficio o profesión. Por ejemplo, esta regulación sigue sin responder qué ocurre cuando una abogada fiscalista que realiza un trabajo propio de derecho fiscal encuentra información que vincula a su clienta con un homicidio. Segundo, cuando la norma señala “(...) estas personas no podrán negar su testimonio cuando sean liberadas por el interesado del deber de guardar secreto” ¿a quién se considera como «el interesado»? ¿A la clienta o exclienta que contrató sus servicios? Si es así ¿por qué la redacción de la norma no utiliza la palabra «clienta»? ¿Podría darse el caso que una clienta revele a su abogada información sobre un tercero que cometió un crimen y por ende no pueda revelar dicha información sin la autorización de ese tercero? Tercero y último, ¿cómo se compagina esta excepción sobre el deber de declarar con la eximente de responsabilidad de la justa causa contenido en el delito «revelación de secretos»?

Por último, pero no por eso menos importante, el deber absoluto de guardar el secreto profesional, aún a sabiendas de que la clienta está cometiendo un delito, y que, tal vez, con las ganancias de dicho delito está pagando los honorarios de su abogada (por ejemplo, el cliente que se dedica principalmente al narcotráfico); posiciona a la abogada muy cerca de ser responsable de los delitos de encubrimiento e incluso, en algunos casos, de operaciones con recursos de procedencia ilícita:

### Artículo 400 Encubrimiento

Se aplicará prisión de tres meses a tres años y de quince a sesenta días multa, al que:

I.- Con ánimo de lucro, después de la ejecución del delito y sin haber participado en éste, adquiera, reciba u oculte el producto de aquél a sabiendas de esta circunstancia. Si el que recibió la cosa en venta, prenda o bajo cualquier concepto, no tuvo conocimiento de la procedencia ilícita de aquélla, por no haber tomado las precauciones indispensables para asegurarse de que la persona de quien la recibió tenía derecho para disponer de ella, la pena se disminuirá hasta en una mitad;

II.- Preste auxilio o cooperación de cualquier especie al autor de un delito, con conocimiento de esta circunstancia, por acuerdo posterior a la ejecución del citado delito;

III.- Oculte o favorezca el ocultamiento del responsable de un delito, los efectos, objetos o instrumentos del mismo o impida que se averigüe;

IV. Requerido por las autoridades, no dé auxilio para la investigación de los delitos o para la persecución de los delincuentes;

V. No procure, por los medios lícitos que tenga a su alcance y sin riesgo para su persona, impedir la consumación de los delitos que sabe van a cometerse o se están cometiendo, salvo que tenga obligación de afrontar el riesgo, en cuyo caso se estará a lo previsto en este artículo o en otras normas aplicables;

VI. Altere, modifique o perturbe ilícitamente el lugar, huellas o vestigios del hecho delictivo, y

VII. Desvíe u obstaculice la investigación del hecho delictivo de que se trate o favorezca que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia.

No se aplicará la pena prevista en este artículo en los casos de las fracciones III, en lo referente al ocultamiento del infractor, y IV, cuando se trate de: a) Los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines; b) El cónyuge, la concubina, el concubinario y parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado, y por afinidad hasta el segundo; y c) Los que estén ligados con el delincuente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad derivados de motivos nobles<sup>17</sup>.

El juez, teniendo en cuenta la naturaleza de la acción, las circunstancias personales del acusado y las demás que señala el artículo 52, podrá imponer en los casos de encubrimiento a que se refieren las fracciones I, párrafo primero y II a IV de este artículo, en lugar de las sanciones señaladas, hasta las dos terceras partes de las que correspondería al autor del delito; debiendo hacer constar en la sentencia las razones en que se funda para aplicar la sanción que autoriza este párrafo.

<sup>17</sup> Nótese que dentro de las personas que el mismo tipo penal exceptúa de la pena, la norma no menciona a los abogados.



## CAPITULO II

### Artículo 400 BIS - Operaciones con recursos de procedencia ilícita

Se impondrá de cinco a quince años de prisión y de mil a cinco mil días multa al que, por sí o por interpósita persona realice cualquiera de las siguientes conductas: I. Adquiera, enajene, administre, custodie, posea, cambie, convierta, deposite, retire, dé o reciba por

cualquier motivo, invierta, traspase, transporte o transfiera, dentro del territorio nacional, de éste hacia el extranjero o a la inversa, recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, cuando tenga conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita, o II. Oculte, encubra o pretenda ocultar o encubrir la naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento, propiedad o titularidad de recursos, derechos o bienes, cuando tenga conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita. Para efectos de este Capítulo, se entenderá que son producto de una actividad ilícita, los recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, cuando existan indicios fundados o certeza de que provienen directa o indirectamente, o representan las ganancias derivadas de la comisión de algún delito y no pueda acreditarse su legítima procedencia. En caso de conductas previstas en este Capítulo, en las que se utilicen servicios de instituciones que integran el sistema financiero, para proceder penalmente se requerirá la denuncia previa de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Cuando la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en ejercicio de sus facultades de fiscalización, encuentre elementos que permitan presumir la comisión de alguno de los delitos referidos en este Capítulo, deberá ejercer respecto de los mismos las facultades de comprobación que le confieren las leyes y denunciar los hechos que probablemente puedan constituir dichos ilícitos. Artículo 400 Bis 1. Las penas previstas en este Capítulo se aumentarán desde un tercio hasta en una mitad, cuando el que realice cualquiera de las conductas previstas en el artículo 400 Bis de este Código tiene el carácter de consejero, administrador, funcionario, empleado, apoderado o prestador de servicios de cualquier persona sujeta al régimen de prevención de operaciones con recursos de procedencia ilícita, o las realice dentro de los dos años siguientes de haberse separado de alguno de dichos cargos. Además, se les impondrá inhabilitación para desempeñar empleo, cargo o comisión en personas morales sujetas al régimen de prevención hasta por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta. La inhabilitación comenzará a correr a partir de que se haya cumplido la pena de prisión. Las penas previstas en este Capítulo se duplicarán, si la conducta es cometida por servidores públicos encargados de prevenir, detectar, denunciar, investigar o juzgar la comisión de delitos o ejecutar las sanciones penales, así como a los ex servidores públicos encargados de tales funciones que cometan dicha conducta en los dos años posteriores a su terminación. Además, se les impondrá inhabilitación para desempeñar empleo, cargo o comisión hasta por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta. La inhabilitación comenzará a correr a partir de que se haya cumplido la pena de prisión. Asimismo, las penas previstas en este Capítulo se aumentarán hasta en una mitad si quien realice cualquiera de las conductas previstas en el artículo 400 Bis, fracciones I y II, utiliza a personas menores de dieciocho años de edad o personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o que no tiene capacidad para resistirlo.

El análisis de las normas anteriormente transcritas nos revela, que a pesar de que el secreto profesional es tensado por el valor de la lealtad y confidencialidad hacia la clientela versus el deber de colaborar con la administración de justicia y la prevención de delitos, las normas del ordenamiento jurídico mexicano no parecen hacer un esfuerzo sistémico y coherente por armonizar esas tensiones y guiar a las abogadas sobre la forma de comprender sus obligaciones.

## ¿Qué es el secreto profesional? Una segunda definición más problemática: la diferencia entre «Deber profesional de Confidencialidad», «*Attorney Client Privilege*» y «*Work Product Doctrine*»

Como hemos venido señalando a lo largo de este capítulo, es prudente mantener un equilibrio al definir qué comprende exactamente el secreto profesional, pues queremos satisfacer dos demandas opuestas: por un lado, la confidencialidad y lealtad que debe la abogada para alcanzar todos los objetivos que señalamos anteriormente (mejor representación, acceso a la justicia, etc.). Por otro lado, debemos tener cuidado en no definir tan amplia y laxamente, al grado que pudiera blindar información sensible que las autoridades judiciales o administrativas solicitaren a la abogada, con el fin de prevenir que su clienta cometa un delito o fraude.

Esta discusión ha sido desarrollada en mayor medida por las leyes, doctrina y jurisprudencia estadounidense, por lo que trasladaremos al contexto mexicano los puntos más importantes de ella, a fin de poder visualizar por qué este es un asunto tan importante donde la minucia se vuelve relevante al momento de pensar en una futura regulación vinculante jurídicamente para las abogadas.

Es importante señalar que acudimos al caso estadounidense, no por que consideremos que el Estado mexicano deba emular este tipo de regulación, sino por que, dado su nivel de desarrollo, puede ser una guía útil para que las estudiantes de derecho y abogadas puedan ver de manera más clara las tensiones que no traspasan la superficie del ordenamiento jurídico mexicano, pero que se encuentran en el fenómeno social que se regula. Además, ver la forma en la que otro lo hace, demuestra que no hay una forma única, *natural* ni *evidente* para regular un problema social, como el secreto profesional. Ver otras regulaciones también abre nuestra imaginación jurídica, claro está, siempre que tengamos presente que ese otro escenario no es la única alternativa, sino que es, si acaso, una entre muchas.

Para la doctrina estadounidense hay tres conceptos diferentes que en algunos casos se sobreponen<sup>18</sup>:

1. El deber profesional de confidencialidad.
2. El *Attorney Client Privilege* (la traducción literal es: Privilegio abogada-clienta).
3. El *Work Product Doctrine* (la traducción literal sería Doctrina del trabajo producido).

El deber profesional de confidencialidad se desprende de la relación de confianza que existe entre abogada y clienta. Dicha relación genera en la clienta una expectativa de confianza en su abogada, razón por la que ésta debe abstenerse de revelar información a terceros, sean otros particulares o agentes del Estado como fiscales, juezas, funcionarias administrativas, etc. La abogada debe abstenerse, por decisión autónoma, de revelar las confidencias de su clienta, así como los documentos e información que le transmita en el curso de la relación. Si la abogada revela alguna de esta información, puede ser disciplinada por violar las reglas de la ética profesional y también puede ser demandada civilmente por violar las obligaciones que tiene como agente de su poderdante. Cuando decimos que una abogada puede ser sancionada disciplinariamente, nos referimos, por ejemplo, a que podría quitársele su cédula profesional, lo cual impediría que volviera a ejercer el derecho (como litigante o asesora) o suspender su licencia por un determinado tiempo.

<sup>18</sup> Esta sección está basada enteramente en el excelente trabajo de Wendel, 2016.

No obstante, en la legislación estadounidense, el deber profesional de confidencialidad no puede ser utilizado por la abogada para rehusarse a rendir testimonio cuando una autoridad judicial así se lo ordene. Las autoridades judiciales tienen la facultad de obligar a la abogada a romper su deber profesional de confidencialidad. La confidencialidad se debe a la clienta, pero no puede usarse como una especie de escudo para rehusarse a producir o pasar información relevante a las autoridades judiciales.

Por otro lado, «*Attorney Client Privilege*» es una institución jurídica propia del derecho probatorio, no de la ética profesional de la abogada. La información incluida en del *Attorney Client Privilege* sí puede mantenerse en absoluta confidencialidad y la abogada se puede rehusar legal y legítimamente a revelarla a las autoridades judiciales o administrativas. No obstante, es menos la información que es protegida por el *Attorney Client Privilege*, que la que es protegida por el «Deber profesional de confidencialidad». El *Attorney Client Privilege* cubre única y exclusivamente las comunicaciones realizadas de manera confidencial entre clienta y abogada, con el propósito de recibir una asesoría jurídica. Todas las demás comunicaciones entre ellos quedan comprendidas en el «Deber Profesional de Confidencialidad» y no deberán revelarse, a menos que una autoridad judicial le exija a la abogada informar sobre ellas.

Por último, «*Work Product Doctrine*» es una institución propia del derecho procesal, no del derecho probatorio ni de las reglas disciplinarias de las abogadas. Esta institución busca proteger el trabajo material e intelectual que cada abogada realiza y que no está obligada a revelar ni a la contraparte ni a la jueza. Recordemos que una de las premisas bajo las cuales opera el sistema acusatorio, es que habrá mejores argumentos fácticos y jurídicos para que a la jueza decida el caso, si cada parte en contienda es representada por una abogada que trabaja única y exclusivamente por los intereses de su clienta. Para que esto funcione, es decir, para que sea una disputa en franca lid, es necesario garantizar que el trabajo, ingenio y esfuerzo que pone una abogada, no pueda pasar tan fácilmente a manos de la contraparte, pues de esta forma revelaría su estrategia procesal y no habría incentivos para que las abogadas trabajaran a fondo por los intereses de sus clientes: simplemente una de las abogadas esperaría y pediría a la jueza que ordenara a su contraparte exhibir toda su estrategia de litigio y así podría atacarlo fácilmente al final del proceso judicial. En el fondo, esta doctrina funciona de manera similar al argumento con el que se defiende el derecho a la propiedad intelectual: si no hay una protección legal a las ideas de una persona, habrá menos incentivos para que las produzca.

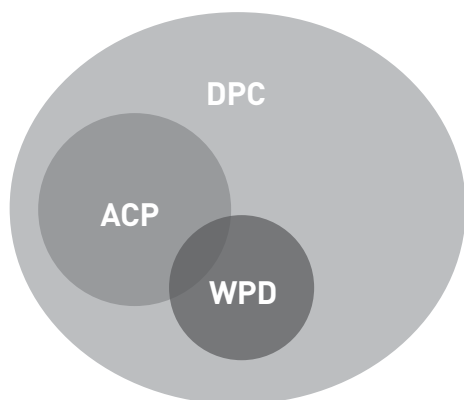
Hay diferencias importantes entre el *Attorney Client Privilege* y el *Work Product Doctrine*. El *Work Product Doctrine* cubre menos información que el *Attorney Client Privilege*, pues este último protege toda la información comunicada por el cliente en un ambiente de confidencialidad y tendiente a buscar una asesoría legal, mientras que el *Work Product Doctrine* protege los documentos y demás cosas tangibles preparadas por una abogada en anticipación de un litigio. Por ejemplo, si una abogada dedicada al derecho financiero se sienta a hablar con su cliente sobre un plan jurídico para fusionar su empresa dedicada a la extracción del petróleo, con una empresa dedicada a la extracción del carbón, dicha conversación está protegida por el *Attorney Client Privilege*. Sin embargo: si la abogada elabora un documento (por ejemplo, unas notas a mano o un archivo en su computador), donde resume la discusión, dicho documento no estaría protegido como *Work Product Doctrine*, si no como parte del Deber Profesional de Confidencialidad, ya que el documento no detalla una estrategia procesal particular para ganar un caso que muy seguramente llegará a una corte; el documento resume los planes comerciales de un cliente. No obstante, el *Work Product Doctrine* cubre más que el *Attorney Client Privilege* pues comprende, por ejemplo, información que la abogada haya recabado en el curso de su investigación o en el curso de entrevistas con potenciales testigos.

Otra distinción fundamental en el *Work Product Doctrine* es aquella que se da entre el trabajo ordinario o material y la opinión de la abogada (su trabajo intelectual). La opinión de la abogada se refiere a las estrategias, pensamientos y teorías que la abogada elabora con el fin de defender a su clienta. La opinión de la abogada recibe una protección mucho más alta que el trabajo ordinario. El trabajo ordinario se refiere, no a la estrategia y opiniones de la abogada, sino a la información fáctica que ésta ha recabado y sobre la cual basa su estrategia (unas notas o un archivo donde resume una reunión, la grabación de una entrevista, etc.,).

La diferencia se vuelve crucial pues, el sistema estadounidense, contempla la posibilidad de que una abogada solicite a su contraparte (a través de la jueza, quien debe estudiar la petición y aprobarla) que aporte al proceso determinados productos del *trabajo ordinario*, cuando demuestre la necesidad substancial e inhabilidad para adquirir dicha información, a través de otros medios. Por ejemplo, si una abogada tiene la posibilidad de entrevistar a una testigo de los hechos y ésta muere antes de que el juicio se lleve a cabo, es probable que, ante la petición de la abogada que no pudo entrevistar a dicho testigo, la jueza ordene a su contraparte transmitir el documento (un memo o unas notas) o la grabación de la entrevista.

El punto clave en el *Work Product Doctrine*, en términos de confidencialidad, es que habrá ciertos documentos y cosas tangibles que forman parte del *Attorney Client Privilege* y que por ende, la abogada puede legítimamente abstenerse de revelar, incluso cuando una corte se lo pida. Este es el caso, por ejemplo, de apuntes de una conversación sostenida con su cliente a solas. No obstante, hay otros documentos que, a pesar de entrar en el *Work Product Doctrine*, no hacen parte del *Attorney Client Privilege*, como pueden ser las notas de una entrevista realizada por la abogada a un potencial testigo para el caso de su clienta. El hecho de que esas notas o la grabación de esa entrevista no sean parte del *Attorney Client Privilege* no implican que la abogada esté facultada para transmitirla libremente a terceros o a la contraparte (pues violaría el deber de confidencialidad profesional) ni que éstas puedan pasar fácilmente a la contraparte. Para que esto ocurra la jueza tiene que determinar que existe una necesidad substancial y una inhabilidad para conseguir dicha información, a través de otro medio.

Para tener claridad sobre la forma en que se diferencian, y se sobreponen estas tres instituciones, es útil acudir al Diagrama de Venn utilizado por Wendel para explicar este tema:



Deber Profesional de Confidencialidad (DPC)  
*Attorney Client Privilege* (ACP)  
*Work Product Doctrine* (WPD)

Como evidencia la gráfica, el «Deber Profesional de Confidencialidad» cubre todas las comunicaciones y documentos que intercambien el cliente y abogada. El *Attorney Client Privilege* ocupa un universo más pequeño dentro del Deber Profesional de Confidencialidad y se limita a la información transmitida por el cliente a la abogada con total confidencialidad y con el propósito de buscar una asesoría jurídica. Por su parte el *Work Product Doctrine* cubre solo documentos o cosas tangibles elaboradas por la abogada en el curso de representación y en preparación a un eventual litigio. Algunas de ellas quedan cubiertas por el *Attorney Client Privilege*, mientras que otras no.

Para determinar qué información es protegida por el *Attorney Client Privilege*, según el derecho norteamericano, Wendel sugiere verificar la presencia de los siguientes 4 elementos:

1. Qué la persona esté buscando a la abogada con el **propósito exclusivo de obtener una asesoría jurídica**, no ningún otro tipo de asesoría.
2. Qué cuando se transmita la información **la abogada se encuentre actuando en tal capacidad** (no como una amiga, confidente, o asesora moral).
3. Que la información se haya transmitido en un **ambiente de confidencialidad**.
4. Que la información **haya sido transmitida por la clienta**.

Wendel propone profundizar algunos de estos puntos y otros adicionales. Veamos cuáles:

## El concepto de «comunicación»

No toda la información que la abogada aprehende en la representación de su clienta está cubierta por el *Attorney Client Privilege*. La información que recopila a través de su propia investigación u observación no está cubierta, pues no fue comunicada por la clienta a la abogada. Así mismo ocurre con información sobre los rasgos físicos de la clienta, el carro que conducía, la ropa que vestía, etc. La información que reciba la abogada por parte de terceros al momento de preparar el caso (piénsese por ejemplo personas que podrían ser testigos en el proceso judicial) tampoco queda cubierta, pues no fue transmitida por la clienta; no obstante, sí entra en el *Work Product Doctrine*, que a su vez está incluido dentro del universo del Deber Profesional de Confidencialidad.

## Personas «privilegiadas»

El *Attorney Client Privilege*, cubre también a agentes de la abogada o la clienta que sean esenciales para facilitar la comunicación entre ellas. El ejemplo por excelencia son las traductoras cuando clienta y abogada no hablan el mismo idioma. Se incluyen también investigadoras o asistentes de la abogada que participen en la preparación del caso.

Para que el *Attorney Client Privilege* se configure es fundamental que cuando clienta y abogada hablen, ésta última esté realmente recibiendo la información en su rol de abogada. Por ejemplo, si un amigo de la infancia se encuentra con su amiga abogada en una fiesta y le habla sobre su intención de separarse de su esposa y de su preocupación por la distribución del patrimonio, es necesario observar si se dirigió a su amiga consultándola realmente como una abogada y esperando de ella una asesoría legal, o si, por el contrario, le habló como amigo y con el único fin de desahogarse y encontrar un apoyo moral a la difícil situación que vivía.

Es importante, también, prestar atención cuando la abogada no sólo funge como una experta en el derecho sino, además, como una persona que desempeña una función administrativa o comercial. Piénsese por ejemplo en una abogada que trabaja en una junta directiva de una empresa. Cuando otro miembro de la junta consulta a la abogada sobre una estrategia comercial es probable que esté consultándola, no como experta en leyes, sino como una experta en el mundo de los negocios y esté esperando un consejo de tipo comercial y no necesariamente jurídico. Casos como estos pueden tener muchas zonas grises, especialmente, cuando la abogada trabaja como in house counsel (es decir como jefe o integrante del departamento jurídico de la empresa que lo emplea) y además de prestar su asesoría legal, desarrolla también experiencia comercial, razón por la cual, sus consejos no son estrictamente legales sino también comerciales.

Otro punto que es importante tener en cuenta, en opinión de Wendel es: a partir de qué momento se configura el *Attorney Client Privilege*. En Estados Unidos, las reglas y la jurisprudencia sugieren que su surgimiento no depende necesariamente de la celebración de un contrato de prestación de servicios. La razón es que, generalmente, las personas acuden a una abogada a contarle su caso y después deciden si dan inicio a una relación contractual formal. No obstante, antes de que ésta surja, es probable que el cliente ya haya comunicado información sensible a la abogada. Por esta razón, el *Attorney Client Privilege* surge desde el momento en que la persona consulta, no desde que inicia formalmente la relación contractual.

## La confidencialidad al momento de transmitir la información

Para que la información quede protegida por el *Attorney Client Privilege* es necesario que, al momento de ser transmitida, sea en privado y sin más personas presentes que la clienta y su abogada, exceptuando a las otras personas privilegiadas que mencionamos anteriormente. La presencia de cualquier persona no privilegiada hace que la información no quede protegida.

## El propósito de transmitir la información

Sólo quedará protegida por el *Attorney Client Privilege* la información que tenga como propósito buscar una asesoría jurídica. Si la información se transmite para recibir una asesoría comercial, de relaciones públicas o simplemente para obtener un consejo moral, no entrará en la categoría.

## Conclusión

La ventaja de establecer categorías más precisas es que armonizan de mejor manera los intereses de cliente y abogada, con los de la sociedad y la administración de justicia. El pequeño universo de información que protege el *Attorney Client Privilege* facilita el flujo de información necesaria para garantizar una defensa adecuada de los intereses, pero también, al ser pequeño, evita que personas inescrupulosas se escuden en él para cometer acciones contrarias al derecho. Por su parte, el *Work Product Doctrine* y las excepciones que permiten transferir información de una abogada a otra, permiten que el sistema acusatorio siga siendo dinámico y que las abogadas tengan incentivos para desarrollar su trabajo, garantizando, al mismo tiempo, el flujo de información crucial para todas las partes, como las pruebas que por una u otra razón hayan quedado sólo en manos de una de ellas. Por último, el Deber Profesional de Confidencialidad opera como una sombrilla amplia, la cual garantiza que la abogada no pueda revelar las confidencias ni la información de su cliente por su simple voluntad, sino que, para hacerlo, se vea compelido por una jueza o porque su propia clienta consintió en ello.

## Actividad de aprendizaje

### Propósito

Conocer las distintas categorías y comprender cuáles situaciones fácticas encajan en cada una de ellas.

### Herramienta

Hoja con situaciones y Diagrama de Venn.

### Técnica

Clasificación de conceptos en grupo.

### Dinámica

1. Solicite a sus estudiantes que formen grupos de 4 personas.
2. Comparta los casos y situaciones que están a continuación para que las resuelvan en grupo.
3. Proyecte el diagrama de Venn o dibuje uno similar en la pizarra.
4. Posteriormente pídale a un representante de cada grupo para que socialice las respuestas e indique el punto del diagrama, donde ubicaría la solución a cada una de las situaciones hipotéticas.
5. Discutan grupalmente cuál creen que es la solución adecuada y por qué.

### Evaluación de aprendizaje

Situaciones y casos hipotéticos:

1. Un cuaderno con anotaciones realizadas por usted (es decir, la abogada) sobre la entrevista que sostuvo con la compañera sentimental de su cliente, quien estaba presente el día en que ocurrieron los hechos por los que se está investigando a su cliente.
2. Un memorando realizado por usted, el cual resume una conversación con su clienta, en su oficina y a puerta cerrada, donde discutían sobre las ventajas y desventajas de llevar a un testigo en particular al juicio.
3. Lo que usted recuerde del aspecto físico de una exclienta que usted defendió hace varios años: su rostro, estatura, compleción física, rasgos particulares, etc.
4. Información sobre la inocencia o culpabilidad de una persona que se entrevistó con usted la semana pasada para analizar la posibilidad de contratarla como su abogada defensora en un proceso por el presunto homicidio de una mujer. Por decisión suya, dicho contrato no se celebró y usted no tuvo ninguna relación contractual con esa persona.
5. Información sobre el patrimonio de una exclienta, quien actualmente está adelantando un proceso de divorcio en el que lo representa otra abogada. Usted la representó como abogada penalista en un proceso por lavado de dinero hace un par de años.
6. Lo que usted recuerde de unos documentos que encontró dentro una caja en el archivo físico de la oficina de su clienta.

7. Un correo electrónico enviado por su clienta a usted, con copia a la directora del despacho de abogadas en el que usted trabaja.
8. Una llamada de su mejor amiga en la mitad de la noche, en la que le contó que acababa de atropellar a una persona en la carretera, que estaba muy nerviosa y que no sabía qué hacer al respecto.
9. Unas grabaciones de audio en las que se escucha a su clienta sobornar a una jueza. Dicha grabación la escuchó usted a solas con su clienta en su oficina.
10. Lo que usted recuerde sobre una conversación durante una cena, celebrada en la casa de su clienta junto con su familia, donde su clienta le dio las gracias por haberla salvado de la cárcel y juró no volver a robarse un peso de la administración pública.



## Capítulo 6. Las tácticas de defensa: ¿se puede mentir en la defensa penal?

<b>Competencias específicas</b>	Comprender los argumentos empleados para justificar por qué la labor del abogada penalista es diferente a las demás.	Comprender los argumentos que critican la postura de que la labor del abogado penalista es diferente a las demás prácticas jurídicas.	Comprender la tensión existente entre los valores de confidencialidad, honestidad y competencia y las repercusiones que esto tiene sobre las obligaciones de los abogados en el curso de un juicio.
<b>Indicadores de competencia del/la estudiante</b>	Es capaz de explicar con claridad la tensión que experimentan los abogados entre los valores de honestidad, confidencialidad y competencia.		
<b>Actividades de enseñanza</b>	<b>Actividad 1</b> El profesor fomenta una discusión, a través de casos hipotéticos.	<b>Actividad 2</b> Con base en la exposición del profesor, sus estudiantes redactan un ensayo donde manifiestan cuál de las dos posturas expuestas por consideran correcta según su propio juicio.	<b>Actividad 3</b> Con base en la presentación del profesor, los estudiantes tienen una discusión grupal sobre si es legal o no presentar una teoría alterna del caso en el ordenamiento jurídico mexicano.
<b>Técnicas didácticas</b>	Discusión grupal.	Ensayo personal.	Discusión grupal.
<b>Evaluación formativa</b>	Registro de participaciones.	Retroalimentación.	Registro de participaciones.
<b>Evaluación de aprendizaje</b>	Reporte colaborativo.	Ensayo de reflexión.	Reporte colaborativo.

## Actividad introductoria

### Propósito

Indagar sobre el valor de la verdad en un proceso judicial y sobre el rol que los abogados defensores deben cumplir (o no) para garantizar ese valor.

### Técnica didáctica

Discusión en equipos.

### Herramienta

Caso hipotético.

### Dinámica

El profesor solicita a sus estudiantes que lean el caso hipotético en equipos de tres integrantes y que discutan las preguntas que se presentan al final. Posteriormente cada grupo expondrá a la totalidad del salón de clase y habrá una discusión general al respecto.

### Evaluación

Reporte colaborativo.

## Introducción

Es un lugar común señalar que toda persona acusada de cometer un delito tiene derecho a contar con un abogado que la defiende de los cargos que se le imputan. No obstante, se habla menos sobre qué estrategias pueden emplear los abogados defensores sin atentar contra la ética profesional, los fines del proceso penal y los derechos de las víctimas actuales y potenciales.

En este capítulo nos enfocaremos en las tensiones que existen alrededor de la verdad en el proceso judicial. Las dos grandes preguntas que desarrollaremos serán:

1. ¿La persona imputada tiene derecho a mentir en el proceso judicial cuando decida rendir su versión de los hechos ante las autoridades judiciales?
2. ¿Puede el abogado formular una teoría activa del caso sugiriendo hechos que él sabe que son falsos?

La respuesta intuitiva de la persona común y corriente, que no está familiarizada con el derecho, sería decir que está mal, que no podemos tener abogados que fomenten las mentiras y oculten la verdad; que un proceso penal, donde hay mentiras es un proceso destinado al fracaso. Esta misma respuesta es la que sugiere el Código Penal Federal, el cual señala en sus artículos 231 y 247 bis, que ni abogados defensores, ni testigos, ni peritos pueden faltar a la verdad en sus intervenciones o declaraciones en el proceso penal.

No obstante, es posible que, al intentar aplicar esta norma del Código Penal Federal a un caso en concreto, surjan algunas discrepancias sobre cuándo se incurre en ese delito y cuándo no, particularmente, porque quienes mienten son el imputado y su defensor. Esto puede ocurrir por varias razones: primero, porque el imputado tiene derecho a no auto-incriminarse y esto, en cierta medida, implica un derecho a rehusarse a decir la verdad sobre lo ocurrido, lo cual a su vez puede resultar en decir mentiras. Segundo, y pasando ahora a su abogado, porque como vimos en los capítulos anteriores, pueden existir dudas sobre si un abogado puede estar seguro de que los hechos que le narra su cliente son ciertos o no: si es imposible tener certeza sobre la veracidad de unos hechos, será imposible alegar hechos falsos a sabiendas, pues no es posible acceder a la verdad, ya sea en términos epistemológicos o jurídicos; la verdad material se dictamina en el fallo del juez. Tercero y último, puede haber un debate sobre si sugerir una versión alterna de los hechos -que el abogado sabe que es falsa-, es una estrategia legítima dentro del derecho constitucional a una defensa adecuada.

Para aclarar este debate utilizaremos el siguiente caso hipotético, que a su vez usaron Mitchell (1987) y Subin (1987) en su debate sobre este asunto.



## Caso hipotético<sup>19</sup>

Usted está defendiendo a una mujer acusada de robar un adorno de navidad de una tienda. Los hechos ocurrieron de la siguiente manera: la mujer entró, tomó el adorno, y posteriormente salió caminando tranquilamente por la puerta de la tienda. La alarma se activó, el dueño de la tienda salió corriendo detrás de la señora y la detuvo para preguntarle si había tomado algún objeto de la tienda.

La mujer abrió su morral y de ahí sacó el adorno. Mientras esto ocurría, el dueño de la tienda tuvo que volver corriendo a la tienda, pues la alarma contra incendios se activó. Al volver, 15 minutos después, la mujer se encontraba sentada esperándolo. El adorno costaba 200 pesos y la mujer llevaba consigo un billete de 500 pesos.

Cuando usted entrevista a su clienta, ella le cuenta que tomó el adorno intencionalmente y que su objetivo era robarlo. Si bien tenía un billete de 500 pesos para pagarlo, no quería y no podía gastar ese dinero, pues era lo que le quedaba para pagar los servicios públicos. Quiso robarlo, pues le pareció un adorno muy bonito para su árbol de navidad y seguramente traería mucha felicidad a sus hijos.

Las dos preguntas cruciales frente a este caso serían:

¿Dejaría o sugeriría a su clienta que afirmara en su testimonio que su intención no fue robar el adorno, si no que fue un error y olvidó pagarlo? Justifique su respuesta.

¿Argumentaría que su clienta no quiso robar el adorno, si no que fue un error y que la prueba fehaciente es que no se escapó del dueño de la tienda cuando él regresó ante el aviso del incendio y además, tenía dinero suficiente para pagar el adorno?

Antes de adentrarnos con minucia en la pregunta, es necesario conocer un debate teórico que la antecede y que es más amplio. La pregunta es si el derecho penal admite estrategias de litigio y defensa más «agresivas», «controversiales» o «cuestionables», en comparación a las otras ramas del derecho. Es decir, la cuestión es si la labor del abogado penalista es *diferente* a la de otro tipo de abogados.

---

<sup>19</sup> Traducción libre del autor

## ¿Es diferente la labor del abogado penalista?

El poder público se manifiesta, a través de distintas formas y en distintas intensidades. Sin duda, el Derecho Penal es una manifestación de las más fuertes. En algunos lugares el derecho penal contempla la posibilidad de castigar determinados delitos con la pena de muerte. Si bien las otras ramas del derecho también autorizan al Estado a utilizar la fuerza para garantizar el cumplimiento de las normas y las obligaciones contractuales (por ejemplo, embargando bienes o salarios), ninguna rama da tanto margen de acción al poder público como el derecho penal. El bien jurídico que está en juego en la aplicación derecho penal es la libertad de las personas y, en algunos casos, su propia vida.

Ante esta amenaza del ejercicio de la violencia legítima por parte del Estado, surge la pregunta sobre si esto debe ser un factor a tener cuando evaluamos y juzgamos la conducta de los abogados penalistas y las personas que defienden en el proceso penal. Dado que los abogados penalistas defienden a los acusados del uso del poder más crudo y violento de parte del Estado, ¿Deberíamos permitir que defiendan de manera más celosa los derechos de los acusados? ¿Es legítimo permitir que los abogados penalistas utilicen tácticas cuestionables dados los bienes jurídicos tan relevantes que están en juego? ¿Tienen los imputados derecho a mentir en el proceso penal? Teniendo en cuenta el enorme poder del Estado que se enfrenta a un solo individuo en el curso de un caso penal ¿Deberíamos nivelar las cargas aceptando que los abogados penalistas incurran en prácticas que podrían ser cuestionables, cuando hay una igualdad material entre las partes en disputa, como puede ocurrir en una disputa civil entre dos personas naturales?<sup>20</sup>

A continuación, expondremos los principales argumentos esgrimidos para justificar una mayor amplitud al rango de conductas y estrategias de las que pueden disponer los abogados penalistas y sus defendidos. Posteriormente expondremos las críticas que señalan que el derecho penal no es necesariamente un caso atípico y por lo que, los abogados penalistas no deberían gozar, como regla general, de mayor laxitud en sus estrategias judiciales. Posteriormente trataremos de abordar las preguntas de índole más práctico contenidas en el párrafo anterior.

### El derecho penal es diferente, pues es la expresión máxima y cotidiana del poder omnímodo del Estado

Luban (1988) afirma que la defensa celosa y excesiva -y en ocasiones «tramposa» o «mentirosa»- del abogado defensor en materia penal, se puede justificar por que el Estado es la principal amenaza a los derechos de las personas, especialmente a su libertad. La premisa que sostiene este argumento es una representación donde el Estado es todo poderoso y el individuo que interactúa con él, a través del proceso judicial, es sumamente débil. Además, existe la sensación de que el Estado está constantemente tentado a exceder los poderes que legítimamente se le atribuyeron. En razón a esto, y con el fin de proteger la libertad de la ciudadanía, es necesario contar con un régimen de ética profesional que permita a los abogados penalistas ejercer una defensa intensa y celosa, con la finalidad de, no sólo de proteger a su cliente individual, sino de mantener «domesticado» al Estado y sus agentes en lo que respecta al uso del poder público. El constante enfrentamiento entre abogados defensores y fiscales lleva a que éstos últimos, se autoimpongan estándares de conducta sumamente altos y a que el uso del derecho penal sea mínimo y cuidadoso con las libertades de las personas.

<sup>20</sup> No obstante, en el plano civil, puede ser erróneo afirmar que existe igualdad material. Luban (1988) argumenta que en las disputas civiles se puede dar una asimetría de poder entre las partes en disputa, similar a la que él arguye que existe en el derecho penal. Ver, Wendel, 2016.

## La crítica de William Simon a la visión de Luban

En oposición a Luban, William Simon (1998) considera que no hay argumentos suficientemente convincentes para justificar una mayor laxitud en el comportamiento ético de los abogados penalistas. Simon construye tres críticas puntuales al argumento de Luban para sustentar su punto.

### La representación de la relación Estado *versus* individuo no es del todo cierta

Simon (1998) argumenta que el grueso de casos donde el Derecho penal interviene dista de asemejarse a la descripción hecha por Luban. Si bien es cierto que, en algunos casos el Estado puede ser el Leviatán que se enfrenta a un individuo solo y desamparado y es probable que haya un abuso del poder público; una mirada más aterrizada en la cotidianidad mostraría un enfrentamiento mucho más nivelado o incluso, en algunos casos, desnivelado a favor de la persona imputada.

Según Simon, es erróneo afirmar que el Estado como «un todo» se enfrena a la persona imputada. En su opinión, una descripción más fidedigna de la realidad mostraría que la disputa se da entre una fiscalía con altísimas cargas de trabajo y ahogada en redes burocráticas, contra un abogado defensor que, en algunos casos puede estar tan sobrecargada de trabajo como la fiscal pero que, en otros casos, puede tener una cantidad impresionante de recursos (asistentes administrativos, paralegales, pasantes, equipo investigador, tecnología etc.) que ponen al equipo del imputado en una clara situación de ventaja respecto del Estado.

Si la descripción de Simon se asemeja más a la práctica cotidiana, no habría razón alguna para permitir una mayor laxitud en las estrategias que emplean los abogados defensores, pues sería falso que el «campo de batalla» estuviera desbalanceado de manera estructural.

### La invisibilización de las víctimas

Para Simon, la descripción de Luban invisibiliza a las víctimas y sus derechos. En la concepción de Luban, el conflicto parece ser exclusivo entre el Estado (todopoderoso) y la persona imputada (solitaria y desprotegida). No obstante, esa representación omite a las víctimas actuales (es decir, las que fueron afectadas por el hecho puntual materia de controversia) y a las víctimas potenciales (cualquier otra persona que pueda verse afectada en un futuro si el acusado no fuera declarado responsable y reincidiera en un acto criminal). Para Simon, las víctimas, actuales y potenciales, también tienen derechos y no se puede ni se debe ocultar la forma en que serían afectados por las acciones de abogados defensores en favor de los intereses de sus clientes, sin consideración alguna por los efectos sobre otras personas.

### El desconocimiento de las amenazas provenientes del poder privado

En la representación de Luban la libertad de la ciudadanía parece ser un valor central para la comunidad política. Tan es así que, incluso la libertad puede primar sobre otros valores como la responsabilidad, la verdad o la solidaridad. Dicha preocupación por la libertad justifica que los abogados penalistas tengan un mayor margen de maniobra en la defensa de los intereses de sus defendidas. Si esta preocupación es sincera, Simon cree que no podemos perder de vista la forma en la que se puede

ser amenazado, no solo por el Estado, sino por particulares que, a través de la criminalidad afectan la libertad de los ciudadanos. Si el sistema penal permite que personas realmente culpables queden libres gracias a estrategias cuestionables empleadas por sus abogados, la libertad de la ciudadanía queda en vilo, pues probablemente estas personas sigan delinquiriendo. En pocas palabras, para Simon el sistema penal no puede ser visto únicamente como una amenaza a la libertad de los acusados, sino como una herramienta que, si funciona correctamente, protege la libertad de todos los ciudadanos.

Las posturas de Simon y Luban respecto a la naturaleza del proceso penal y a las dinámicas de poder que se dan en su interior, nos sugieren cursos de acción distintos. Para Luban, dado el desnivel de poder entre el Estado, la persona acusada y la magnitud del castigo ejercido, a través del derecho penal, es entendible e incluso loable que el abogado penalista pueda tener una defensa más agresiva y celosa de los intereses de su cliente (en comparación a la defensa que podría exhibirse, por ejemplo, en el campo civil, puesto que no está en juego ni la libertad ni la vida de las personas y aparentemente hay mayor igualdad entre las partes). Por su parte, Simon es escéptico ante la descripción propuesta por Luban y cree que no es del todo cierto que todos los procesos penales puedan ser representados a través de un Estado omnipotente y una persona acusada, desvalida y solitaria. El escepticismo de Simon frente a dicha representación, sumado a su observación que la libertad puede verse también afectada por las acciones del acusado y su abogado, llevan a considerar que la práctica del derecho penal no puede considerarse como excepcional frente al resto de campos jurídicos (civil, laboral, etc.) y por ende, no sería aceptable sugerir que los abogados penalistas tengan mayor laxitud en las estrategias que emplean para la defensa de los intereses de sus clientes, en comparación con quienes trabajan en otras áreas del derecho.

## Actividad de aprendizaje

### Propósito

Discernir cuál de las dos posturas se acerca más a la opinión del estudiante y por qué.

### Técnica didáctica

Reflexión.

### Dinámica

El profesor solicita a sus estudiantes que redacten una reflexión de máximo 1,500 palabras, en la cual expliquen cuál de las dos posiciones (Luban o Simon) les parece más adecuada y desarrollen por qué.

### Evaluación

Ensayo individual.



## ¿Tienen las personas imputadas derecho a mentir?

Antes de tratar de enfocarnos en los deberes del abogado y las tácticas permisibles en el derecho penal, es necesario responder la pregunta sobre si el imputado tiene o no derecho a mentir en el curso del proceso.

En primera instancia es fundamental recordar que el artículo 20 de la Constitución reconoce el derecho del imputado a declarar libremente o a guardar silencio. Ninguna persona imputada está obligada a declarar y, si decide permanecer en silencio, eso no podrá ser usado como un indicio en su contra.

Por su parte, el artículo 49 del Código Nacional de Procedimientos Penales relativo a la protesta señala<sup>21</sup>:

Dentro de cualquier audiencia y antes de que toda persona mayor de dieciocho años inicie su declaración, **con excepción del imputado**, se le informará de las sanciones penales que la ley establece a los que se conducen con falsedad, se nieguen a declarar o a otorgar la protesta de ley; acto seguido se le tomará protesta de decir verdad.

[...]

A las personas menores de doce años y a los imputados que deseen declarar se les exhortará para que se conduzcan con verdad.

La redacción del artículo 49, entre líneas sugiere que todos los testigos mayores de 18 años deberán decir la verdad, de lo contrario podrían ser sometidos a las sanciones penales pertinentes. Por su parte, los menores de doce años y los imputados están simplemente exhortados a decir la verdad, pero a ellos no se les advierte de las sanciones penales que podrían surgir en caso de que mintieran.

Esta excepción implícita a la obligación de declarar verazmente guarda sentido con el derecho a no auto-incriminarse, pues si a las personas imputadas se les atribuyeran sanciones penales por no decir la verdad, estarían casi obligadas a reconocer la comisión del delito cuando se les interrogara sobre ello. Si no aceptasen su responsabilidad penal en el curso del interrogatorio, adicionalmente se les acusaría y declararían responsables por el delito de falsedad en juramento.

Aunque suene incómodo, la ley reconoce la garantía de la persona acusada a no estar obligada a decir la verdad sobre lo ocurrido, de manera que no se auto incrimine.

No obstante, hay un punto en el que es importante prestar atención. La persona imputada tiene derecho a guardar silencio y a no auto-incriminarse, pero ¿de este deriva el derecho a mentir durante los interrogatorios que se realicen en el proceso? Según el artículo 49 del Código Nacional de Procedimientos Penales, la respuesta es que sí puede mentir.

No obstante, los abogados no quedan libres de cualquier responsabilidad por la información que se vierta al proceso. El Código Penal Federal en su artículo 231 contempla como delito propio de patrones abogados y litigantes alegar a sabiendas hechos falsos. Es decir, que el imputado no será sancionado penalmente por mentir en su declaración, pero su abogado sí.

<sup>21</sup> Énfasis del autor

## La tensión entre los valores de confidencialidad, honestidad y competencia<sup>22</sup>

Según lo anterior, es evidente que en México los imputados no están obligados a revelar la verdad y que, si bien se les exhorta a decir la verdad en su declaración en el proceso penal, si llegasen a mentir no habría ninguna consecuencia penal para ellos. Aunque esta es la regulación actual que rige los procedimientos penales, queremos ilustrar el debate y las tensiones que subyacen en él, pues creemos que arrojar luces sobre esto puede ser útil para pensar si esta forma de regular la declaración del imputado en el proceso penal -y la forma como el abogado debe comportarse cuando sabe que su cliente está mintiendo- puede ameritar algún cambio o si, por el contrario, es la única o la mejor forma de regular este asunto.

Para efectos de adentrarnos en el debate y entender lo que está en juego al decidir como regular este asunto, mostraremos a manera de ejemplo y someramente, cómo se regula este tópico en la legislación estadounidense, pues dicha regulación difiere sustancialmente de la mexicana. Es importante recordar, tal como lo hicimos en el capítulo relativo al secreto profesional, que esta comparación no tiene como fin argumentar que la legislación estadounidense sea mejor que la mexicana ni que se deba implementar de manera exacta esta misma regulación en México. Creemos que usar la legislación estadounidense para estudiar este asunto podrá servir para discernir las tensiones que en la legislación mexicana no son evidentes. A continuación, expondremos algunos escenarios hipotéticos y la forma en que la legislación estadounidense sugiere tratarlos.

Como se ha señalado en los capítulos anteriores, el funcionamiento adecuado del sistema penal requiere un delicado balance entre la defensa de los derechos de las personas imputadas y la defensa de los intereses de la sociedad, que buscan castigar y disuadir la criminalidad a través del derecho penal. El «recurso» (por llamarlo de alguna manera) que se busca balancear es la información; es necesario que al proceso penal lleguen datos y pruebas destinadas a determinar qué fue lo que realmente ocurrió. Si se ponen demasiadas trabas al flujo de información o se permite que se introduzca información falsa, el sistema penal difícilmente logrará determinar la verdad de lo ocurrido.

Por otro lado, y como se ha mencionado reiteradamente, «la verdad» no es el único objetivo que se persigue en el proceso penal. El proceso penal, además, está comprometido con respetar los derechos y la dignidad humana del imputado. Por esta razón existen salvaguardas que impiden que se busque la verdad a toda costa, sin importar como afecte esto a la persona imputada (por ejemplo, se prohíbe la tortura, se le otorga el derecho a guardar silencio y a no auto-incriminarse).

En algunos sistemas, el abogado defensor se limita a cumplir con el objetivo de defender los intereses de la persona acusada. Para estos sistemas, el flujo de información fidedigna en el proceso no es responsabilidad del abogado defensor, sino que es un objetivo logrado a través de la dialéctica del proceso, donde interactúan el ente acusador, el abogado defensora y el juez. En el sistema judicial estadounidense (que sigue siendo un sistema penal basado en el sistema acusatorio) el abogado no es solamente defensor de su cliente, es también oficial de la corte (*Officer of the Court*). Esto implica que tiene dos deberes que entran en tensión: por un lado, defender los intereses de su cliente y garantizar la confidencialidad de sus comunicaciones, de manera que pueda haber un flujo de información adecuado y, consecuentemente, una defensa técnica; por otro lado, asegurarse de que el proceso judicial funcione adecuadamente y no haya abusos o fraudes que se constituyan como obstáculos ilegítimos e ilegales a la búsqueda de la verdad. La tarea es compleja, pues habrá situaciones en las que posiblemente tendrá que revelar información confidencial, advirtiendo a la corte que su cliente ha dicho alguna falsedad.

<sup>22</sup> La tensión entre estos tres valores es lo que Wendel denomina «Trilemma» (Pennington, 1991)

## ¿Qué debería hacer el abogado si su cliente mintiera o tuviera la intención de mentir en un proceso penal?

La Carta de Derechos (*Bill of Rights*) contempla en su quinta enmienda el derecho a no auto incriminarse. De esta forma, ante cualquier pregunta que se haga al imputado, puede decidir guardar silencio al respecto, sin ser interpretado como un indicio de culpabilidad. No obstante, cuando el imputado decide libre y autónomamente declarar en el juicio, renuncia a dicho privilegio y debe responder a todas las preguntas de su defensora y de la contraparte con la verdad. De llegar a decir mentiras incurrirá en el delito de falso testimonio (perjurio).

El hecho de que el cliente pueda renunciar a su derecho reclama, por sí solo, un rol más activo de su abogada, en comparación con el caso mexicano, ya que el cliente no tendría ninguna consecuencia adversa por mentir u ocultar la verdad en su declaración. De esta forma que, en el sistema estadounidense, el abogado debe explicarle a su cliente que puede guardar silencio y no autoincriminarse, pero, también debe indicarle que puede renunciar a ese derecho (por ejemplo, si cree que rendir testimonio puede ayudar a su caso), con la condición de que responda con la verdad todas las preguntas de la contraparte. Debe advertirle que de no hacerlo podría ser investigado y condenado por el delito de falso testimonio.

En caso de que el cliente decida renunciar a ese derecho, su abogado debe tomar las medidas necesarias para que no mienta en sus declaraciones «acciones preventivas». Si, por ejemplo, el defensor tiene razones válidas y suficientes para creer que su cliente va a mentir en sus declaraciones, debe hacer el esfuerzo por formular su interrogatorio eludiendo los temas específicos sobre los cuales su cliente pudiera mentir. Suena extraño, pero de cierta forma el abogado pudiera tener una especie de disputa con su cliente que dificultara sus objetivos. En realidad, de manera preventiva, está evitando que su cliente incurra en un delito, y que la información que se vierta en el proceso sea cierta. Además, el abogado también se está protegiendo a sí mismo, pues está evitando que se le acuse de participar activamente en dicho delito, al hacer las preguntas sobre las que sabe que su cliente va a mentir. De no adoptar estas medidas, el abogado podría resultar responsable, tanto por la falta al código de ética, como por el delito de falso testimonio en calidad de cómplice o copartícipe.

Si a pesar de los esfuerzos del abogado para disuadirlo de mentir y de diseñar un interrogatorio que dificulte la mentira, su cliente miente, el abogado está obligado a tomar acciones para tratar de reparar el daño causado al proceso por la mentira de su cliente (acciones reparativas).

La forma en la que el abogado trate de reparar dicho daño debe ser cuidadosa. Según el análisis de Wendel (2016), se sugiere al abogado seguir una secuencia de pasos, cuya omisión podría hacerle incurrir en una falta disciplinaria:

1. Detener el interrogatorio tan pronto el abogado se de cuenta de que su cliente dijo una mentira, a fin de poder hablar con su cliente, de manera privada y tratar de convencerlo de corregir su testimonio una vez se reanude la audiencia.
2. Si el cliente no corrige su versión y persiste en la mentira, el abogado deberá informarle que deberá renunciar a su representación, pues de seguir, podría verse implicado en el delito. No obstante, y esto es importante, este curso de acción sólo es válido, si realmente puede lograr su cometido. Si al cliente no le importa que su abogado renuncie, serviría de poco, pues el nuevo abogado que lo reemplace no sabría nada sobre la mentira y además la información falsa entraría al proceso.
3. Si la amenaza no funciona, el abogado no debe renunciar a la representación, sino emplear la última medida: revelar a la corte que su cliente ha mentido.

## ¿Puede el abogado formular una teoría activa del caso sugiriendo hechos sabiendo que son falsos?

Según la legislación mexicana, los imputados están exhortados a decir la verdad en su declaración, pero no están obligados a hacerlo. Si faltan a la verdad no habrá ninguna sanción penal por ello. De acuerdo con esto, si una persona imputada decide mentir en su declaración, su abogado no está obligada a impedirlo. A lo sumo podrá aconsejarle que no lo haga, pero no está obligado a revelarle al juez que su cliente mintió. De hecho, si llegase a hacerlo podría ser sancionado disciplinariamente por revelar un secreto de su cliente.

La regulación que aplica a los abogados es diferente a la que se aplica a los imputados. Como hemos señalado en secciones anteriores, el Código Penal tipifica como un delito propio de los abogados alegar hechos falsos a sabiendas. Según esto, las personas imputadas sí pueden mentir, pero sus abogados no. Esta regulación disímil puede generar un incentivo para que los abogados traten de conocer lo menos posible del caso, a fin de no mentir a sabiendas y así no incurrir en el delito.

De esta forma, retomamos la pregunta: ¿Puede el abogado formular una teoría activa del caso sugiriendo hechos a sabiendas que son falsos?

Volvamos al caso hipotético del robo del adorno de navidad utilizado por Wendel, para tratar de dar respuesta a la pregunta que nos estamos haciendo: ¿Si la imputada confiesa a su abogado que su intención real fue robar el adorno navideño, podría éste argumentar ante el juez que, dado que la imputada no escapó cuando el dueño de la tienda regresó a atender el incendio, y puesto que tenía dinero de sobra en su cartera para comprar el adorno, su intención nunca fue robar dicho adorno? ¿Sería esto alegar hechos falsos? ¿Sugerir que la clienta no robó, sino que olvidó pagar el adorno, sería alegar hechos falsos? La respuesta tajante sería que sí, pues su abogado estaría haciendo una representación falsa de lo ocurrido, a sabiendas, pues la clienta ya ha confesado la verdad.

Como bien señala Wendel, la formulación de una teoría alterna del caso puede resultar una estrategia comúnmente empleada por los abogados defensores, pues en la práctica muchos consideran que una defensa adecuada no se puede limitar a contradecir la teoría del caso formulada por el Ministerio Público, sino que además es necesario contar una versión alterna de los hechos. La versión elaborada de este argumento sostiene que las personas somos persuadidas por la articulación de historias que narran una versión creíble de los hechos, no por simples críticas a una versión particular de los hechos (Pennyngton, 1991). Es decir que la duda razonable no se establece demostrando que el caso del Ministerio Público es débil, sino cuando se logra construir un caso alternativo creíble que le permita creer al juez que, efectivamente, los hechos pudieron haber ocurrido de otra manera.



Estos dilemas sin respuestas correctas existen, en gran parte, por que pocas veces los órganos judiciales

(Cortes Supremas, Cortes Constitucionales o Cortes que vigilan las actuaciones de los/las abogadas) se limitan a construir el derecho a una defensa adecuada en términos del acceso a ella (presencia del defensor en las diligencias, acceso a un defensor público, etc.) y no en los medios que se consideran adecuados para ejercer la defensa.

Más allá de, si este tipo de práctica es comúnmente usada o no por los litigantes (que en caso de serlo no sería un argumento sobre su legalidad y legitimidad), la pregunta de fondo es: si esta estrategia es una forma legítima de retar la versión del Ministerio Público y poner a prueba su caso. Es cierto que permitir el uso de esta estrategia otorga una mejor defensa a la persona imputada. Sin lugar a duda, narrar una historia alternativa creíble y bien estructurada (sea falsa o no) influye en la convicción del juez. No obstante, aceptar su uso implica permitir que se interpongan más obstáculos a la búsqueda de la verdad. Estos obstáculos, como ya hemos señalado, son necesarios pues buscan proteger los derechos del imputado. No obstante, la pregunta de fondo es cuáles de ellos son legítimos y cuáles no. Aunque es difícil (y controversial) afirmar que esta estrategia está prohibida en el ordenamiento jurídico mexicano, la obligación que impone el Código Penal a los abogados de no alegar hechos, a sabiendas que saben que son falsos, implicaría entonces reconocer que en un caso hipotético como el expuesto en este capítulo, el abogado no podría sugerir una teoría alterna del caso. De hacerlo, estaría incurriendo en el delito contemplado en el código penal.

## Actividad de aprendizaje

### Propósito

Reflexionar sobre el rol del abogado y la verdad en los procesos judiciales.

### Técnica didáctica

Discusión en grupo.

### Dinámica

Organizados en tríos, los estudiantes se preguntarán si la formulación de una teoría alterna del caso es ética o no y si debería permitirse en el ordenamiento jurídico mexicano. Posteriormente cada grupo socializará su discusión con la totalidad del salón de clase.

### Evaluación

Participación de los estudiantes.

## Capítulo 7. ¿Hay límites éticos en la práctica de los interrogatorios y en la formulación de alegatos de fondo?

<b>Competencias específicas</b>	Comprender por qué es relevante la dimensión ética en la práctica de interrogatorios y la formulación de alegatos de fondo.	Comprender los argumentos otorgados por Berger para explicar qué tipo de interrogatorios y alegatos de fondo son éticos y legales.	Conocer las reglas del ordenamiento jurídico mexicano relativas a la materia.
<b>Indicadores de competencia del/la estudiante</b>	Identifica qué técnicas interrogativas son éticas de acuerdo con los criterios propuestos por Berger y la legislación mexicana.		
<b>Actividades de enseñanza</b>	<b>Actividad 1</b> Discusión grupal sobre un caso hipotético.	<b>Actividad 2</b> Discusión grupal sobre un caso real.	<b>Actividad 3</b> Proyección de videos.
<b>Técnicas didácticas</b>	Discusión grupal.	Discusión grupal.	Análisis de videos.
<b>Evaluación formativa</b>	Registro de participaciones.	Registro de participaciones.	Registro de participaciones.
<b>Evaluación de aprendizaje</b>	Reporte individual.	Reporte individual.	Reporte individual.

## Introducción

---

### El interrogatorio

Es uno de los medios probatorios empleados en los procesos judiciales para reconstruir la verdad y poder administrar justicia. Para efectos de este capítulo vamos a hablar de interrogatorio en un sentido amplio, refiriéndonos tanto al examen directo de testigos, como al contra interrogatorio. Si bien, en ambas modalidades las preguntas para la testigo pueden ser «incómodas»; en el contra interrogatorio tal «incomodidad» se potencializa al tratar con la contraparte<sup>23</sup>.

Una peculiaridad de este medio probatorio es que, para producir la prueba; es decir, para que realmente exista un testimonio, es necesario tener una o varias testigos dentro del proceso. La testigo debe tener una interacción con las abogadas de ambas partes y jueza. Las abogadas formulan preguntas y la testigo las responde. En esta práctica probatoria pueden surgir dilemas éticos que generan tensión entre los siguientes valores: el derecho a la defensa de la persona imputada, la protección a la dignidad de la testigo y la verdad dentro del proceso judicial.

Es importante resaltar que la testigo es una persona que desconoce el derecho -a menos que sea abogada- y que será confrontada por un técnico jurídico, quien la atacará directamente y buscará: favorecerse de lo que diga; evidenciar que no es alguien a quien deba creérsele; o buscará señalar que, a pesar de ser digno de crédito, no se debe creer lo que dice ante la corte (atacará sus palabras).

### Derecho a la defensa

La persona imputada tiene derecho a que su abogada defienda sus intereses y a que sea declarada penalmente responsable únicamente cuando se demuestre su culpabilidad, más allá de toda duda razonable. La defensa de su abogada puede implicar poner a máxima prueba al Ministerio Público. Dentro de las estrategias de defensa está la posibilidad de aportar testimonios y contrainterrogar a las testigos. La pregunta que nos interesa para este capítulo es si es o no lícito cuestionar sobre hechos que la abogada sabe que son ciertos, y si es lícito o no, formular preguntas que, si bien pueden contribuir para la defensa de su cliente, pueden afectar la dignidad e intimidad de la víctima o la testigo que esté siendo interrogada.

### Protección a la dignidad de testigos y víctimas

Todos los procesos judiciales implican un intenso proceso emocional y las personas que participan en él (partes, apoderadas, jueza, testigos, etc.) se verán afectadas de alguna manera. La reconstrucción de lo ocurrido implica hurgar en el pasado y, en algunos casos, esto puede implicar la revelación de información o secretos que sin duda afectan emocionalmente a las personas implicadas. Los casos paradigmáticos son los delitos contra la libertad sexual, ya que se vuelve necesario recordar lo ocurrido y,

---

<sup>23</sup> En este capítulo transcribiremos parte de algunos interrogatorios hipotéticos que autores estadounidenses han elaborado para reflexionar en torno a los tipos de preguntas que pueden realizarse a una testigo. Es posible que tales interrogatorios sean exagerados y que las preguntas pudieran objetarse, sin embargo, los utilizamos dados los fines de nuestra sesión.



además, la práctica jurídica termina yendo más allá, para indagar en la vida sexual, tanto de la víctima como del victimario. Para estos casos es necesario preguntarse qué información es realmente relevante para el caso y qué información sobra o resulta irrelevante desde el punto de vista jurídico. Estas cuestiones se tornan importantes, pues los interrogatorios sin límites éticos pueden convertirse, como veremos más adelante, en escenarios de revictimización.

Además de la revictimización, las testigos pueden ver su dignidad afectada pues, quiérase o no, un proceso judicial guiado por una lógica dialéctica, en el cual distintas personas rinden testimonio de lo ocurrido, implica necesariamente darles mayor relevancia a unas versiones sobre otras. En pocas palabras, un proceso judicial implica creerle a unas y no creerles a otras. Esto, en algunos casos, puede resultar doloroso y ofensivo, pues la búsqueda de la verdad conlleva interrogatorios intensos; las abogadas de las partes buscan desacreditar a las testigos y hacerlas ver como mentirosas o como personas que no recuerdan de manera exacta lo ocurrido.

## La búsqueda de la verdad

En medio de los intereses de la persona imputada, la víctima y las testigos está la búsqueda de la verdad. Es cierto que los intereses y derechos de estas personas deben ser protegidos, pero el proceso también debe acercarse a la verdad de lo ocurrido. Como mencionamos anteriormene, la búsqueda de la verdad implica, en determinados momentos, hurgar en aspectos del pasado y en intimidades que normalmente no deberían ser ventiladas en un juicio público. Además, dicha búsqueda implica una extracción casi que violenta y obligada de la verdad. Las testigos ofrecen su testimonio jurando decir la verdad. Este juramento implica violar cualquier pacto de confianza que tuviesen con alguien cercano (obviamente es importante recordar que la ley, específicamente el artículo 361 del Código de Procedimientos Penales, contempla excepciones al deber de rendir testimonio contra familiares cercanos). Así mismo, se busca la verdad, a través de interrogatorios, generalmente públicos, donde las testigos están obligadas a responder las preguntas que les formulen. Su testimonio no es realmente libre y su relato de los hechos no es espontáneo, sino que se circunscribe a lo que se le pregunte. Lo anterior implica que, desafortunadamente, la búsqueda de la verdad en el proceso judicial implica, cierto grado de incomodidad o afectación a las participantes en el proceso. La pregunta clave es, si hay límites a los medios que se emplean para la búsqueda de la verdad.

Las dos preguntas cruciales que cristalizan las tensiones entre los valores descritos anteriormente son estas:

1. ¿Es lícito cuestionar la veracidad de una testigo cuando yo, como abogada, sé que está diciendo la verdad?
2. ¿Es lícito formular preguntas que atenten contra la intimidad de la testigo o de la víctima y que además alimenten estereotipos sociales?

La respuesta a estas preguntas -como todas las que nos planteamos en este libro- debe ir permeada por la idea de que estamos respondiéndolas en el contexto del derecho penal. Como vimos en capítulos anteriores, algunos argumentos sostienen que las conductas de las abogadas penalistas gozan de un mayor margen de «agresividad» en comparación con quienes se desempeñan en otras áreas del derecho. No obstante, también hay argumentos para sostener que el derecho penal y los intereses que están en juego, no son factores relevantes para responder a estos dilemas éticos. Empezaremos respondiendo a la primera pregunta.

## **¿Es lícito cuestionar la veracidad de una testigo cuando yo, como abogada, sé que está diciendo la verdad?**

---

### **Actividad de aprendizaje**

#### **Propósito**

Comprender las tensiones que existen entre los valores de la verdad, el derecho a la defensa y la protección de la dignidad de quienes intervienen en el proceso.

#### **Herramienta**

Caso hipotético.

#### **Dinámica**

La profesora solicita a sus estudiantes que lean y discutan el caso hipotético y respondan qué harían si fueran la abogada de la persona imputada. En primera instancia discutirán el caso en grupos de 4 personas y posteriormente socializarán sus respuestas con el resto del grupo.

#### **Evaluación**

Reporte colaborativo.



## Caso hipotético

Carlos, un hombre de 33 años, ha sido denunciado por el delito de Abandono de Personas, pues ha dejado de suministrar dinero para el pago de alimentos de un hijo que tuvo con una exnovia hace ya 10 años. La denuncia fue interpuesta por la madre de su hijo. Carlos le confesó a su abogada que decidió dejar de pagar alimentos, cuando se enteró, que hace 12 años, su novia le fue infiel con su mejor amigo. A raíz de esto, Carlos sintió tanta rabia, que decidió dejar de pagar alimentos a su hijo, pues sabía que, al hacerlo, dificultaba la vida de su exnovia, quien se encuentra desempleada. En la actualidad, Carlos tiene dinero para pagar alimentos, pues tiene una pequeña fábrica de muebles a la que le va muy bien. Con el fin de demostrar que no tiene ingresos y que por ende, no es culpable de no pagar alimentos, Carlos transfirió todas sus propiedades, incluida la fábrica, a un amigo.

Con el fin de demostrar que Carlos sí tiene ingresos y que además es dueño de una fábrica, el Ministerio Público ofrecerá el testimonio de la principal cliente de la fábrica de Carlos, una señora de 87 años. Una vez esta señora se enteró de que Carlos no daba dinero para la crianza de su hijo, se molestó con él y decidió participar en el proceso judicial para ofrecer su testimonio, señalando que Carlos es dueño de una empresa y tiene los medios económicos para sostener a su hijo. Esta señora afirmará en la audiencia que todas las negociaciones para la fabricación y venta de muebles las ha hecho con Carlos desde hace varios años. De estas negociaciones y compraventas no existen documentos pues todo el proceso se llevó a cabo de manera verbal directamente entre Carlos y ella.

La abogada de Carlos sabe que sí tiene dinero y que sí es el dueño de la empresa de muebles; sabe que la testigo no dirá ninguna mentira. La abogada se entera de que esta señora, dada su avanzada edad, sufre de problemas en su memoria y que, de hecho, ha tenido episodios en los que su memoria de largo plazo se ha visto afectada. La abogada puede tratar de poner en tela de juicio la memoria de la testigo, señalando que en realidad está confundida y no recuerda bien los rasgos físicos ni la voz de Carlos. Además, puede aportar el historial clínico de la señora, con el fin de probar que su memoria no es exacta. ¿Es lícito que lo haga, a pesar de saber que esta testigo está diciendo la verdad?

La forma en que la abogada decida actuar frente a este dilema, depende de cuál sea su visión sobre el rol de la defensora en materia penal. Este fue un tema que cubrimos en el capítulo anterior. Si adoptamos la postura defendida por Simon (1998) según la cual, el derecho penal no es un campo diferente o excepcional, nos inclinaremos por señalar que no sería lícito cuestionar la veracidad de un testimonio que sabemos que es cierto. Si, por el contrario, adoptamos la postura de Luban (1988), de que el derecho penal sí es diferente por lo que está en juego, consideraríamos la posibilidad de cuestionar la veracidad del testimonio, a pesar de saber que es cierto.

Aunque no conocemos trabajos empíricos en México y Latinoamérica que arrojen luz sobre si las abogadas penalistas realmente cuestionan la veracidad de testimonios que saben ciertos, nos arriesgamos a creer que sí podría ocurrir en la práctica cotidiana del derecho penal. Basándonos en esa intuición, detallaremos los distintos escenarios del proceso judicial, donde comúnmente se ataca la veracidad de los testimonios y, basándonos en la poca literatura que existe al respecto, sugeriremos en cuáles casos es lícito ese cuestionamiento y en cuáles no. Para efectos estrictamente pedagógicos, adoptaremos la postura de Luban<sup>24</sup>. Aunque consideraremos como válida una defensa penal agresiva que cuestiona la veracidad de los testimonios que la abogada defensora sabe que son ciertos, señalaremos cuándo el cuestionamiento es válido y cuándo no.

<sup>24</sup> Es decir, nos adherimos a esa posición, pero de manera cualificada. No obstante, como señalamos anteriormente, esta adhesión es sólo para fines estrictamente pedagógicos no quiere decir que estemos de acuerdo con la posición de Luban ni con la de Simon. Lo que buscamos en este manual es abrir un debate y darle a la comunidad académica un catálogo de argumentos e información para invitarlas a tener un debate serio e informado sobre la ética profesional de la abogada.

## Escenarios de cuestionamiento

Para ilustrar de manera práctica las formas en que se cuestiona la veracidad de los testimonios en los procesos judiciales, utilizaremos en su totalidad el trabajo de Berger (2015, pp. 294-296). A continuación, trabajaremos con una traducción libre del caso hipotético.



### Caso real

#### El caso de Commonwealth v. Cassidy

A las 7:00 pm del 14 febrero del año 2000, la policía de Filadelfia recibió una llamada en la que se informaba que un hombre que vestía una camiseta roja y una sudadera azul llevaba una pistola en su mano.

A las 7:03 pm, el oficial de policía Frank Drebin llegó a la escena. Drebin testificó que, para ese, entonces llevaba ya varios años trabajando en ese lugar de la ciudad y que era considerada peligrosa. El porte ilegal de armas era uno de los delitos más comunes en esa zona.

Cuando el oficial Drebin llegó a la escena se dio cuenta que el sospechoso, quien luego sería identificado como Quinton Cassidy, estaba parado en una de las aceras. Al ver al oficial Drebin, Cassidy empezó a caminar rápidamente en el sentido opuesto. Cassidy vestía pantalones negros y llevaba una camiseta color café. En la parte de atrás de la sudadera, el oficial Drebin pudo ver la silueta de una pistola. El oficial estaba a unos 12 metros de Cassidy. El oficial desenfundó su arma previendo cualquier inconveniente. El oficial le dijo a Cassidy que se detuviera. En ese momento, Cassidy sacó el arma de su espalda y empezó a caminar hacia el oficial. Temiendo que Cassidy le disparara, el oficial le disparó tres veces en una pierna. Posteriormente, Cassidy fue arrestado. Se tomó el arma de la mano derecha de Cassidy y sus huellas quedaron en ella. La pistola pesaba unos dos kilogramos. Cassidy fue arrestado y acusado de porte ilegal de armas. El oficial Drebin fue investigado por la oficina de control interno, la cual determinó que su uso de la fuerza había sido legal y legítimo. Ningún otro testigo fue llamado a juicio por las partes.

La investigación reveló que el oficial Drebin tenía una serie de antecedentes cuestionables en relación con el uso de la fuerza. Uno de los antecedentes más graves fue cuando disparó a cinco hombres desarmados en un parque. En ese caso el oficial argumentó que el uso de su arma había sido justificado, por que había visto a varios hombres en toga apuñalando a otro hombre, frente a 100 personas en un parque. Posteriormente se reveló que los hechos que había visto el oficial ese día en el parque eran una representación teatral de Julio César. Debido a esto, el oficial Drebin estuvo bajo periodo de prueba.

A través de este caso hipotético, Berger (2015) nos invita a imaginar cuál sería la estrategia de la abogada defensora de Cassidy, para demostrar su inocencia. Berger considera que su abogada dirigiría sus esfuerzos para hacer que el jurado<sup>25</sup> creyera que el oficial Drebin es un policía incompetente, quien usa descuidadamente la fuerza letal. En esta versión, el oficial habría reaccionado de manera equivocada (como ya le había ocurrido antes) y habría disparado a un civil desarmado para después plantarle un arma e inventar que, supuestamente, el civil habría llevado un arma. Para lograr esto, la abogada defensora insinuaría que algunas partes de la historia rendida por el oficial son falsas, como por ejemplo haber sido capaz de ver la pistola a 10 metros de distancia en medio de la noche y con poca iluminación o la posibilidad de que, una pistola que pesa dos kilos pudiera sostenerse en la pretina elástica de su pantalón deportivo. El oficial habría fabricado toda su historia para salir inocente y conservar su trabajo. Pero ¿cómo lograría esto la abogada de Cassidy? Primero tendría que interrogar a Drebin (p. 301).

## Las estrategias en el interrogatorio

### El interrogatorio basado en la verdad

Como bien señala el subtítulo, este interrogatorio tiene como finalidad lograr que la testigo diga cosas que son realmente ciertas. En principio no es evidente cuál será la utilidad del interrogatorio para la estrategia de la defensa, pero más adelante, las respuestas serán útiles para usarse en contra de la testigo y construir la teoría alterna del caso propuesta por la defensa. Berger (2015, pp. 302-303) imagina un interrogatorio que se desarrollaría de la siguiente forma:

**Pregunta:** Oficial, cuando usted llegó a la escena ¿estacionó el carro a 10 metros de donde se encontraba mi cliente?

**Respuesta:** Sí.

**Pregunta:** ¿Estaba oscuro en ese momento?

**Respuesta:** Sí, lo estaba.

**Pregunta:** ¿Usó su linterna?

**Respuesta:** No, nunca saqué mi linterna.

**Pregunta:** ¿Mi cliente llevaba puesto un pantalón deportivo?

**Respuesta:** Sí.

**Pregunta:** ¿De las que tienen elástico en la cintura?

**Respuesta:** Sí, supongo, así son los pantalones deportivos.

**Pregunta:** ¿La pistola, que supuestamente llevaba mi cliente, pesaba alrededor de 2 kilogramos?

**Respuesta:** Creo que sí...o al menos eso es lo que dice el reporte.

<sup>25</sup> Berger escribe desde Estados Unidos donde la responsabilidad penal es decidida por jurados de civiles y no por jueces.

**Pregunta:** ¿Lo que usted afirma, entonces, es que la pistola que pesaba 2 kilos se sostuvo en la pretina elástica del pantalón de mi cliente?

**Respuesta:** Sí, eso fue lo que yo vi.

**Pregunta:** Oficial, ¿es cierto que hace un tiempo usted disparó a varias personas en un parque y solamente recibió una advertencia sobre no volver a cometer algo similar?

**Respuesta:** Sí, pero lo hice de manera justificada. Pensé que estaban apuñalando a un hombre y la oficina de control interno aceptó mi justificación.

**Pregunta:** ¿Actualmente se encuentra en periodo de prueba?

**Respuesta:** Sí.

**Pregunta:** Le dijeron que un error más de este tipo y sería despedido ¿cierto?

**Respuesta:** Sí, así es.

**Pregunta:** De hecho, si la oficina de control interno encontrara que los tres disparos que recibió mi cliente no fueron justificados, usted podría ser acusado penalmente ¿cierto?

**Respuesta:** Sí, eso creo.

### ¿Es ético y legal este tipo de interrogatorio?

Con base en las normas de ética profesional de la *American Bar Association* (particularmente la regla 3.4 (e) de las reglas modelo), Berger concluye que esta manera de interrogar sí es ética y su uso debe estar permitido, pues hay buena fe que subyacente en la pregunta; es decir, la pregunta no busca engañar al jurado o referirse a asuntos que no tienen que ver de ninguna forma con el caso. La pregunta busca, de manera genuina, cuestionar aspectos de la teoría del caso del Ministerio Público. En este caso, la abogada cuenta con argumentos válidos y suficientes para formular sus preguntas. El aspecto crucial para saber si una pregunta es ética y legal, es saber si la abogada que la formula cuenta realmente con alguna prueba, evidencia o inferencia que le permita mostrar que dicha pregunta es verdaderamente importante y necesaria para argumentar su caso ante la Corte (Berger, 2015, p. 311).

### El interrogatorio basado en la mentira

Este interrogatorio opera de manera completamente contraria al interior, pues la abogada formula la pregunta a sabiendas que el predicado es completamente falso. Al formular la pregunta, espera que la testigo niegue lo que la pregunta implica. Esta estrategia le permite a la abogada defensora presentar su teoría del caso como una historia alternativa y diferente a la que presenta el Ministerio Público. Berger (2015:304) propone el siguiente interrogatorio hipotético:

**Pregunta:** Oficial, ¿es cierto que usted nunca vio a mi cliente tomar la pistola porque estaba muy oscura la noche?

**Respuesta:** Yo sí lo vi sacar la pistola.

**Pregunta:** ¿De verdad? ¿Cree que reaccionó muy rápido al disparar tal y como le pasó en el incidente del parque hace unos años?

**Respuesta:** Por supuesto que no. El uso de la fuerza en el incidente del parque se encontraba totalmente justificada.

**Pregunta:** De hecho, ¿No es cierto que mi cliente nunca tuvo una pistola en su poder?

**Respuesta:** No, eso no es cierto. Su cliente sí tenía una pistola en su poder.

**Pregunta:** Mire, seamos honestos. Usted sabía que no podía decirle a la oficina de control interno la verdad; que le disparó en la pierna a un hombre desarmado, porque usted perdería su trabajo ¿No es eso cierto?

**Respuesta:** No, no es cierto. Su cliente sí estaba armado. Yo sí le dije la verdad a la oficina de control interno.

**Pregunta:** ¿No tenía miedo de que en caso de que mi cliente muriera se le acusara a usted de su asesinato?

**Respuesta:** Él trató de dispararme.

**Pregunta:** Usted sabía que tenía que plantar una pistola en la escena para justificar los disparos que realizó contra mi cliente, ¿cierto?

**Respuesta:** No sé cuántas veces tenga que decirle esto, su cliente agarró el arma que llevaba con él.

**Pregunta:** Después de dispararle, usted puso una pistola en manos de mi cliente, ¿cierto?

**Respuesta:** ¡Usted es un mentiroso! ¡Yo nunca hice eso!

Este tipo de interrogatorio permite a la abogada defensora hilar una historia. A través de las preguntas y respuestas, la defensa logra sugerir una teoría del caso donde hay una secuencia ordenada de eventos y explica cada uno con base en los objetivos que persiguen los actores incluidos en la historia y las cosas que tienen que hacer para lograr dichos objetivos. En este caso, la historia se trata de un oficial de policía incompetente que está en riesgo de perder su trabajo y por ende tiene necesidad de fabricar una historia donde no aparezca como responsable.

### ¿Es ética y legal esta estrategia?

Para Berger este tipo de preguntas no son ni éticas ni legales, pues no están basadas en la buena fe (Berger, 2015, p. 314). En este caso la abogada defensora es consciente de que está sembrando en la mente de los jurados una versión alternativa de los hechos, al forzar al testigo a responder de manera negativa todos los hechos que sugiere cada una de las preguntas formuladas. La abogada defensora sabe abiertamente qué fue lo ocurrido y sus preguntas se basan en inferencias que sabe que son falsas. Por ejemplo, la abogada defensora es consciente de que su cliente sí estaba armado y por ende sabe que es completamente falso que el policía hubiese plantado un arma en la escena.

## Los alegatos de fondo

Los testimonios rendidos en un proceso judicial no son puestos en duda únicamente en los contra-interrogatorios. Los alegatos de fondo son otro escenario donde las abogadas retoman los testimonios rendidos durante el juicio y cuestionan su veracidad. Berger analiza tres tipos de alegatos de fondo y también nos da su opinión sobre si la forma en que se cuestiona la veracidad de los testimonios es ética y legal según las normas jurídicas estadounidenses.

### El alegato de falsa implicación

En este tipo de alegatos la abogada nunca dice algo que sepa que es falso. En términos más específicos, nunca dice que la persona acusada es inocente, simplemente dice que no es culpable. Además, en este alegato se presenta una explicación alternativa que busca defender al acusado sin que su abogada afirme algo falso. La clave de este tipo de alegatos es que la teoría del caso, que elabora la defensa, nunca se haga de manera expresa o evidente, sino más bien, que llegue al jurado, a través de inferencias; conectando los puntos que la abogada defensora va dibujando en la mente de la jueza o el jurado. El argumento de cierre que Berger (2015, p. 306) propone es el siguiente:

Mi cliente no es culpable del crimen del que se le acusa. Les pido, señores y señoras del jurado, considerar lo siguiente: el ministerio público debe probar más allá de toda duda razonable que mi cliente tenía un arma. Para probar esto, ustedes deben encontrar, más allá de toda duda razonable, que el oficial vio el arma en posesión de mi cliente en una calle oscura a altas horas de la noche. Ustedes también deben preguntarse si mi cliente podía llevar una pistola de dos (2) kilogramos sostenida únicamente con el elástico del pantalón deportivo.

Al decidir si el Ministerio Público probó, más allá de toda duda razonable, ustedes deben preguntarse si realmente creen en las pruebas presentadas por el Ministerio Público sin un mínimo atisbo de duda. Al decidir si le creen o no al Oficial de policía, ustedes deben tener en cuenta que él tenía mucho que perder si se determinaba que había disparado a un ciudadano desarmado pues, como ustedes ya saben, se encontraba en un periodo de prueba por hechos similares. Podría perder su trabajo o incluso ser acusado de intento de homicidio. El oficial Drebin tiene mayor oportunidad de no ser despedido o acusado, si logra probar que la persona a quien disparó tenía un arma en su poder.



## El alegato de «las pruebas sugieren»

Para Berger la característica principal de este alegato es que, al momento de sugerir una versión alternativa de los hechos, que la abogada defensora sabe que es falsa, acredite sus afirmaciones diciendo que es la versión que «las pruebas sugieren».

El argumento de cierre que Berger (2015, pp. 307-308) propone en esta categoría es el siguiente:

Las pruebas sugieren que mi cliente es inocente. El Ministerio Público debe probar más allá de toda duda razonable que mi cliente tenía en su poder un arma de fuego. Las pruebas demuestran que el oficial no pudo ver el arma, pues estaba en una calle oscura con escasa iluminación. Las pruebas también muestran que mi cliente no podía llevar un arma de dos kilos en el elástico del pantalón deportivo.

Ustedes han analizado pruebas sobre todos los problemas que tendría el oficial de policía si se revelara que le disparó a un ciudadano desarmado. Como ustedes saben, está en periodo de prueba por hechos similares y podría perder su trabajo e, incluso, ser acusado de intento de homicidio. El oficial Drebin tendría mayor probabilidad de no ser despedido o acusado de un crimen, si la persona a la que le disparó llevara un arma consigo. El oficial Drebin tiene, entonces, un motivo para mentir sobre lo que ocurrió ese día. La evidencia sugiere que el oficial Drebin plantó un arma en mi defendido.

### ¿Son éticos y legales los alegatos de la falsa implicación y «la evidencia sugiere»?

Para Berger estos dos tipos de argumentos son éticos y legales bajo la regulación estadounidense. Un aspecto crucial es que, en ellos la abogada únicamente le pide a jueces o jurado hacer inferencias razonables, a partir del material probatorio aportado legalmente al juicio. Además, en ninguno de estos argumentos, la abogada le dice de manera explícita a la jueza o jurado algo que sabe que es falso; la abogada no miente. En ambos casos se sugiere una posible versión alternativa de los hechos sin afirmar que ésta sea la verdadera. Lo que sí se hace es cuestionar si la culpabilidad se probó más allá de toda duda razonable. Si bien es cierto que la abogada defensora sabe que las inferencias que le está sugiriendo al jurado son falsas (pues sabe de la culpabilidad de su cliente), este intento de engaño se produce dentro de los límites éticos propios del proceso judicial.

La clave parece radicar en dos aspectos: primero, la abogada no está mintiendo. La abogada está diciéndole al jurado que para declarar responsable a su defendido el Ministerio Público debe probar la culpabilidad más allá de toda duda razonable, (cosa que es cierta) y además la abogada defensora nunca ha dicho de manera explícita que el oficial no vio el arma o que su cliente es inocente. Segundo, la inferencia que la abogada está sugiriéndole al jurado, es decir que el oficial Drebin tenía mucho que perder si se determinaba que le había disparado a un ciudadano desarmado y que, por ende, su tabla de salvación sería afirmar que el ciudadano al cuál le disparó estaba armado; es una inferencia razonable y cierta.

Este análisis de Berger parece sugerir que es válido «engañar» y «alejar» al jurado de la verdad que conoce la abogada defensora, siempre y cuando se haga a través de unos medios específicos donde no se permite la mentira burda y abierta. (Berger, 2015, p. 315)

Señoras y señores del jurado, mi cliente es inocente. El oficial Drebin ha rendido su versión de los hechos y ha mentido. Déjenme decirles qué fue lo que realmente ocurrió esa noche. No podemos creerle al oficial Drebin cuando afirma que vio a mi cliente con una pistola. Con la poca iluminación que había en esa calle, era imposible que el Oficial Drebin pudiese ver algo. No hay forma de que mi cliente pudiera llevar una pistola de dos kilos en la pretina del pantalón deportivo sin que se le cayera. Esa versión de los hechos sería francamente cómica, si no fuera porque, a través de ella están acusando a una persona inocente.

Lo que realmente ocurrió fue lo siguiente: el oficial respondió a un llamado de la central y llegó al lugar de los hechos, donde vio a mi cliente quien no estaba haciendo nada malo. Mi cliente caminó alejándose del oficial. Cuando el oficial lo llamó y mi cliente empezó a caminar hacia él, sin ningún miedo y seguro de sí mismo, pues no estaba haciendo nada malo, el oficial no pudo haber visto nada, pues estaba muy oscuro. Drebin perdió su calma y raciocinio y disparó sin pensarlo dos veces.

Después de darse cuenta de que mi cliente nunca tuvo un arma en su poder, el oficial Drebin plantó una en mi cliente. El oficial Drebin sabía que se jugaba el pellejo y por eso lo hizo. Esa es la razón por la cual el arma tiene las huellas de mi cliente. Lo cierto es que Drebin haría todo lo que fuera necesario para no perder su trabajo y no ser acusado de homicidio.

### ¿Es ético y legal este alegato?

En comparación con los otros dos tipos de argumentos de cierre, el de la historia falsa es el que articula de manera más explícita una versión falsa de los hechos. Contrario a los otros dos tipos de argumento de cierre, en este no hay frases que cualifiquen las aseveraciones que hace a la abogada defensora. En la historia falsa, la abogada no invita al jurado a contemplar la posibilidad de que los hechos hubiesen ocurrido de otra forma; en esta historia afirma que, efectivamente, los hechos ocurrieron de otra forma y que su defendido es inocente. En el caso específico de Cassidy, su abogada defensora miente abiertamente. Está afirmando que su cliente es inocente, cuando sabe que es culpable. En razón a lo anterior, para Berger (2015, p. 321), este tipo de argumento no es ético ni legal a la luz de la regulación estadounidense.

## ¿Cómo regula la legislación mexicana la conducta de sus abogadas en los interrogatorios?

Utilizamos la explicación de Berger por dos razones: la primera es de tipo pedagógico; porque es sumamente práctica y permite aterrizar en la realidad, a partir de un caso hipotético, unas reglas particulares de ética profesional relativas a la conducción de interrogatorios y alegatos de fondo. La segunda razón fue de tipo ilustrativo. Como ha sido costumbre, varios capítulos de este libro se han apoyado en la regulación estadounidense de la ética profesional para mostrar dos cosas: primero, la importancia de la ética profesional, la cual se evidencia en el desarrollo de una regulación bastante amplia, minuciosa y técnica; segundo, para expandir la visión que tenemos y así, darnos cuenta de que no hay una forma única o natural de regular las actuaciones de las abogadas. Podemos pensar e imaginar múltiples formas de hacerlo. La lección, al menos para el tema particular de los interrogatorios, es que pueden existir normas que limiten de manera precisa el tipo de preguntas que se puede hacer y el tipo de alegatos de fondo que se puede ofrecer.

La legislación mexicana también tiene normas jurídicas que guían y regulan la práctica de los interrogatorios. El artículo 373 del Código Nacional de Procedimientos Penales señala lo siguiente sobre la materia:

**Artículo 373.** Reglas para formular preguntas en juicio: Toda pregunta deberá formularse de manera oral y versará sobre un hecho específico. En ningún caso se permitirán preguntas ambiguas o poco claras, conclusivas, impertinentes o irrelevantes o argumentativas, que tiendan a ofender al testigo o peritos o que pretendan coaccionarlos. Las preguntas sugestivas sólo se permitirán a la contraparte de quien ofreció al testigo, en contrainterrogatorio.

Si bien, la redacción del artículo es algo vaga y no contamos con doctrina o jurisprudencia que nos de luces sobre cómo sería aplicada en los cuestionarios hipotéticos de Berger, si leemos esta norma a la luz de los tipos penales específicos para las abogadas, consagrados en el Código Penal Federal es plausible intuir que las respuestas que se darían desde México a los escenarios hipotéticos planteados por Berger, serían similares. Veamos el artículo del Código Penal referente a los delitos de abogadas, patronos y litigantes:

#### Artículo 231 - CAPITULO II

Delitos de abogados, patronos y litigantes

Se impondrá de dos a seis años de prisión, de cien a trescientos días multa y suspensión e inhabilitación hasta por un término igual al de la pena señalada anteriormente para ejercer la profesión, a los abogados, a los patronos, o a los litigantes que no sean ostensiblemente patrocinados por abogados, cuando cometan algunos de los delitos siguientes:

I.- Alegar a sabiendas hechos falsos, o leyes inexistentes o derogadas; y

Una lectura conjunta, armónica y final de ambas normas sugiere que su propósito es garantizar el debido proceso y la igualdad de armas entre las partes. Simultáneamente, se intenta blindar el proceso de información falsa e irrelevante, así como de actuaciones de abogadas que busquen ofender o coaccionar a los testigos en sus respuestas. Según la norma del Código Penal, es claro que la abogada no puede alegar hechos falsos a sabiendas. No obstante, no es del todo claro que de esa prohibición se desprenda una consecuente obligación de no utilizar los interrogatorios como mecanismos para introducir una historia falsa en la mente de jueces o miembros del jurado.

A pesar de este vacío normativo en el derecho mexicano, creemos que los alegatos de la historia falsa y las preguntas basadas en hechos falsos irían en contra de lo que buscan garantizar las normas anteriormente citadas. Prohibir que las abogadas mientan por voz propia, pero permitir que construyan historias completamente falsas, a través de los testimonios y que afirmen que son verdaderas, sin ningún tipo de cualificación, sería un contrasentido para el objetivo que busca perseguir la norma contenida en el código penal. En todo caso, y queremos ser enfáticos en esto, reconocemos que puede haber dudas respecto a si dichos interrogatorios y alegatos de cierre están permitidos o no en México.

## **¿Es lícito formular preguntas que pueden atentar contra la intimidad de testigos o víctimas y que, además, alimentan estereotipos sociales?**

---

### **Actividad de aprendizaje**

#### **Propósito**

Aproximarse a la tensión que existe entre el derecho a la defensa y la protección de la dignidad e intimidad de las personas que intervienen en proceso judicial.

#### **Técnica**

Discusión grupal.

#### **Dinámica**

1. La profesora explica un caso real a sus estudiantes.
2. Les facilita el material que considere necesario para que entiendan la totalidad del caso, haciendo énfasis en la forma que las abogadas de la acusada interrogaron a la víctima.
3. Posteriormente la profesora facilitará una discusión grupal donde se discuta si sería legítimo prohibir la formulación de ese tipo de preguntas, a efectos de proteger la intimidad y dignidad de las víctimas de delitos sexuales o si, por el contrario, esta sería una medida violatoria del derecho de defensa de la acusada.

#### **Evaluación**

Participación de las estudiantes.



## Caso real

En enero del 2015, un caso ocurrido en los Estados Unidos permitió abrir, así fuese por un corto tiempo, el debate sobre qué tipo de preguntas pueden formular las abogadas en los interrogatorios, cuando ello implica, no sólo afectar la dignidad e intimidad de la víctima o de la testigo, sino además alimentar estereotipos sociales falsos y nocivos.

El caso involucra a dos estudiantes de la Universidad de Stanford en California, un hombre y una mujer. Una noche, en una fiesta universitaria, el hombre abusó sexualmente de la mujer en un callejón. El hombre fue visto por dos transeúntes que lo detuvieron y rescataron a la mujer que estaba completamente inconsciente. El hombre fue puesto a disposición de las autoridades. Posteriormente, se inició una investigación penal para determinar la responsabilidad del involucrado. Durante los procedimientos judiciales el hombre aceptó haber tenido relaciones sexuales con la mujer, pero alegó que éstas habían ocurrido con el consentimiento de ella. La indignación del público no se limitó al violador y las estrategias de sus abogados, sino que también se dirigió al juez. Al momento de dictar sentencia, el juez decidió que, dado que el victimario era un nadador sobresaliente, quien estaba en proceso de clasificar para ir a los Juegos Olímpicos en representación de EE. UU., la sentencia sería una pena privativa de solo seis meses y una vigilancia especial (lo que en el sistema jurídico estadounidense se denomina *probation*) por tres años, a fin de no arruinar la brillante carrera deportiva del victimario.

Hasta este punto, el caso permite abrir un debate sobre si la estrategia empleada por los abogados del victimario es ética o no, y si la actuación del juez es ajustada a derecho o no. No obstante, quisiéramos centrar la atención en otro aspecto del caso: las preguntas que formularon los abogados del victimario a la víctima. Estas preguntas, y lo que experimentó la víctima al momento de pasar al estrado a responderlas, se hicieron públicas gracias a una carta abierta que la misma víctima escribió y que circuló en distintos medios de comunicación. A continuación, incluiremos la transcripción de un fragmento de la carta, para dar cuenta del sufrimiento al que fue expuesta la víctima durante el interrogatorio.



Esta carta fue publicada de manera anónima, pero está disponible en la siguiente página web:

[https://www.buzzfeed.com/katie-jmbaker/heres-the-powerful-letter-the-stanford-victim-read-to-her-ra?utm\\_term=.lvgG2J6g2v#.afnmwlRrwD](https://www.buzzfeed.com/katie-jmbaker/heres-the-powerful-letter-the-stanford-victim-read-to-her-ra?utm_term=.lvgG2J6g2v#.afnmwlRrwD)

Al comienzo pensé que este caso no tendría la necesidad de llegar a un juicio. Todo era tan evidente. Había testigos, había mugre y tierra en mi cuerpo. Él trató de escapar, pero fue capturado. Pensé que él iba a aceptar los cargos, que se iba a disculpar de manera formal y ambos trataríamos de seguir adelante con nuestras vidas. La realidad fue otra. Me dijeron que contrató a un excelente abogado, tenía testigos expertos (sic), investigadores privados que tratarían de encontrar todos los detalles de mi vida privada que pudieran ser usados en contra mía, tratarían de encontrar vacíos en mi historia para desacreditarme y demostrar que no fue violación sexual, sino que simplemente se trató de un malentendido entre los dos.

No solamente me dijeron que había sido abusada, me dijeron que, como no podía recordar nada, técnicamente no podía probar que no hubiese consentido a esa relación sexual de corte abusivo. Y eso me desorientó, me afectó, casi que me rompió por dentro. Es el tipo de confusión más triste que he vivido: que me digan que fui atacada en un callejón, pero que no es claro si realmente fue un abuso o si fue algo consentido. Tuve que pelear un año para dejar en claro que había algo erróneo con esta situación.

Cuando me dijeron que me preparara en caso de que no ganáramos, les dije que no me puedo preparar para eso. Él era culpable desde el minuto en que recobré el conocimiento. Nadie puede convencerme de que él no me hizo daño. Lo peor de todo, me advirtieron, dado que él ya sabe que tu no recuerdas nada de lo que pasó, él tendrá la oportunidad de escribir el guion. El podrá decir lo que quiera y nadie podrá objetar. Yo no tenía poder alguno, no tenía voz, estaba indefensa. La pérdida de mi memoria sería usada en contra mía. Mi testimonio era débil, incompleto y me hicieron creer que, tal vez, yo no sería suficiente para ganar el caso. Su abogado le recordaba constantemente al jurado que al único al que podían creerle era a Brock, pues yo no recordaba nada. Esa indefensión fue traumatizante. [...]

¿Cuántos años tienes? ¿Cuánto pesas? ¿Qué comiste ese día? ¿Qué cenaste ese día? ¿Quién te preparó la cena? ¿Tomaste algo durante la cena? ¿No? ¿Ni siquiera agua? ¿Cuándo tomaste? ¿Cuánto tomaste? ¿De qué vaso tomaste? ¿Quién te dio el vaso del que tomaste? ¿Cuánto bebes normalmente? ¿Quién te llevó a la fiesta? ¿A qué hora? ¿En qué lugar exacto te dejaron? ¿Qué llevabas puesto? ¿Por qué fuiste a esa fiesta? ¿Qué hiciste cuando llegaste a la fiesta? ¿Estás segura de que hiciste eso? Pero ¿a qué hora hiciste eso? ¿Qué quiere decir este mensaje de texto? ¿A quién le enviaste este mensaje de texto? ¿Cuándo orinaste? ¿Dónde orinaste? ¿Con quién orinaste? ¿Estaba en silencio tu teléfono cuando te llamó tu hermana? ¿Recuerdas haber silenciado tu teléfono? ¿Sí? ¿Segura? Por qué quisiera recordarle al jurado que en la página 53 dice que no habías puesto tu celular en silencio... ¿tomaste mucho alcohol en el colegio? ¿Dijiste que eras una persona muy fiestera? ¿Cuántas veces has quedado inconsciente después de una borrachera? ¿Has ido a fiestas de fraternidades? ¿Tienes una relación seria y comprometida con tu novio? ¿Tienes una vida sexual activa con él? ¿Cuándo empezaste a tener una vida sexual activa? ¿Alguna vez serías infiel a tu pareja? ¿Has sido infiel? ¿Qué quisiste decir cuando dijiste que querías «recompensarlo»? ¿Recuerdas a qué hora recobraste el conocimiento? ¿Llevabas puesto tu suéter? ¿De qué color era tu suéter? ¿Recuerdas algo más de esa noche? ¿No? Bueno, dejemos que Brock nos cuente qué más pasó.

Fui abaleada con preguntas que buscaban diseccionar mi vida personal, mi vida amorosa, mi pasado, mi vida familiar, preguntas inocuas que acumulaban detalles triviales para tratar de encontrar una excusa para mi victimario quien me tenía casi desnuda antes de haberse si quiera molestado por preguntarme mi nombre. Después de un asalto físico y sexual fui asaltada con preguntas diseñadas para atacarme para decir «¿ven? Su versión de los hechos no encaja, ella esta loca, es prácticamente una alcohólica, seguramente estaba buscando un chico esa noche. Él es un atleta, o un atleta en potencia, ¿no? Ambos estaban borrachos esa noche. Todo lo que ella recuerda es desde su llegada al hospital en adelante, entonces ¿para qué tener eso en cuenta? Brock tiene mucho en juego en este instante, el pobre está pasando por un momento muy duro...»

Esta carta evidencia, de manera muy vívida, la revictimización que puede ocurrir en un proceso judicial. Una defensa a ultranza de los derechos del acusado, realizada a través de un interrogatorio sin límites éticos claros, puede resultar para la víctima tan doloroso como la agresión que la llevó a reclamar justicia.

## La protección a la dignidad e integridad de las testigos en la legislación mexicana

Afortunadamente, la legislación mexicana es consciente de los riesgos y ataques a la dignidad que se pueden suscitar en los interrogatorios. En razón a esto, contiene disposiciones tendientes a evitarlos o, por lo menos, a mitigarlos. Por ejemplo, el Código Nacional de Procedimientos Penales reconoce el derecho a la intimidad y a la privacidad en el desarrollo de los procedimientos:

### Artículo 15. Derecho a la intimidad y a la privacidad

En todo procedimiento penal se respetará el derecho a la intimidad de cualquier persona que intervenga en él, asimismo se protegerá la información que se refiere a la vida privada y los datos personales, en los términos y con las excepciones que fijan la Constitución, este Código y la legislación aplicable.

Con el fin de proteger el derecho a la intimidad, el mismo código contempla excepciones al principio de publicidad que debe regir a todos los procesos penales:

### Artículo 64. Excepciones al principio de publicidad

El debate será público, pero el Órgano jurisdiccional podrá resolver excepcionalmente, aun de oficio, que se desarrolle total o parcialmente a puerta cerrada, cuando: I. Pueda afectar la integridad de alguna de las partes, o de alguna persona citada para participar en él; II. La seguridad pública o la seguridad nacional puedan verse gravemente afectadas; III. Peligre un secreto oficial, particular, comercial o industrial, cuya revelación indebida sea punible; IV. El Órgano jurisdiccional estime conveniente; V. Se afecte el Interés Superior del Niño y de la Niña en términos de lo establecido por los Tratados y las leyes en la materia, o VI. Esté previsto en este Código o en otra ley. La resolución que decrete alguna de estas excepciones será fundada y motivada constando en el registro de la audiencia (...)

Por último, y en relación particular con los delitos contra la libertad sexual, el Código de Procedimientos Penales señala en el artículo 346 lo siguiente:

### Artículo 346. Exclusión de medios de prueba para la audiencia del debate

Una vez examinados los medios de prueba ofrecidos y de haber escuchado a las partes, el Juez de control ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidos en la audiencia de juicio, aquellos medios de prueba que no se refieran directa o indirectamente al objeto de la investigación y sean útiles para el esclarecimiento de los hechos, así como aquellos en los que se actualice alguno de los siguientes supuestos

(...)

Asimismo, en los casos de delitos contra la libertad y seguridad sexuales y el normal desarrollo psicosexual, el Juez excluirá la prueba que pretenda rendirse sobre la conducta sexual anterior o posterior de la víctima.

Entonces, estas normas nos permiten concluir que en México las juezas tienen el deber de proteger la intimidad de las personas que participan en el proceso. Este deber parece acentuarse o, por lo menos, ser más claro en los delitos sexuales, donde se le ordena a la jueza excluir cualquier prueba sobre la conducta sexual anterior o posterior de la víctima. No obstante, y esto es importante anotarlo, estas normas le imponen deberes a las juezas, quienes están llamadas a actuar de oficio para proteger la dignidad e intimidad de los intervinientes en el proceso. Desafortunadamente, no hay normas jurídicas que impongan ese mismo deber de cuidado y respeto a las abogadas. Si bien es cierto que las juezas están llamadas a excluir la prueba, y que materialmente ésta no será tenida en cuenta en el proceso, el que no haya una norma que imponga este deber a las abogadas puede ser interpretado, al menos en el plano simbólico, como una señal de que las abogadas no tienen deber alguno de cuidar o velar por la integridad de personas ajenas a su clientela, como pueden ser testigos o contraparte.

## Actividad de aprendizaje

### Propósito

Distinguir cuáles técnicas interrogativas son éticas y legales, según la exposición de Berger y la legislación mexicana en la materia.

### Técnica didáctica

Discusión de grupo.

### Recurso

Videos.

### Dinámica

La profesora solicita a sus estudiantes que se organicen en grupos de 4 personas y que vean los videos cuyos enlaces se enlistan a continuación. Después de ver cada video, los estudiantes discutirán en sus grupos si los interrogatorios que se realizan en ellos son legales a luz de la propuesta de Berger y de la legislación mexicana en la materia.

- Contrainterrogatorio El Abogado del Diablo  
<https://www.youtube.com/watch?v=YXesAGj42TI>
- Interrogatorio y Contrainterrogatorio (Víctima) Culpable o Inocente  
[https://www.youtube.com/watch?v=U1gCq\\_u7Zkw](https://www.youtube.com/watch?v=U1gCq_u7Zkw)
- Juicio oral Penal Contrainterrogatorio para desacreditar a testigo  
<https://www.youtube.com/watch?v=8pu8uOy6Jm4>

### Evaluación

Participación de las estudiantes.



## Capítulo 8. Conflictos de interés

<b>Competencias específicas</b>	<p>Comprender qué son los conflictos de interés y entender la importancia de regularlos jurídicamente.</p> <p>Conocer la normatividad jurídica que regula el asunto.</p>	<p>Comprender los bienes jurídicos que protege la regulación relativa a los conflictos de interés.</p> <p>Comprender los efectos que tiene la regulación sobre los conflictos de interés en el mercado de los servicios legales</p>
<b>Indicadores de competencia del/la estudiante</b>	<p>Identifica la existencia de un conflicto de interés.</p> <p>Distingue los tipos de conflictos de interés y la forma en que se configuran.</p>	
<b>Actividades de enseñanza</b>	<p><b>Actividad 1</b></p> <p>Discusión de grupo, a partir de un caso hipotético para identificar qué son los conflictos de interés.</p>	<p><b>Actividad 2</b></p> <p>Análisis del tema, a partir de una película.</p>
<b>Técnicas didácticas</b>	<p>Discusión de grupo.</p> <p>Exposición del profesor.</p>	<p>Ensayo.</p>
<b>Evaluación formativa</b>	<p>Registro de participaciones.</p>	
<b>Evaluación de aprendizaje</b>	<p>Ensayo.</p>	

## Introducción

---

Este capítulo tiene cuatro objetivos:

1. Explicar qué son los conflictos de interés y por qué es importante regularlos jurídicamente.
2. Describir la normatividad jurídica que comúnmente regula los conflictos de interés en la profesión jurídica y señalar las normas jurídicas mexicanas que tratan este tema.
3. Identificar qué bienes jurídicos protege el conflicto de interés y cómo lo hace.
4. Señalar, someramente, los efectos que puede tener la regulación de los conflictos de interés sobre el mercado de los servicios jurídicos y su distribución en la sociedad.

## Actividad introductoria

### Propósito

Aproximarse a los conflictos de interés para entender qué valores se protegen y por qué es importante regularlos.

### Herramienta

Caso hipotético.

### Técnica didáctica

Discusión de grupo.

### Dinámica

Antes de hacer la presentación del marco teórico, el profesor solicita a sus estudiantes que lean y discutan el caso hipotético y respondan las siguientes preguntas:

1. ¿Encuentran algún problema en esta situación?
2. ¿Por qué se configura ese problema? ¿Qué riesgos puede generar?
3. ¿Qué valores pueden verse afectados?
4. ¿Cómo creen que podría solucionarse este problema?

## ¿Qué son los conflictos de interés y por qué es importante regularlos jurídicamente?



### Caso hipotético

Carlos Fernández es un abogado penalista que trabaja en un prestigioso despacho. Un día recibe un caso de un político muy famoso llamado Edgar Benítez, quien está siendo acusado por hechos de corrupción. Carlos asume el caso y empieza a trabajar en su defensa. Seis meses después, su esposa, Pilar Moreno es nombrada Fiscal General y uno de los casos más importantes para su oficina es precisamente el de Edgar Benítez. Su esposa necesita mostrar resultados y avances en este caso, pues la ciudadanía quiere saber qué fue lo que realmente ocurrió. ¿Podría el nombramiento de su esposa afectar la parcialidad y el profesionalismo que Carlos exhibe en la defensa de los intereses de Edgar Benítez?

Como explicamos en los primeros capítulos, el funcionamiento adecuado de un sistema acusatorio requiere que los abogados que intervienen en él operen bajo el principio de parcialidad. Este principio exige que cada abogado se interese única y exclusivamente por los intereses de su cliente. Para el abogado, sus intereses personales o los de terceros no deben ser un obstáculo para defender celosa e intensamente las pretensiones de su cliente. La premisa es que cada una de las partes que intervienen en un proceso esté representada también por un abogado que opera bajo el mismo principio. Si todo funciona bien, habrá una división ética del trabajo que arrojará los mejores resultados posibles para todos los involucrados. Cuando un abogado defiende dos o más intereses contrapuestos afecta el principio de parcialidad y, por consiguiente, el funcionamiento global del sistema acusatorio.

El caso hipotético parece ilustrar una situación donde pudiera haber un conflicto de interés. Por un lado, Carlos se debe a Edgar Benítez. Para que esa defensa pueda ser de buena calidad, el abogado debe garantizar lealtad a su cliente. El cliente debe estar seguro de que, su abogado nunca lo traicionará. Esta confianza es fundamental, no sólo porque reconoce la dignidad humana de la persona que acude a un abogado confiando en que éste será un medio para poder acceder a la justicia, sino también por que la confianza facilita la comunicación entre las partes y, como hemos visto anteriormente, hay posturas que sostienen que el flujo de información es fundamental para una buena defensa.

Por otro lado, Carlos tiene un vínculo legal y sentimental (contrato de matrimonio) con Pilar, quien es precisamente la persona que está investigando al Sr. Benítez. A Pilar le interesa hacer bien su trabajo. Si bien, presumimos que los fiscales quieren ayudar a construir la verdad y actuarán de manera honesta sin forzar sus investigaciones y sin esconder pruebas exculpatorias; podría ser que, dadas las presiones sociales y políticas propias de su cargo, ella quiera acusar al Sr. Benítez y elaborar un caso muy fuerte en su contra. Es posible pensar que a Carlos le interese que su esposa tenga una excelente carrera profesional y demuestre todas sus capacidades como directora del Ministerio Público<sup>26</sup>.



Es importante distinguir entre la traición y los casos en los que el abogado se ve obligado a revelar información del cliente - como el secreto profesional-, por un mandato legal.

<sup>26</sup> Un punto interesante que analizar sería si el conflicto de intereses persistiría al cambiar un dato en el caso: que Carlos y Pilar no fueran casados sino recientemente divorciados.

Según lo anterior, Carlos podría tener un conflicto de intereses, ya que por un lado quiere defender a su cliente de la mejor manera posible; por el otro, quiere que su esposa triunfe en la dirección del Ministerio Público. Uno de los casos emblemáticos para Pilar es precisamente el del Sr. Benítez. Es decir que, muy seguramente, para que Pilar triunfe, el Sr. Benítez debe perder. Así mismo, Pilar puede estar también incurriendo en un conflicto de interés, pues sabe que hacer bien su trabajo puede implicar una derrota para el cliente de Carlos y esto, podría afectar la forma en que conduce la investigación y acusación del Sr. Benítez. Esta situación puede generar múltiples circunstancias que pudieran resultar nocivas de distintas maneras para distintas personas:

**Para el Sr. Benítez:** es posible que la defensa del Sr. Benítez no sea la adecuada. Si Carlos deja que su compromiso y amor por su esposa (o simplemente los intereses materiales y económicos que pueden beneficiarlo a través de ella) primen sobre la relación que tiene con su cliente. Es posible que su defensa no sea tan buena; que consciente o inconscientemente, su compromiso con la defensa del Sr. Benítez sea menor o simplemente nulo. Si dicho compromiso disminuye por una decisión consciente de Carlos, su acción es más reprochable e igualmente más peligrosa. Por ejemplo, es posible que Carlos rompa su deber de lealtad y confidencialidad y le cuente a su esposa información confidencial que puede ser provechosa para atacar el caso de Carlos.

**Para la sociedad en general y para las víctimas directas del delito del Sr. Benítez:** Es posible que la investigación adelantada por el Ministerio Público y encabezada por Pilar no sea la más adecuada, si ella deja que el amor por su esposo prime por encima de sus compromisos profesionales. Carlos podría recibir unos exorbitantes honorarios en caso de que logre mantener fuera de la cárcel al Sr. Benítez. Estos honorarios harán parte de la sociedad conyugal de Carlos y Pilar, es decir, ella se beneficiará directamente de ellos. Esto puede hacer que Pilar, consciente o inconscientemente no adelante una investigación seria y exhaustiva. Aún si no hay de por medio unos honorarios exorbitantes es posible que Pilar sienta que para Carlos ese caso es muy importante, y esto puede afectar la forma en la que dirija la investigación y acusación.

**Para Carlos y Pilar:** Es posible que sean excelentes profesionales y que a pesar de los intereses contrapuestos, logren realizar su trabajo con total parcialidad e independencia y siendo fieles a su cliente y empleador respectivamente. No obstante, es plausible que un caso como este levante sospechas sobre su trabajo, independientemente del resultado al que se llegue y de la forma en que se llegue. Esto puede afectar su reputación profesional y así mismo las de sus futuros clientes o empleadores.

De acuerdo con lo anterior, los conflictos de interés surgen cuando la lealtad que un abogado debe a su cliente y a la causa que él persigue, compiten con la lealtad que el abogado debe a otra persona (no necesariamente un cliente o excliente) o incluso a sus propias convicciones e intereses. Los conflictos de interés son problemáticos y riesgosos porque pueden afectar la parcialidad de un abogado al defender los intereses de su cliente.

## Las múltiples formas en que se puede presentar un conflicto de intereses

La literatura especializada y los Códigos de Ética Profesional de distintas jurisdicciones reconocen, por lo general, tres tipos de conflictos de interés: el simultáneo, el sucesivo y el personal. A continuación, explicaremos cada categoría.

### Conflicto de interés simultáneo

Ocurre cuando un abogado representa dos o más clientes en un mismo asunto, cuyos intereses pueden entrar en conflicto. El caso más burdo y evidente sería el del abogado que en materia civil representa al demandante y al demandado. En materia penal es prácticamente imposible que esto ocurra.

No obstante, sí hay casos en materia penal donde esto puede ocurrir, de manera más sutil y casi inadvertido. Imaginemos el siguiente caso:



### Caso hipotético

Pedro y Luis fueron acusados de haber asaltado una joyería a mano armada y de haber causado lesiones a una de las personas que trabajaba ahí. Dado que ambos son personas de escasos recursos económicos decidieron juntar algún dinero que tenían y contratar a Ernesto para que los defendiera a los dos.

Al parecer, Pedro y Luis entraron a la joyería vestidos de negro y con unas máscaras que impedían reconocer sus rostros. Uno de ellos llevaba un bate. Al entrar a la joyería, el que llevaba el bate golpeó a una de las mujeres que atendía el lugar y le causó unas lesiones severas en el cráneo, razón por la cual esa persona sería responsable no sólo del delito de hurto sino también del de lesiones personales. Evidentemente, uno de sus dos clientes enfrenta una responsabilidad penal mayor. ¿Están en conflicto los intereses de Pedro y Luis? ¿Será posible que Ernesto defienda simultánea y adecuadamente los intereses de ambos?

Para Ernesto es imposible defender de manera adecuada los intereses de Pedro y Luis, pues necesariamente la defensa de uno implica la acusación, así sea tácita, del otro. Por eso, en materia penal es recomendable que cada uno de los acusados de un delito cuente con su propio abogado. Además, es común que en materia criminal, haya distintos grados de responsabilidades al interior de una empresa criminal, pues dentro del grupo de delincuentes se desarrollan distintas jerarquías de poder y toma de decisión, lo que puede ser fundamental al momento de pensar la teoría del caso.

## Conflicto de interés sucesivo

Este conflicto se da cuando un abogado representa a un cliente contra un excliente; no en el mismo caso, pero si en un asunto relacionado.



### Caso hipotético

Felipe, un abogado penalista, defendió hace 5 años al Capitán Pérez del Ejército Nacional, quien fue acusado de haber cometido un homicidio en persona protegida. La víctima fue Rogelio Perdomo, un humilde campesino. La defensa de Felipe fue exitosa y logró demostrar que el General Pérez no había sido responsable de ese homicidio, pues nunca había ordenado a sus tropas que atacaran a la población civil. Hoy, cinco años después, el Sargento Hurtado (integrante de la Brigada, de la cual estaba a cargo el General Pérez en ese entonces) es acusado de haber asesinado a Rogelio Perdomo. Dado que Felipe es un abogado penalista que ha defendido de manera exitosa a varios integrantes de las Fuerzas Militares, el Sargento Hurtado decide contratar sus servicios. ¿Hay relación entre el caso del Capitán Pérez y el Sargento Hurtado? ¿Puede Felipe defender celosamente los intereses del Sargento Hurtado, sin afectar los intereses del Capitán Pérez?

Evidentemente, el asunto del Sargento Hurtado está directamente relacionado con el del Capitán Pérez, pues tratan sobre los mismos hechos. Si bien, Felipe puede encontrar distintas formas de defender al Sargento Hurtado, una avenida de defensa que probablemente no querría tomar, sería aquella de poner en tela de juicio la investigación y la sentencia absolutoria a favor del Capitán Pérez, pues estaría afectando los intereses de su excliente. En este caso, quíerese o no, la defensa penal del Sargento Hurtado ya encuentra algunos obstáculos que pueden restringir seriamente la parcialidad que exhiba Felipe al defenderlo.

## Conflicto de Interés personal

Sucede cuando los intereses del cliente chocan con los intereses del abogado. En este caso los intereses no se limitan al ámbito jurídico. El caso hipotético de Carlos y Pilar descrito al comienzo de este capítulo es un ejemplo de esta categoría. Ni Carlos ni Pilar están representando dos clientes con intereses contrapuestos en un mismo asunto; sin embargo, su relación sentimental podría afectar la forma en que realicen su trabajo.

Los conflictos personales pueden darse de muchísimas formas más en derecho penal, dada la naturaleza de los hechos sociales que estudia. Por ejemplo, habrá abogados incapaces de defender a un violador de menores, a un narcotraficante o a un político corrupto sin sentir algo de repulsión, lo que sin duda puede llegar a afectar su desempeño y el derecho fundamental a una defensa técnica.

## La regulación mexicana

**El Código Penal Federal señala en su artículo 232 lo siguiente:**

Además de las penas mencionadas, se podrán imponer de tres meses a tres años de prisión.  
I.- Por patrocinar o ayudar a diversos contendientes o partes con intereses opuestos, en un mismo negocio o en negocios conexos, o cuando se acepta el patrocinio de alguno y se admite después el de la parte contraria.

La norma tipifica, de manera clara el conflicto simultáneo de intereses; de manera defectuosa, el conflicto sucesivo; y no hace mención de los conflictos personales. Si bien la norma parece indicar que cubre los conflictos sucesivos, creemos que es del todo clara, pues pareciera describir un conflicto simultáneo. Al decir que “se acepta el patrocinio de alguno y se admite después el de la parte contraria”, pareciera hacer referencia a un mismo negocio o asunto en el que primero se acepta la representación de un cliente, y tiempo después, se acepta la representación de su contraparte; es decir, un típico conflicto simultáneo y no uno sucesivo, donde una de las partes ya es formalmente un excliente y la otra, un nuevo cliente. Creemos, en todo caso, que se trata de un error de técnica legislativa y no de omisión por parte del código penal, pues si se hace un ejercicio de legislación comparada, será común encontrar que la mayoría de las legislaciones contemplan los tres tipos de conflictos. La omisión sobre el conflicto personal de intereses sí es preocupante, pues no se sanciona de ninguna manera. No obstante, es importante señalar que este vacío legislativo no implica que los abogados puedan incurrir impunemente en un conflicto de interés personal, pues, estarían incumpliendo la relación contractual con su cliente, lo que podría dar pie a una responsabilidad civil contractual, con su respectiva indemnización.



## ¿Qué bienes jurídicos protege el conflicto de interés y cómo lo hace?

Como señalamos anteriormente, los conflictos de interés buscan proteger la parcialidad de los abogados hacia sus clientes y el buen funcionamiento de los sistemas acusatorios. No obstante, en algunas jurisdicciones ese no parece ser el bien jurídico principal, o al menos, no hay un deseo expreso de protegerlo a toda costa. Miremos, por ejemplo, el Código Disciplinario del Abogado en Colombia (Ley 1123 de 2007) para desarrollar este argumento<sup>27</sup>:

**ARTÍCULO 28. DEBERES PROFESIONALES DEL ABOGADO.** Son deberes del abogado:

(...)

8. **Informar** con veracidad a su cliente sobre las siguientes situaciones:

(...)

b) Las relaciones de parentesco, amistad o interés con la parte contraria o cualquier situación que pueda afectar su independencia o configurar un motivo determinante para la interrupción de la relación profesional;

**ARTÍCULO 34.** Constituyen faltas de lealtad con el cliente:

(...)

e) Asesorar, patrocinar o representar, simultánea o sucesivamente, a quienes tengan intereses contrapuestos, **sin perjuicio de que pueda realizar, con el consentimiento de todos, gestiones que redunden en provecho común.**

Los artículos citados revelan dos cosas:

1. En Colombia es deber del abogado informar a su cliente sobre cualquier tipo de conflicto de interés.
2. Las dos partes, cuyos intereses están contrapuestos pueden «renunciar» al conflicto de interés; es decir, pueden autorizar a su abogado o exabogado para que continúe trabajando con la contraparte, a pesar de la posible existencia de un conflicto.

Estos dos artículos parecen sugerir que, si bien el conflicto de interés protege la parcialidad de los abogados, esta no es su finalidad; de lo contrario, los clientes no podrían renunciar al conflicto de interés. En la legislación colombiana, el valor que parece protegerse, de manera más directa, a través de estas normas la autonomía del cliente. El deber de informar a los clientes sobre la existencia del conflicto pone la decisión en manos de ellos. Contrario a la legislación mexicana, el conflicto de intereses es salvable siempre y cuando las partes implicadas lo acepten. Estas dos formas de regulación se replican a través de distintas jurisdicciones. Podríamos calificar la mexicana como «estricta» y la colombiana como «laxa».

A pesar de esta distinción y de los valores que cada regulación parece privilegiar, ambas comparten un punto en común: para que un abogado sea sancionado (penalmente en México y disciplinariamente en Colombia) no es necesario que cause un daño o perjuicio con sus actuaciones a sus poderdantes.

<sup>27</sup> Énfasis en negrillas por el autor.

Tampoco es necesario que usen información confidencial de una de las partes para beneficiar a la otra (esto sería una violación autónoma y diferente al deber de confidencialidad). En ambos casos basta con aceptar patrocinar dos intereses contrapuestos para que se configure el tipo penal o la falta disciplinaria. Poco importa si el abogado intenta demostrar que efectivamente logró trabajar de forma profesional y parcializada para ambas partes.

### Los efectos de la regulación de los conflictos de interés sobre el mercado de los servicios legales y su distribución en la sociedad.

La forma en que se regulan los conflictos de interés puede llegar a tener un impacto importante sobre el mercado de los servicios legales y la forma en que ellos se distribuyen en la sociedad. La versión estricta (México), hace que los abogados establezcan lazos interminables con sus exclientes y que nunca puedan representar a su contraparte en ningún caso, transacción ni asunto relacionado, sobre el cual haya siquiera asesorado a su primer cliente. Esto puede ser particularmente nocivo en áreas del derecho poco desarrolladas y donde hay pocos expertos. Veamos el siguiente caso hipotético para ilustrar este problema.



#### Caso hipotético

El despacho de abogados *Zuleta y Asociados* se especializa en asesorar clientes en procesos licitatorios. Hace 3 años asesoró a *Communications S.A.* una compañía que presta servicios de telefonía celular para ganar la licitación de la red 4G en México. En el transcurso de su representación, los abogados de *Zuleta y Asociados* tuvieron acceso a información confidencial, como los costos de operaciones y modelos de operaciones de la empresa, a efectos de poder diseñar una propuesta atractiva para la Secretaría de Comunicaciones y Transportes; el ente que adjudicaba el contrato. La representación fue exitosa y *Communications S.A.* ganó la licitación.

Hoy, tres años después, se ha vencido el contrato y la Secretaría de Comunicaciones y Transportes abrió otra licitación. Ahora, la competencia de *Communications S.A.*, llamada *TeleService S.A.* contrató a *Zuleta y Asociados* para que los asesore en el proceso de licitación. Estas son las únicas empresas compitiendo en el proceso; *Zuleta y Asociados S.A.* es la única firma en México especializada en este tipo de asesorías.

Siendo en este caso, *Zuleta y Asociados S.A.*, el único despacho mexicano especializado en esa área del derecho no podría cambiar de cliente, pues al hacerlo estaría incurriendo en el delito contemplado en el artículo 232 del Código Penal Federal. De esta forma, la movilidad de los abogados se vería seriamente afectada y podría tener efectos nocivos en lo que respecta al acceso a la justicia.

En contraste, la regulación laxa (Colombia) da un margen de maniobra más amplio, pues permite la renuncia a los conflictos de interés por parte de los clientes en conflicto. No obstante, es importante señalar la posibilidad de que un abogado represente a la contraparte de un antiguo cliente sigue dependiendo de que su excliente así lo autorice, es decir, que podría llegar a replicarse el caso de la regulación estricta.

En razón a lo anterior, cualquier política que pretenda impactar el acceso a la justicia y la distribución de servicios legales en la sociedad debe prestar especial atención a la forma en que se regulan los conflictos de interés.

## Actividad de aprendizaje

### Propósito

Identificar conflictos de interés.

### Recurso

Película.

### Técnica didáctica

Análisis de la información.

### Dinámica

El profesor solicita a sus estudiantes que vean en casa, la película *The Lincoln Lawyer* y que identifiquen los conflictos de interés en la trama. Los estudiantes deberán llevar un escrito de máximo 1,000 palabras, que señale los conflictos de interés que encontraron y explicando qué tipo de conflicto es y cómo se configura.

### Evaluación

Reporte individual.



## Capítulo 9. Dilemas éticos en las Salidas Alternas al Proceso Penal

<b>Competencias específicas</b>	Conocer los dilemas éticos a los que se pueden enfrentar las abogadas en el uso de algunas Salidas Alternas al Proceso Penal (SAPP).
<b>Indicadores de competencia del/la estudiante</b>	Comprende los riesgos éticos de la figura del procedimiento abreviado y comprenden la responsabilidad que tendrán como abogadas, al momento de asesorar a sus clientas sobre la conveniencia de usar o no esta salida alterna al proceso penal.
<b>Actividades de enseñanza</b>	<b>Actividad 1</b> Las estudiantes elaboran un ensayo individual con base en un documental, donde analizan los riesgos y responsabilidades éticas de las abogadas en el uso del procedimiento abreviado.
<b>Técnicas didácticas</b>	Análisis documental.
<b>Evaluación formativa</b>	Retroalimentación sobre el ensayo.
<b>Evaluación de aprendizaje</b>	Ensayo.

## Introducción

---

Este capítulo pretende familiarizar a la lectora con algunos dilemas éticos que enfrenta la abogada cuando se emplean las Salidas Alternas al Proceso Penal (SAPP). Dado que el libro se enfoca en las abogadas defensoras, los dilemas éticos que se exploran en este capítulo harán referencia única y exclusivamente al uso del procedimiento abreviado, ya que es donde dichos dilemas se podrían agudizar más. No obstante, es importante señalar que el uso de las otras SAPP implica, también, importantes dilemas éticos para las juezas y funcionarias del Ministerio Público, pues son quienes deciden, autorizadas y reguladas por la ley, dar prevalencia a un valor jurídico por encima de otro.

A lo largo de este capítulo se desarrollará una breve justificación sobre por qué puede ser conveniente integrar las SAPP al procedimiento penal. Posteriormente, se sugerirán dos escenarios hipotéticos a los que típicamente se enfrentan las abogadas cuando a su clienta se le ofrece un procedimiento abreviado. Por último, y con base en el trabajo de Blumberg (Blumberg, 1966) se describirá el extraño escenario donde, mediante el uso de un procedimiento abreviado, una abogada defensora puede terminar operando como acusadora.

## ¿Por qué es conveniente utilizar las SAPP?

Los sistemas procesales penales contemporáneos reconocen la imposibilidad de investigar absolutamente todas las conductas delictivas y por ende, contemplan lo que técnicamente se ha llamado «Salidas Alternas al Proceso Penal» (SAPP). Hay varios argumentos que justifican su uso.

### La imposibilidad material de investigar todos los delitos

En un mundo ideal, con infinidad de recursos (tiempo, dinero, personal, equipos, tecnología, etc.) todos los delitos podrían ser investigados y sancionados por las autoridades estatales. No obstante, la realidad dista de ese escenario utópico. Las autoridades investigativas y judiciales no cuentan con recursos suficientes para investigar absolutamente todas las conductas delictivas que ocurren en el territorio nacional. En estas circunstancias, el principio de legalidad se torna en una aspiración irrealizable, lo cual tiene efectos nocivos sobre la legitimidad de las instituciones y la confianza que las ciudadanas depositan en ellas, pues sienten que ni los entes investigativos ni los judiciales son capaces de cumplir con la tarea que se les asignó. Además, el problema no radica en un «sentimiento» o «percepción»; la realidad es que, muchas veces, las víctimas no alcanzan ni verdad, ni justicia ni reparación; el sistema penal se torna ineficaz.

Ante esta realidad surge el principio de oportunidad. Este principio implica reconocer la imposibilidad material de investigar todas y cada una de las conductas delictivas, y darle la facultad al ente investigativo de decidir (bajo un marco legal cuidadosamente diseñado) cuándo resulta adecuado renunciar al ejercicio de la acción penal, asegurándose de que haya una reparación a la víctima.

### El giro de una política criminal retributiva a una política penal reparadora

Bajo el principio de legalidad, la política criminal tiene un enfoque retributivo, esto quiere decir que el Estado castiga la infracción a la norma penal, de manera proporcional al daño social que causó el delito cometido. La principal función de la pena bajo esta visión es castigar y disuadir a la infractora, pero también disuadir al resto de la sociedad mostrando la efectividad y severidad del castigo.

Por otro lado, el principio de oportunidad da paso a la política reparadora. En ésta, el enfoque no es el castigo ni la disuasión, sino la reparación del daño causado a la víctima. Este enfoque implica, entonces, aceptar que la imposición de una pena no es algo absolutamente necesario en todos los procesos penales. Más que disuadir a través del castigo, la política reparadora busca reconstruir tejido social, a través de la reparación de la victimaria hacia la víctima.



#### Sugerencia de lectura

A efectos de profundizar en las SAPP, se recomienda leer el *Manual del Profesor para la materia «Métodos alternos de solución de controversias y salidas alternas al proceso penal acusatorio»*. (Contreras Melara, 2015)

## Disminución de costos económicos y emocionales

El trámite de cualquier proceso implica gasto público para el funcionamiento del sistema judicial e investigativo (salarios de juezas, fiscales, arrendamiento de oficinas, infraestructura, etc.). Por otro lado, la ciudadanía también tiene que gastar dinero en abogadas que brinden asesoría y defiendan sus intereses.

Además de los costos económicos, los procesos judiciales pueden implicar un costo emocional, ya que pueden ser escenarios de revictimización (Anzola, 2016), pues, tanto a la víctima como a la victi-maria, se les recuerda lo ocurrido. Además, la publicidad del proceso puede implicar afectaciones a la intimidad de las participantes del proceso.

En razón a lo anterior, y bajo el argumento de economizar costos emocionales y económicos, las SAPP pueden constituirse como caminos más fáciles de transitar para la ciudadanía y además, pueden representar un ahorro en el gasto público.

La legislación procesal penal mexicana reconoce cuatro tipos de SAPP:

- Los criterios de oportunidad.
- Los acuerdos reparatorios.
- La suspensión condicional del proceso.
- El procedimiento abreviado.

Sin lugar a duda, la deliberación política sobre si la legislación mexicana debía contemplar las SAPP, estuvo permeada por un debate ético. Puede haber múltiples argumentos de orden moral para justificar por qué el Estado no debería renunciar a su poder punitivo, así como otros que justifiquen su renuncia. Esta deliberación ética, si bien puede volver a surgir en el futuro, ya fue realizada por el poder legislativo.

No obstante, el uso de las SAPP implica, en todos los casos, una deliberación ética por parte de las operadoras jurídicas: ¿Es justo solicitar una reducción de la mitad de la pena a la persona imputada, cuando ésta decide colaborar con la justicia? ¿Por qué sería justo? ¿Puede ser realmente disuasivo un sistema penal que tiene la potencialidad de reducir todas sus penas a la mitad?

Gran parte de los dilemas éticos que surgen del uso de las SAPP se posan, de manera más dramática, sobre las juezas y fiscales, quienes tienen que determinar si su decisión protege solo a la víctima particular del delito, o que además proteja a toda la sociedad en general. Las abogadas defensoras no tienen tantos problemas al momento de decidir si su clienta debería o no aceptar los términos de los acuerdos ofrecidos, pues hay un control estricto sobre los delitos en que procede y, además, la víctima está protegida por la fiscal, la jueza (que debe aceptar el acuerdo) y su asesora jurídica. Es decir que, si bien puede haber casos donde la persona acusada obtenga un beneficio desproporcionado, la abogada defensora puede ampararse en un sistema adversarial que está diseñado para proteger a la víctima, de manera reforzada y para no permitir que haya acuerdos injustos.

Sin embargo, sí hay una SAPP que merece especial atención desde la ética profesional: el procedimiento abreviado.



El procedimiento abreviado está regulado por los artículos 201 al 207 del Código Nacional de Procedimientos Penales. Su objetivo es reducir las etapas del proceso penal y resolver de manera rápida la situación jurídica de la imputada. Su aplicación requiere el consentimiento de la persona imputada, quien deberá aceptar la responsabilidad por los delitos que se le imputen. El hecho de que la imputada acepte y consienta en la aplicación del procedimiento abreviado, no implica que su condena sea automática. La jueza mantiene su independencia para decidir si la condena o absuelve.

En México lo controversial del procedimiento abreviado no escapa a la legislación de adolescentes. De acuerdo con la *Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia para Adolescentes*, el Código Nacional de Procedimientos Penales rige en forma supletoria. Esto significa que, cuando la ley no regula expresamente algo, debe analizarse su aplicación tomando en cuenta principios como, aplicación favorable, mínima intervención, justicia restaurativa, entre otros. El procedimiento abreviado no ha sido regulado *expresso* por la ley de adolescentes, por lo que, las instituciones de justicia han debido hacer el referido análisis, en el entendido que, si la figura es favorable para los adolescentes debería aplicarse, de lo contrario no. La primera la postura es la que ha prevalecido, al menos al interior de la Procuraduría General de la República y dan cuenta de ello, los protocolos de actuación que se refieren al procedimiento abreviado y a la etapa de investigación; ambos emitidos por la PGR para el Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes.

Si la persona imputada decide reconocer su responsabilidad, el Ministerio Público puede solicitar la reducción de hasta una mitad de la pena mínima de prisión, que corresponde al delito por el cual se le acusa, cuando estos son delitos dolosos; y hasta dos terceras partes de la pena mínima de prisión, si los delitos son culposos. En caso de que la jueza encuentre culpable a la imputada, está obligada a imponer la pena solicitada.

La víctima puede oponerse a la aplicación del procedimiento abreviado, pero al hacerlo, sólo será vinculante para la *Jueza de control* cuando esté fundada y se acredite ante ella que no está debidamente garantizada la reparación del daño.

## Algunos dilemas éticos en el uso del procedimiento abreviado

El uso del procedimiento abreviado requiere el consentimiento de la persona imputada. Es ella quien decide si acepta reconocer responsabilidad en la comisión del delito del que se le acusa, a cambio de recibir una rebaja en su pena. Si bien es una decisión autónoma de la imputada, su abogada juega un papel fundamental en esa toma de decisiones, pues si la imputada es una persona que desconoce por completo la lógica del derecho penal, su única guía en medio del temor que produce un enfrentamiento con el poder represor del Estado es su abogada defensora.

Habrán casos cuando aceptar el uso del procedimiento abreviado no exigirá mayor deliberación de parte de la imputada y su abogada. Estos serán los casos de flagrancia o cuando el caso del Ministerio Público es lo suficientemente fuerte como para pensar que vale la pena ir a juicio. No obstante, habrá casos donde no sea del todo evidente que aceptar el trato propuesto por el Ministerio Público es la mejor opción.

Pensemos en dos situaciones diferentes, pero que conllevan al mismo dilema sobre si se debe aceptar el trato o no.

### ¿Qué rol debe desempeñar la abogada cuando su cliente es culpable y se le ofrece un procedimiento abreviado?

En la primera situación la clienta acepta ante su abogada defensora que efectivamente es culpable. Este reconocimiento de responsabilidad, de entrada, hace pensar que aceptar el trato puede ser una buena alternativa, pues la pena por el delito que se cometió podría disminuir significativamente en caso de que el Ministerio Público lograra probar su caso. No obstante, la abogada también podría evaluar qué pruebas tiene el Ministerio Público para probar la responsabilidad penal de su clienta, a efectos de saber si realmente es conveniente aceptar la responsabilidad, o si, por el contrario, hay oportunidad de vencer en juicio a la contraparte.

Esta primera evaluación implica ya un dilema ético: ¿La abogada que sabe que su clienta es culpable debe tratar de convencerla de aceptar el trato propuesto por el Ministerio Público, a fin de colaborar con la justicia y buscar una reparación a la víctima? O ¿debe contemplar la fortaleza del caso del Ministerio Público e irse a juicio en caso de creer que tiene oportunidades de vencer? ¿Qué pasa si la abogada persuade a su clienta de irse a juicio y termina perdiendo el caso y, por ende, afectando a su clienta por no haber aceptado el trato inicial que contemplaba una pena menor? Este tipo de dilemas pueden aparecer con mayor frecuencia en la práctica del derecho penal desde que se instauraron las SAPP, pues el beneficio de la reducción de la pena puede incentivar un mayor flujo de información entre clienta y abogada.



### Sugerencia de lectura

Recomendamos leer *Law and strategy in the divorce lawyer's office* (Sarat & Felstiner, 1986) para ver la forma en que las abogadas logran renegociar y reformular los intereses que sus clientas traen en su oficina.

Una regla que debe ser considerada al momento de enfrentar una situación como esta, y que por lo general está presente en los Códigos de Ética Profesional, es que la abogada no puede asegurar un resultado determinado en un juicio; no puede asegurarle a su clienta que vencerán. La abogada tiene la obligación de informarle, de manera objetiva, sobre los pros y contras de los dos cursos de acción: aceptar el trato o irse a juicio. Es la clienta, quien al final, debe decidir qué curso de acción tomar. No obstante, como señalamos anteriormente, es posible que al enfrentarse a un escenario extraño para ella, como lo es un proceso penal, la clienta pida su opinión a la abogada y base su decisión en ella. Por esta razón, la abogada debe ser sumamente cautelosa y objetiva en la información que transmita a su clienta, pues sin duda alguna pesará mucho en la deliberación que ella lleve a cabo.

### **¿Habrá casos en los que, a pesar de que la persona acusada sea inocente, debería recomendarle reconocer responsabilidad penal y acogerse a un procedimiento abreviado?**

La segunda situación puede parecer extraña, pero no imposible. En esta, la clienta le asegura a su abogada que no es responsable del delito que se le acusa. La abogada cree en la versión de su clienta, pero, dada su experiencia, siente que en este caso el Ministerio Público recurrirá a los métodos que sean necesarios (legales o ilegales) para hacerla ver como responsable. La abogada es completamente consciente de la inocencia de su clienta y de la actuación de mala fe de parte del Ministerio Público, quien se empeña en ganar el juicio de la manera que sea. Por ejemplo, en casos donde hay una politización de la justicia y se persigue judicialmente a opositores políticos: ¿debería la abogada sugerirle a su clienta que considere la posibilidad de aceptar la responsabilidad de un delito que no cometió, a cambio de pasar menos tiempo en la cárcel? O, por el contrario ¿debe la abogada convencer a su clienta de ir hasta las últimas instancias judiciales y nunca aceptar responsabilidad por un delito que no cometió?

Evidentemente, este segundo escenario es más extraño, pero no debemos descartar que situaciones como estas pudieran presentarse en la vida real. Una primera salida jurídica a este problema sería acudir a la legislación para observar que, por lo general, aceptar responsabilidad por un delito que uno no cometió, podría considerarse un delito de falsedad en declaraciones judiciales o informes dados a una autoridad. Además, la abogada, podría también comprometer su responsabilidad por sugerir o convencer a su clienta de mentir. Siguiendo la ley, parece ser que esta actuación no le estaría permitida a la abogada. Pero ¿Qué pasa si la abogada, dada su experiencia en este tipo de casos complicados, realmente cree que lo mejor que puede hacer su clienta es aceptar responsabilidad?

Esta situación parece sugerir, de manera implícita, otra pregunta, sumamente importante para las abogadas, pero que pocas veces nos formulamos de manera expresa y consciente. Este cuestionamiento se refiere a la naturaleza de la asesoría jurídica y a los factores o datos que debe tener en cuenta la abogada al momento de asesorar a su clienta. En este escenario hipotético, una asesoría estrictamente técnica y limitada a los materiales jurídicos (leyes, aplicación de principios jurídicos, posibles interpretaciones de la ley, etc.) le señalaría a la clienta que, si no es responsable, no podría ni debería aceptar la responsabilidad que se le quiere imputar. Además, aceptar la responsabilidad ante una autoridad judicial podría acarrearle problemas a futuro, pues podría llegar a interpretarse como un delito de falsedad en declaración judicial. Por otro lado, una asesoría jurídica no limitada a los materiales jurídicos, podría incluir asesoría en términos políticos: ¿Debe la abogada, por ejemplo, decirle a su clienta que la suerte de su caso está

fuera de lo legal y que realmente es muy poco lo que pueden hacer, pues su caso depende de factores políticos y no jurídicos? ¿Sería más responsable y cuidadosa, si no limitara su análisis a lo jurídico, sino que además fuera capaz de ver todo el paisaje de las distintas fuerzas (políticas, económicas y sociales) que se mueven detrás de un caso y que pueden afectar los intereses de su clienta? Más importante aún: si estuviésemos de acuerdo en que una buena abogada es la que asesora de esta forma más amplia ¿Acaso, sus servicios no deberían limitarse a la representación jurídica, sino que deberían alcanzar el lobby político o a cualquier actividad extrajurídica que pueda resultar provechosa para su clienta? Por ejemplo, una abogada que sabe que su clienta es inocente, pero también es consciente de que, en términos jurídicos, no se puede hacer nada por su caso, pues el juez que estudia el caso está comprado, ¿debería acudir a la prensa y mediatizar el caso, a fin de poner presión social sobre la jueza y así intentar de hacer algo para salvar a su clienta? Esta pregunta sobre la mediatización de la justicia será tratada en el siguiente capítulo, pero creemos que es una pregunta crucial al momento de enfrentarse a casos como estos.

## Cuando la abogada defensora se convierte en abogada acusadora

Uno de los trabajos sobre sociología jurídica más relevantes para entender la práctica de las abogadas penalistas en Estados Unidos es el de Blumberg (1966). En su artículo más consultado *The Practice of Law as a Confidence Game: Organizational Cooptation of a Profession*, indaga en cuestionar si la idea que tenemos de una abogada como defensora celosa y parcializada sobre los intereses de su clienta encuentra asidero en la realidad o si es sólo una ilusión.

Aunque el trabajo de Blumberg no es el más riguroso en términos metodológicos (y él mismo lo reconoce), sus reflexiones son válidas, pues se hacen a partir de su experiencia como penalista practicante, haciendo una especie de etnografía de lo que es la práctica del derecho penal.

El argumento principal de su texto es que el arreglo institucional de una corte define en gran parte el rol de la abogada defensora. Es decir, la forma en que las abogadas defensoras realizan su trabajo y los intereses que defienden, a través de su práctica, responden a la estructura formal e informal de las cortes y a los incentivos y objetivos que sus funcionarias persiguen.

Para Blumberg, las Cortes, como cualquier otra institución, tienen un objetivo, propósitos y prioridades propias, que no necesariamente son las que están contenidas en los documentos legales que las regulan. Las Cortes que observó (cortes estadounidenses que decidían casos en materia penal en los 60's) eran permeadas por una lógica de eficiencia. Esta lógica de eficiencia se mide, a través de indicadores de productividad: las juezas deben exhibir cierto número de decisiones al año y un manejo eficiente de recursos. Las carreras de las juezas y sus dependientes judiciales y personal administrativo dependen, en gran medida, de satisfacer indicadores de productividad. Para Blumberg, la satisfacción de estos indicadores de productividad ponía muchas veces en riesgo el derecho al debido proceso.

En esta lógica productivista, los acuerdos negociados (lo que en México actualmente llamaríamos proceso abreviado) con las personas acusadas, se convertían en un excelente mecanismo para satisfacer a la víctima, administrar justicia de manera pronta y, en cierta forma, beneficiar también a la acusada, pues veía su pena reducida.

Hasta este punto no parece vislumbrarse ningún problema o dilema ético para la abogada defensora. No obstante, las observaciones de Blumberg señalan como muy probable que la abogada defensora esté inmersa en un profundo conflicto de intereses (que fácilmente encajaría en el conflicto personal, descrito en el octavo capítulo) donde los intereses de su defendida chocan con sus intereses personales y se conjugan con los intereses institucionales de la Corte. De cierta forma, la abogada defensora empieza a trabajar para la Corte y no para su clienta.

Los hallazgos empíricos de Blumberg sugieren que algunas abogadas penalistas interactúan constante y profundamente con las juezas y las funcionarias de su despacho; y estas relaciones pueden llegar a ser, incluso, más importantes que la relación que tiene con su cliente. Las abogadas pueden estar interesadas en mantener buenas relaciones con una jueza y su equipo de trabajo por varias razones. Un primer factor crucial para tener en cuenta es que la interacción con la jueza y su equipo será constante para la abogada. Por el contrario, la relación con su clientela será, muy posiblemente, de una sola vez en la vida (a menos que sea una persona con una constante interacción con el sistema penal, como puede ser un criminal de cuello blanco, quien tendrá múltiples interacciones con el sistema judicial). Podría pensarse que, dada la interacción continua con la Corte, sea importante tener una relación de cordialidad con ella.

En segundo lugar, y conectado con lo anterior, es probable que la abogada tenga más de un caso ante la misma jueza. Esto implica que habrá más de una interacción con la jueza y el futuro de otras clientas dependerá de esa funcionaria. En este orden de ideas, podría suceder que una abogada considere apropiado tomar un curso de acción que no beneficie a su clienta, pero que sea provechoso para los intereses de la jueza y la Corte. Esto podría ocurrir para evitar que la jueza tomara represalias contra otra clienta o para que la jueza le «devolviera el favor» más adelante, en otro caso. Si bien el profesionalismo le exige dar la misma importancia a todos los casos, sería ingenuo negar la posibilidad de que la abogada otorgara más importancia a unos casos que a otros, ya fuera por los honorarios que estuvieran en juego o por el impacto que pueda tener sobre su reputación.

La típica ayuda que la abogada presta a la Corte es convenciendo a su clienta de aceptar el trato que propone el ente acusador. Esto beneficia a la Corte (y al ente acusador), pues ahorra trabajo y recursos, descongestiona los sistemas judiciales y, además, impacta positivamente en los índices de productividad y al mismo tiempo, otorga una reparación a la víctima.

La «ayuda» de la abogada no es reprochable cuando su clienta es realmente culpable y el ente acusador cuenta con pruebas suficientes para vencerla en el juicio. No obstante, habrá casos en los que ninguno de los dos elementos esté presente: que la clienta no sea culpable o que el ente acusador carezca de pruebas suficientes o idóneas para demostrarlo. En el supuesto que la abogada supiera que su clienta no es responsable del delito, es completamente inaceptable que sugiera aceptar la responsabilidad penal que se le quiere atribuir. Suponiendo que la clienta fuera culpable, pero el ente acusador no contara con pruebas idóneas ni suficientes para demostrar su culpabilidad; también sería cuestionable que la abogada tratara de convencer a su cliente de aceptar el trato, pues la culpabilidad debe ser probada en un juicio. En el segundo caso, pareciera no haber forma de demostrar su responsabilidad, por lo que la abogada debería intentar defender los intereses de su cliente y no rendirse tan fácilmente, pues su es misión proteger la presunción de inocencia<sup>28</sup>.

<sup>28</sup> No obstante, habría que tener en cuenta los debates sobre la misión de la abogada penalista que hemos cubierto en capítulos anteriores.

Si bien la clienta tiene plena libertad de decidir si acepta o no el trato propuesto, no es menos cierto que la abogada ejerce un enorme poder sobre ella, sobre todo cuando la persona no ha tenido ninguna interacción con la Ley (piénsese por ejemplo en un cliente analfabeto y completamente ignorante del funcionamiento del sistema jurídico). Como demuestran (Sarat & Felstiner (1986), no es del todo cierto que la clienta llegue a las oficinas de sus abogadas con sus intereses y objetivos definidos. Por el contrario, hay una especie de negociación entre abogadas y clientas en la que esos objetivos se construyen conjuntamente. Es factible, entonces, que aun cuando la clienta sepa que es inocente o sepa que el ente acusador no tiene las pruebas suficientes para acusarla, su abogada sea capaz de intimidarla y convencerla de que el mejor escenario para ella es aceptar su responsabilidad penal y ahorrarse la mitad de la pena porque «la abogada sí sabe cómo funcionan las cosas en realidad», poco importa si es inocente o no, al final podrá decirle a su clienta que «las cartas están echadas desde el comienzo».

Según la investigación de Blumberg, abogadas, juezas y fiscales colaboran mutuamente en la tarea de «asustar» a las acusadas y convencerla de aceptar el trato. Para la abogada es fundamental lograr que su clienta sienta temor del aparato judicial, pues de esta forma se justifica su papel como defensora, ya que está allí para mitigar ese temor. El temor se infunde, a través de la pomposidad de las diligencias y el uso de tecnicismos legales. Además, el temor y la amenaza fungen como mecanismos para asegurar el pago de los honorarios: ante un sistema judicial que la clienta desconoce, necesita una persona que defienda sus intereses y en quién confiar. Esta persona sólo hará ese trabajo, si recibe sus honorarios de manera anticipada. Una vez puesta toda la escena en marcha es más factible que, incluso siendo inocente, la clienta acepte responsabilidad penal por un hecho en el que no tiene nada que ver pues, como dicen: «es mejor un mal arreglo que un buen pleito».

En conclusión, los hallazgos de Blumberg se vuelven sumamente relevantes para advertir el surgimiento de estos conflictos de intereses y a la desnaturalización, tanto del rol de la abogada defensora, como de la figura del procedimiento abreviado. No es necesariamente cierto que todas las relaciones entre abogadas y cortes sigan el mismo patrón observado por Blumberg, pero tampoco sería descabellado pensar en que este tipo de actuaciones pudieran presentarse, en mayor o menor medida, en el sistema judicial mexicano.



Hay varias jurisdicciones que no permiten pactar honorarios de éxito en materia penal; es decir, la clientela paga única y exclusivamente si logra evitar su condena penal.

## Actividad de aprendizaje

### Propósito

Comprender algunos de los riesgos en el uso del procedimiento abreviado.

### Herramienta

Documental.

### Técnica didáctica

Análisis de la información.

### Dinámica

La profesora solicita a sus estudiantes que vean en casa el documental *Bagatela*, disponible en: <http://www.cultureunplugged.com/documentary/watch-online/filmedia/play/3679/Bagatela>.

Con base en el documental, las estudiantes escribirán un ensayo corto, donde analizarán el rol de la abogada defensora de oficio. En la clase siguiente socializarán con el resto del grupo sus reflexiones.

### Evaluación

Ensayo.





## Capítulo 10. ¿Es ético litigar a través de los micrófonos y la prensa? Límites a la libertad de expresión de los abogados

<b>Competencias específicas</b>	Comprender el debate sobre la limitación a la libertad de expresión de los abogados en el ejercicio de su profesión.
<b>Indicadores de competencia del/la estudiante</b>	Conoce y examina críticamente los argumentos a favor y en contra de limitar la libertad de expresión de los abogados. Además, sustenta adecuadamente su opinión al respecto.
<b>Actividades de enseñanza</b>	<b>Actividad 1</b> Con base en un caso real, los estudiantes tendrán un debate sobre la conveniencia de limitar la libertad de expresión de los abogados.
<b>Técnicas didácticas</b>	Discusión grupal.
<b>Evaluación formativa</b>	Registro de participaciones.
<b>Evaluación de aprendizaje</b>	Participación grupal.

## Introducción

---

Este capítulo tiene como objetivo exponer el debate sobre la conveniencia de limitar la libertad de expresión de los abogados en el marco de su ejercicio profesional. Para lograr esto, el argumento se desarrolla en tres partes:

1. Se vuelve a traer a colación el tema de la tensión entre defender los intereses del cliente y colaborar con la administración de justicia
2. Se explica cómo esta tensión permanece incluso fuera de las Cortes, problematizando el derecho a la libertad de expresión de los abogados. A través de un caso ocurrido en Colombia, se invita a reflexionar por qué sería conveniente establecer ciertos límites a la libertad de expresión de los abogados.
3. Poner en duda la deliberación anterior e invitar al grupo a pensar por qué podría ser peligroso limitar la libertad de expresión de los abogados. Para este fin se utiliza un caso resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

## **Defender al cliente o colaborar con la administración de justicia: el problema de la libertad de expresión de los abogados, más allá del escenario judicial**

---

Los abogados habitan un lugar incómodo y extraño en la administración de justicia. Por un lado, defienden los intereses de su cliente, lo cual implica que actúan de manera parcializada y con el objetivo de alcanzar dichos intereses, con respaldo del derecho. Por otro lado, el abogado tiene cierta responsabilidad de colaborar con la correcta administración de justicia. Este deber y las consiguientes obligaciones cambian de jurisdicción a jurisdicción, pero no es falso afirmar que en todas habita un germen de este deber, por más pequeño que sea. Si por algún motivo -quizá económico o moral- los abogados decidieran no representar los intereses de un amplio sector de la población, sería imposible tramitar las disputas sociales que trascienden y se convierten en disputas judiciales, lo cual podría amenazar el buen funcionamiento del Estado de Derecho. Bajo esta primera forma de colaboración no parece haber muchas tensiones para el abogado. Su tarea principal es prestar al cliente sus servicios de manera competente y responsable. Basta con representar los intereses de una persona para ayudar a la administración de justicia.

No obstante, el deber de colaboración que los abogados tienen con la administración de justicia no necesariamente se agota en esa primera instancia. Ya hemos visto en capítulos pasados cómo los abogados pueden llegar a tener ciertas obligaciones hacia la contraparte y la administración de justicia que, de cierta forma, pueden afectar los intereses de su cliente. Pensemos, por ejemplo, en el deber de colaborar en la construcción de la verdad y transmitir a la contraparte información relevante que esta no tuviera en su poder, pero pudiera ser fundamental para el proceso; o pensemos, por ejemplo, en el deber de revelar a la Corte las mentiras que su cliente hubiera vertido en el proceso a través de su declaración de partes.

La tensión que experimentan los abogados, entre representar los intereses de su cliente y colaborar con la administración de justicia, no se limita a la conducta que exhiben en los escenarios judiciales y a la práctica estrictamente jurídica. En algunas jurisdicciones esa tensión llega a tener efectos sobre el ejercicio de la libertad de expresión de los abogados.

## Actividad de aprendizaje

### Propósito

Aproximarse al debate sobre la libertad de expresión en el ejercicio de la profesión jurídica.

### Herramienta

Caso real.

### Técnica didáctica

Discusión de grupo.

### Dinámica

El profesor expone los hechos del caso real y facilita a sus estudiantes el material que considere necesario para que entiendan el problema que subyace en él. Posteriormente, fomenta una discusión grupal en torno a si creen que la conducta del abogado De La Espriella fue correcta o no, justificando de manera adecuada sus posturas al respecto.

### Evaluación

Participación de los estudiantes.

El siguiente caso real ocurrido en Colombia servirá para empezar a dilucidar el problema que abarca este capítulo.



## Caso real

### Caso Pretelt

Jorge Pretelt es un abogado colombiano que fue Juez de la Corte Constitucional colombiana de 2009 a 2016. En el 2016, fue suspendido de su cargo debido a una acusación de cohecho, la cual fue denunciada por otro juez de la Corte Constitucional, Mauricio González. Según la denuncia de González, Jorge Pretelt habría solicitado 500 millones de pesos colombianos a un abogado que tenía un caso pendiente de ser decidido por la Corte Constitucional. Pretelt prometía influir ante los demás magistrados de la Corte Constitucional para que fallaran de acuerdo con los intereses de este abogado. Posterior a la suspensión de su cargo, Jorge Pretelt fue acusado formalmente del delito de cohecho por parte de la Fiscalía General de la Nación.

Su abogado defensor en materia penal fue Abelardo De la Espriella. Este abogado es reconocido en Colombia por defender casos altamente mediatizados y por utilizar los medios de comunicación o sus propias cuentas de redes sociales para mandar mensajes a la opinión pública cuando considera que hay un trato injusto a su cliente o cuando considera que hay fuerzas oscuras que pueden afectar el debido proceso.

Para el caso de Pretelt, De la Espriella subió un video de 36 minutos a la red social *YouTube* y para enero de 2018 ya tenía más de 21,000 reproducciones. En el video, De la Espriella hace serias acusaciones al Senado de la República por no haberle permitido defender a su cliente en el Congreso, pues esa instancia del poder público es la que, según la Constitución Política Colombiana, tiene la competencia para retirar a un Magistrado de la Corte Constitucional de su cargo. Posteriormente, una vez es removido de su cargo por el Congreso, la Fiscalía general de la Nación empieza la investigación y acusación para que se surta su juicio ante la Corte Suprema de Justicia. De la Espriella siguió utilizando distintos medios de comunicación (radio, televisión y prensa) para denunciar lo que él consideraba una violación al debido proceso de su cliente.

Ante estas declaraciones y comunicados, De la Espriella fue investigado por el Consejo Superior de la Judicatura (la Corte colombiana encargada de aplicar el Código Disciplinario del Abogado y sancionar disciplinariamente a los abogados que infrinjan dichas obligaciones). La siguiente noticia publicada en un medio de comunicación colombiano relata los hechos<sup>29</sup>:

<sup>29</sup> Énfasis del autor.



### Sugerencia de video

El primer video subido por Abelardo De la Espriella, con respecto a su defendido, *#CasoPretelt La Historia de un Montaje*, está disponible en:

<https://www.youtube.com/watch?v=MCf8W4t6Jtl>

Un debate entre Abelardo De la Espriella y otros personajes públicos sobre el caso de su cliente es otro ejemplo del uso de medios de comunicación:

[https://www.youtube.com/watch?v=fsph\\_hPotes](https://www.youtube.com/watch?v=fsph_hPotes)

## Judicatura abre investigaciones a Abelardo de la Espriella, abogado de Pretelt

El Consejo Seccional de la Judicatura en Bogotá abrió investigaciones disciplinarias contra el abogado Abelardo de La Espriella porque, al parecer, faltó a sus funciones durante la defensa que ha ejercido al magistrado de la Corte Constitucional Jorge Pretelt dentro del caso del escándalo de Fidupetrol.

Dentro de los argumentos que contempló el tribunal de Bogotá, es que el jurista habría empleado de forma irregular los medios de comunicación para realizar acusaciones contra las autoridades judiciales y a congresistas ante el proceso que se adelanta en la Comisión de Acusación de la Cámara de Representantes al magistrado Pretelt.

Para la Judicatura, Abelardo de La Espriella habría utilizado indebidamente los medios de comunicación **«para conseguir publicidad laudatoria para faltar contra el respeto de la administración de justicia y las autoridades administrativas»**.

De igual forma la Seccional de la Judicatura de Bogotá consideró que debe investigarse al jurista «por injuriar o acusar temerariamente a los servidores públicos por medio de comunicaciones y la utilización de dichos medios de comunicación **para ventilar temas que corresponden a la persuasión debida y aumentada del expediente, posiblemente para influir en el ánimo de los servidores públicos»**.

La apertura de estas investigaciones dio lugar tras las quejas presentadas por los congresistas Ángela María Robledo y Germán Navas Talero, quienes consideraron que De La Espriella incurrió en varias faltas como abogado, y por lo tanto debe ser investigado disciplinariamente.

Por estos hechos el abogado Abelardo de La Espriella deberá responder en audiencias públicas el próximo 23 de junio y 22 de agosto para explicar sus actuaciones presuntamente irregulares y que dieron lugar a estas quejas por parte de los congresistas.



### Sugerencia de lectura

La noticia *Judicatura abre investigaciones a Abelardo de la Espriella, abogado de Pretelt* se encuentra en:

<http://www.rcnradio.com/nacional/judicatura-abre-investigaciones-abelardo-la-espriella-caso-fidupetrol/>

## Algunas razones para limitar la libertad de expresión de los abogados

El Consejo Superior de la Judicatura inició una investigación disciplinaria sobre De la Espriella porque sus declaraciones pueden considerarse como indebidas, pues al ser hechas de manera pública, pueden afectar la imparcialidad del juzgador, haciendo que el sentido de su decisión no responda a criterios estrictamente jurídicos sino a presiones externas. El riesgo que pueden generar este tipo de declaraciones es polemizar el caso e introducir la decisión del juez en un debate externo más grande y diferente, pudiendo afectar su libertad para decidir.

Por ejemplo, en el video de *YouTube* de De la Espriella, -a partir del minuto 18-, el abogado sugiere que la se acusa a su cliente por razones políticas, por ser un magistrado de corte conservador, provinciano y por un choque previo que tuvo con el, entonces, Fiscal General de la Nación (Eduardo Montea-legre). Más adelante, la emprende contra el Fiscal señalando que será un funcionario recordado por sus arbitrariedades y despilfarro de dineros públicos. En el video del debate, De la Espriella afirma que el caso de Pretelt no es más que una cortina de humo inventada por el gobierno para distraer a la opinión pública y desviar la atención frente a sus pocos logros alcanzados y remata señalando que, en realidad, Pretelt es un perseguido político, víctima de una disputa entre el gobierno de Juan Manuel Santos y de su antecesor, Álvaro Uribe. Estas acusaciones y preocupaciones, si bien pueden ser ciertas, son completamente ajenas a la disputa puramente jurídica. No obstante, puede ocurrir que tengan resonancia en la opinión pública y hagan que alguna parte de la ciudadanía sienta que, en efecto, su cliente no sea responsable de lo que se le acusa, sino que, simplemente, se trate de una cacería de brujas. Si esto ocurre, y las declaraciones del abogado logran calar en la consciencia de un grupo significativo de personas, es posible que los jueces sientan presión para fallar de determinada forma.

Por otro lado, algunas jurisdicciones consideran que estos pronunciamientos que no son necesariamente jurídicos (además por el tipo de audiencia al que van dirigidos, generalmente, no lo son) pueden afectar de manera importante la imagen de la profesión y la confianza que la ciudadanía deposita en ella, al mismo tiempo que afectan la imagen y autoridad de las cortes.

El sustento teórico de estas preocupaciones es doble: por un lado, se supone que los jueces deben ser independientes y, al momento de decidir un caso, deben estar sometidos única y exclusivamente al imperio de la ley. Todas sus decisiones deben estar basadas en argumentos fácticos y jurídicos. Cuando los abogados «litigan un caso en los medios» pueden llegar a afectar esa independencia. No en todos los casos ocurre esto y se espera que exista un diseño institucional adecuado, que blinde la independencia de los jueces (estabilidad laboral, salarios altos, mecanismos de supervisión y sanción, etc.). En todo caso, la regulación disciplinaria sobre los abogados trata de hacer su aporte y fomentar un ambiente para la resolución de las disputas judiciales, donde predomine la civilidad y no haya presiones indebidas entre las partes. Por el otro lado, la ciudadanía confía en la adjudicación judicial como un método para la resolución de disputas por que el método es, aparentemente, objetivo y racional. En él priman los argumentos jurídicos y se eliminan algunas variables,<sup>30</sup> como el poder económico, político o social para decidir quién tiene razón en una disputa. Los participantes en el proceso judicial (todos ellos abogados) pasan por una formación académica que les otorga un lenguaje común para dirimir las

<sup>30</sup> Dichas variables se reducen parcialmente por dos factores reales: primero, hay abogados mejor preparados que otros; y segundo, los más poderosos tienen mayor acceso a estos abogados. Por ende, en un plano de igualdad formal, la administración de justicia no está completamente blindada frente al ejercicio material del poder. Los más poderosos tienen acceso a mejores abogados, por tanto, el campo de la disputa judicial está dispuesto a su favor.

disputas sociales. Entonces, se espera que a través de ese lenguaje se resuelvan objetiva y racionalmente las disputas que los sujetos traen a las Cortes. Cuando se empieza a «litigar» un caso fuera de la Corte, ya sea con intimidaciones (amenazas de muerte), sobornos (compra de testigos, arreglos entre las partes en temas vedados por la ley) o presiones indebidas, a través de declaraciones que afectan al juzgador (ya sea acusándolo de haber realizado algo indebido o alabándolo por alguna acción realizada para ganar sus favores en el escenario judicial), la ciudadanía empieza a desconfiar de todo el aparato judicial y la profesión jurídica. La percepción sería que las disputas no se solucionan a través del derecho, sino de otros factores ajenos a lo jurídico. La ciudadanía podría pensar que los abogados no convencen a los jueces mediante otras técnicas y estrategias que fácilmente podrían ser empleadas por cualquier persona. Esta situación puede tornarse peligrosa, pues podría deslegitimar, tanto la profesión jurídica como las instituciones judiciales, provocando que sus decisiones sean cuestionadas y desobedecidas por considerarse injustas o sospechosas.

En razón a lo anterior, es comprensible que en algunas jurisdicciones se limite la libertad de expresión de los abogados, tal como ocurrió en el caso de De la Espriella. Se puede trazar el límite, de manera específica, a través de los códigos de ética profesional, estableciendo disposiciones normativas que regulen los comunicados que los abogados pueden hacer durante el curso de un caso o de manera general. En algunos países se limita a través de los delitos de injuria y calumnia, propios de la legislación penal.<sup>31</sup>

Un ejemplo de regulación disciplinaria referente al tipo de comunicaciones que pueden emitir y publicitar los abogados por fuera de una corte es la regla modelo 3.6 de la *American Bar Association*. En el primer párrafo señala lo siguiente<sup>32</sup>:

(a) Un abogado que esté participando o haya participado en el litigio de un asunto no debe hacer pronunciamientos extrajudiciales cuando sepa o, razonablemente, debiera saber que se divulgará a través de medios de comunicación y que tenga la posibilidad de perjudicar la decisión judicial.<sup>33</sup>

Así como la norma contiene esta prohibición expresa, también contempla una lista específica de información que el abogado sí puede diseminar al público en general. Además, contempla una excepción importante a la prohibición la cual consiste en la autorización de defender los intereses del cliente cuando haya información circulando en la opinión pública que pueda generar un prejuicio en contra de su cliente afectando así sus garantías judiciales. Esta excepción señala lo siguiente:

A pesar de lo señalado en el párrafo (a), el abogado podrá realizar un comunicado cuando, razonablemente, infiera que se requiere para proteger a un cliente de un perjuicio sustancial que emane de publicidad reciente que no haya sido generada por el propio abogado o su cliente. Este comunicado debe limitarse a la información necesaria para mitigar la publicidad adversa.<sup>34</sup>

<sup>31</sup> En la década pasada, México derogó estos delitos a nivel federal y los estados han hecho lo propio años después.

<sup>32</sup> En su idioma original la regla dice: a) A lawyer who is participating or has participated in the investigation or litigation of a matter shall not make an extrajudicial statement that the lawyer knows or reasonably should know will be disseminated by means of public communication and will have a substantial likelihood of materially prejudicing an adjudicative proceeding in the matter.

<sup>33</sup> Traducción libre del autor.

<sup>34</sup> Traducción libre del autor.



## Algunos argumentos para proteger de manera reforzada la libertad de expresión de los abogados

Si bien hay argumentos de peso que justifican la limitación a la libertad de expresión de los abogados, no es menos cierto que podría argumentarse lo contrario señalando, precisamente, que la naturaleza de la abogacía consiste en defender intereses cuando hay evidentes desbalances de poder entre las partes (por ejemplo, los casos donde una persona natural demanda al Estado, a una corporación, a un empleador, etc.). Los abogados requieren no una limitación en su libertad de expresión sino, muy al contrario, una protección reforzada a dicho derecho.

En casos donde los abogados litigan ante jueces o sistemas judiciales corruptos hasta la médula ¿no sería necesario garantizar que el abogado pueda ventilar dichas quejas ante la opinión pública? En casos sensibles políticamente, como los de violaciones a los Derechos Humanos: ¿no deberían las defensoras de Derechos Humanos contar con plenas garantías para poder denunciar cualquier irregularidad judicial ante los medios de comunicación?

Un caso que puso en evidencia esta tensión fue *Rodríguez Ravelo Vs. España*, decidido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Este caso hace referencia a las expresiones empleadas por un abogado demandante en un escrito dirigido a un juez civil, en el cual atribuyó una conducta reprochable a la jueza. A juicio del abogado, la jueza estaba distorsionando la realidad al mentir y emitir un informe falso. Ante las acusaciones del abogado, se inició un procedimiento penal por el delito de calumnia contra él y fue condenado a una multa, la cual podía convertirse en pena privativa de la libertad en caso de que no la pagara. En opinión de la jueza penal, las expresiones empleadas por el abogado afectaban de manera importante su honor y excedieron las expresiones permitidas para ejercer el derecho de defensa.

El abogado decidió llevar su caso al TEDH, alegando que su condena constituía una violación a su derecho a la libertad de expresión. En su opinión, esa pena era una injerencia desproporcionada sobre su derecho a expresarse libremente en el ejercicio profesional. El tribunal tenía que determinar entonces si, para ese caso específico, había o no equilibrio entre la necesidad de garantizar la protección e integridad del poder judicial y, por el otro lado, la libertad de expresión del abogado en ejercicio de su profesión.

El TEDH declaró que España sí había violado el derecho a la libertad de expresión del abogado. Por la importancia del fallo para el tema particular que estamos estudiando, vale la pena citar algunos extractos de los argumentos empleados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2016):

La libertad de expresión de la que goza un abogado en el estrado no es ilimitada, y ciertos intereses, tales como la autoridad del poder judicial son bastante importantes como para justificar restricciones de este derecho. Sin embargo, aunque la imposición de las penas sea competencia de las jurisdicciones nacionales, el TEDH recuerda que, según su jurisprudencia, sólo excepcionalmente una restricción a la libertad de expresión del abogado de la defensa, incluso mediante una leve sanción penal, puede considerarse necesaria en una sociedad democrática. Es inevitable que la imposición de una pena de prisión a un abogado conlleve, por su misma naturaleza, un «efecto disuasorio», no sólo para el abogado afectado, sino también para la profesión en su conjunto. Todo «efecto disuasorio» es un factor importante a tener en cuenta para ponderar un justo equilibrio entre los tribunales y los abogados en el marco de una buena administración de justicia.

(...)

El TEDH estima que, aunque graves y descorteses, las expresiones empleadas por el interesado no se habían realizado en el estrado propiamente dicho, y se referían, principalmente a la manera en que la jueza afectada conducía la instancia en el marco de un procedimiento puramente civil. El deber del abogado consiste en defender con celo los intereses de sus clientes, lo que le lleva a veces a preguntarse sobre la necesidad de oponerse o no a la actitud del tribunal o de quejarse de ello. Compete, en primer lugar, a los propios abogados, sin perjuicio del control del juez, el valorar la oportunidad y la utilidad de un argumento aportado en la defensa sin dejarse influenciar por el «efecto disuasorio» que podría revestir una sanción penal incluso relativamente leve.

(...)

Por consiguiente, las sanciones penales entre las cuales, principalmente, las que conllevan eventualmente una privación de libertad que limitan la libertad de expresión del abogado de la defensa, difícilmente pueden encontrar una justificación. Las jurisdicciones penales que han examinado el asunto no han ponderado por tanto un justo equilibrio entre la necesidad de garantizar la autoridad del poder judicial y la de proteger la libertad de expresión del demandante.

El fallo del TEDH es importante, pues señala dos asuntos importantes que deben tomarse en cuenta al momento de regular la libertad de expresión de los abogados: primero, la importancia de la administración de justicia en una democracia y el rol que los abogados desempeñan en ella, como representantes de los intereses de las ciudadanas; segundo, el efecto disuasivo que podría generar una regulación demasiado estricta o una criminalización de las defensas, tal vez ofensivas, pero en todo caso tolerables en escenarios judiciales, donde puede haber mucho en juego para las partes que acuden a él.

Uno de los puntos clave para entender por qué deberíamos proteger en mayor medida la libertad de expresión de los abogados en el ejercicio de su profesión es reconocer que, en muchos aspectos, la defensa jurídica que realizan tiene, sin lugar a duda, un trasfondo político, por lo que su contenido es especialmente protegido por el derecho a la libertad de expresión. Sobre este punto la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2010, p. 111) ha señalado lo siguiente:



### Sugerencia de lectura

*El Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión de la Relatoría para la Libertad de Expresión (2010) está disponible en:*

<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/MARCO%20JURIDICO%20INTERAMERICANO%20DEL%20DERECHO%20A%20LA%20LIBERTAD%20DE%20EXPRE-SION%20ESP%20FINAL%20portada.doc.pdf>

El funcionamiento de la democracia exige el mayor nivel posible de discusión pública sobre el funcionamiento de la sociedad y del Estado en todos sus aspectos, esto es, sobre los asuntos de interés público. En un sistema democrático y pluralista, las acciones y omisiones del Estado y de sus funcionarios deben sujetarse a un escrutinio riguroso, no sólo por los órganos internos de control, sino también por la prensa y la opinión pública. La gestión pública y los asuntos de interés común deben ser objeto de control por la sociedad en su conjunto. El control democrático de la gestión pública, a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades del Estado y la responsabilidad de los funcionarios públicos sobre sus actuaciones, y es un medio para lograr el máximo nivel de participación ciudadana. De allí que el adecuado desenvolvimiento de la democracia requiera la mayor circulación de informes, opiniones e ideas sobre asuntos de interés público.

(...)

Las expresiones, informaciones y opiniones atinentes a asuntos de interés público, al Estado y sus instituciones, gozan de mayor protección bajo la Convención Americana, lo cual implica que el Estado debe abstenerse con mayor rigor de establecer limitaciones a estas formas de expresión, y que las entidades y funcionarios que conforman el Estado, así como quienes aspiran a ocupar cargos públicos, en razón de la naturaleza pública de las funciones que cumplen, deben tener un mayor umbral de tolerancia ante la crítica. En una sociedad democrática, dada la importancia del control de la gestión pública a través de la opinión, hay un margen reducido a cualquier restricción del debate político o de cuestiones de interés público.

Es sorprendente que dentro de los oficios o profesiones que interesan al informe de la Relatoría, aparezcan periodistas, funcionarios públicos, integrantes de fuerzas militares, pero por ningún lado aparezcan los abogados. Una lectura de los dos párrafos extraídos del informe trae a la mente, sin lugar a duda, a los abogados. No es sólo la prensa la que vigila el ejercicio del poder público y privado, los abogados desempeñan un papel fundamental en ese sentido y, además, por ser actores que interactúan constantemente con esos poderes tienen acceso, de primera mano, a cualquier situación que pueda parecer sospechosa y que merezca una especial atención. En este sentido, comprender la práctica jurídica como un ejercicio de poder político y no como un simple oficio o técnica, permite abrir un abanico más amplio de razones para entender por qué es necesario tener mucho cuidado al momento de regular la libertad de expresión de los abogados.

## Actividad de aprendizaje

### Propósito

Identificar situaciones donde entre en tensión la libertad de expresión de las abogadas y la independencia de las cortes.

### Herramienta

Caso real.

### Técnica didáctica

Búsqueda de información.

### Dinámica

El profesor solicita a sus estudiantes que se organicen en grupos de 4 para que encuentren casos reales, similares al expuesto en este capítulo. Los estudiantes deberán recurrir a medios de comunicación nacionales como revistas, periódicos, redes sociales, noticieros, etc. En la siguiente clase cada grupo expondrá su caso ante todo el salón.

### Evaluación

Presentación de caso real.

# Bibliografía

---

- Alexy, R., & Bernal Pulido, C. (2014). *Teoría de los derechos fundamentales*.
- Alibrandi, T., & Armani, F. H. (1984). *Privileged information*. New York, N.Y.: Dodd, Mead.
- Anzola, S. (2016). La visión dominante de la ética profesional del abogado como obstáculo a la construcción de un trauma cultural y como causa de un trauma individual. *Revista Derecho PUCP*, (77), 197–218.
- Anzola, S. (2017). *El Malestar en la Profesión Jurídica: tensiones entre la ética personal y profesional de los Abogados*. Universidad de los Andes.
- Bandes, S. (2006). Repression and Denial in Criminal Lawyering. *Buffalo Criminal Law Review*, 9.
- Berger, T. (2015). The ethical limits of discrediting the truthful witness: How modern ethics rules fail to prevent truthful witnesses from being discredited through unethical means. *Marquette Law Review*, 99(2), 283–362.
- Blumberg, A. (1966). The Practice of Law as a Confidence Game: Organizational Cooptation of a Profession. *Law and Society Review*, 1.
- BMA. (2017). *Normatividad*. Obtenido de Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C.: <http://www.bma.org.mx/normatividad.html>
- Böhmer, M. (2008). Equalizers and Translators: Lawyers' Ethics in a Constitutional Democracy. *Fordham Law Review*, (77). <https://doi.org/10.1525/sp.2007.54.1.23>.
- Böhmer, M. (2009). The Lawyer's Role in a Contemporary Democracy, Promoting Access to Justice and Government Institutions, Equalizers and Translators: Lawyers' Ethics in a Constitutional Democracy. *Fordham Law Review*, 77(4).
- Boza, B. (2011). *Código Voluntario de Buenas Prácticas del Abogado de la Red Peruana de Universidades*.
- Contreras Melara, J. R. (2015). *Manual del Profesor para la materia "Métodos alternos de solución de controversias y salidas alternas al proceso penal acusatorio"*. Centro de Estudios Sobre la Enseñanza y el Aprendizaje del Derecho, A.C.
- Dworkin, R. (1986). *Law's empire*. Cambridge, Mass.: Belknap Press.
- Fried, C. (1976). The Lawyer as Friend: The Moral Foundations of the Lawyer-Client Relation. *The Yale Law Journal*, 85(8), <https://doi.org/10.2307/795584>
- Goldman, A. H. (1980). *The moral foundations of professional ethics*. Totowa, N.J.: Rowman and Littlefield.

Hutchinson, A. C. (1995). Calgary and Everything After: A Postmodern Re-Vision of Lawyering. *Alberta Law Review*, 33.

INCAM. (s.f.). *Código de Ética*. Obtenido de Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México: <http://www.incam.org.mx/codigoEtica-I.php>

Luban, D. (1988). *Lawyers and justice : an ethical study*. Princeton, N.J. : Princeton University Press, 1988.

Mann, K. (1988). *Defending white-collar crime : a portrait of attorneys at work*. New Haven; London: Yale University Press.

Markovits, D. (2008). *A modern legal ethics : adversary advocacy in a democratic age*. Princeton, NJ: Princeton University Press.

Mitchell, J. B. (1987). Reasonable Doubts Are Where You Find Them: A Response to Professor Subin's Position on the Criminal Lawyer's Different Mission. *Geo. J. Legal Ethics*, 339.

Nava Garcés, A. E. (2017). *Los Litigantes: Conversaciones con los Grandes Penalistas de México*. Ciudad de México: Editorial Porrúa.

Nelson, R. L., Trubek, D., & Solomon, R. L. (1992). *Lawyers' ideals/lawyers' practices : transformations in the American legal profession*. Ithaca: Cornell University Press.

Parsons, T. (1937). The Professions and Social Structure. *Social Forces* VO - 17, 17(4), 457–467.

Pennington, N. (1991). A Cognitive Theory of Juror Decision Making: The Story Model. *Cardozo Law Review*, 13. <https://doi.org/10.3366/ajicl.2011.0005>

Pepper, S. L. (1986). The Lawyer's Amoral Ethical Role: A Defense, a Problem, and Some Possibilities. *American Bar Foundation Research Journal*, 1, 613–635.

Postema, G. J. (1983). Moral responsibility in professional ethics. *Profits and Professions*, 1, 37–63.

Relatoría para la Libertad de Expresión. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2010). *Marco Jurídico Interamericano sobre el Derecho a la Libertad de Expresión*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Rhode, D. L., & Luban, D. (2009). *Legal ethics*. New York, NY: Thomson Reuters/Foundation Press, 2009.

Rimer, S. (2000). Lawyer Sabotaged Case of a Client on Deathrow. *The New York Times*.

Rivera-López, E. (2015). Is it morally wrong to defend unjust causes as a lawyer? *Journal of Applied Philosophy*, 32(2), 177–189. <https://doi.org/10.1111/japp.12082>

Salas, M. E. (2007). ¿Es el derecho una profesión inmoral? Un entremés para los cultores de la ética y de la deontología jurídica. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30, 581-600. <https://doi.org/10.14198/DOXA2007.30.49>

Sarat, A., & Felstiner, W. L. F. (1986). Law and strategy in the divorce lawyer's office. *Law & Society Review*, 20(1), 93.

Seleme, H. (2012). La defensa de un culpable: Una Justificación Moral. *Isonomía*, 37(37), 17-60.

Simon, W. H. (1993). The Ethics of Criminal Defense. *Michigan Law Review*, 91. <https://doi.org/10.3868/s050-004-015-0003-8>

Simon, W. H. (1998). *The practice of justice a theory of lawyers' ethics*. Cambridge: Harvard University Press.

Subin, H. I. (1987). The Criminal Lawyer's Different Mission: Reflections on the Right to Present a False Case. *Georgetown Journal of Legal Ethics*, 1.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2016). *Asunto Rodríguez Ravelo c. España* (Demanda n° 48074/10).

Villalobos de Gonzalez, E. (2015). Abogacía Éticamente Responsable: Discursos y Realidades. En *Dilemas Contemporáneos de la Abogacía en México* (pp. 75-94). Ciudad de México: ABA ROLI.

Wasserstrom, R. (1975). Lawyers as Professionals: Some Moral Issues. *Human Rights*, 5(1), 1-25.

Wendel, W. B. (2016). *Professional responsibility : examples and explanations*. New York: Wolters Kluwer.

Wilkins, D. B. (1990). Legal realism for lawyers. *Harvard Law Review*, 104(2), 469-523.

Zacharias, F. C. (1989). Rethinking Confidentiality. *Iowa Law Review*, 74.



Tradicionalmente, el curso de ética y responsabilidad profesional ha ocupado un lugar marginal en los currículos de las escuelas de Derecho, no solo en México sino en Latinoamérica. Si bien es cierto que hay una interrelación entre la ética como rama general de la filosofía y la ética profesional del abogado, desde el CEEAD consideramos necesario diseñar cursos más cercanos a la práctica jurídica y los dilemas éticos que enfrentan los/las abogadas en su práctica profesional.

Este libro para docentes del curso Ética y Responsabilidad Profesional en el Sistema de Justicia Penal busca constituirse como un primer esfuerzo para resaltar la importancia de la deliberación ética en el ejercicio del Derecho y facilitar la enseñanza de esta asignatura en las escuelas de Derecho. Esperamos, además, que este libro sirva como material de reflexión en cursos de posgrado o en asociaciones y colegios interesados en trabajar el tema.

## Dirección

Porfirio Díaz Sur #727 Col. Centro  
Monterrey, Nuevo León C.P. 64000

## Teléfono(s)

+52(81) 17661197

+52(81) 17661198

ceead 

@ceead 

ceead1 