Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2021), *44*
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676

Deber de veracidad, regla del silencio y estándar de prueba

Duty of Candor, Rule of Silence and Standard of Proof

Hugo Omar Seleme

Autor:
Hugo Omar Seleme
Universidad Nacional de Córdoba – CONICET, Argentina
hugoseleme@conicet.gov.ar

Recibido: 27-4-2020
Aceptado: 15-7-2020

Citar como:
Seleme, Hugo Omar, (2021). Deber de veracidad, regla del silencio y estándar de prueba Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, *44*, pp. 263-288. https://doi.org/10.14198/DOXA2021.44.11

Licencia:
Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.

© Hugo Omar Seleme

Resumen

La regla del silencio, como estrategia para conciliar las exigencias en pugna que pesan sobre el abogado en el proceso adversarial, debe ser corregida en dos sentidos. Primero, es necesario advertir que el deber de veracidad es sensible a los elementos de juicio que dan sustento a lo que el abogado asevera o niega y al estándar de prueba que utiliza el proceso judicial. Segundo, los elementos de juicio pertinentes para determinar si la exigencia de veracidad ha sido o no satisfecha son aquellos de los que dispone el abogado aun si estos son inadmisibles en el proceso por la existencia de filtros no-epistémicos. La regla revisada impone un deber débil de veracidad que pesa sobre el abogado aun antes que la acción judicial haya sido iniciada. Falta a su deber de veracidad el abogado que al iniciar la demanda o al contestarla realiza aseveraciones sin tener a su alcance elementos de juicio –admisibles o inadmisibles– que las respalden hasta el punto requerido por el estándar de prueba del proceso que pretende iniciar.

Palabras clave: Ética profesional; deber de celosa defensa; proceso judicial; permisión de mentir.

Abstract

The rule of silence, as a strategy to reconcile the competing demands on the lawyer in the adversarial process, must be revised in two ways. First, the duty of candor is sensitive to the elements of judgment that support what the lawyer asserts or denies and the standard of proof used in the judicial process. Second, the pertinent elements of judgment to determine whether the duty of candor has been satisfied are those available to the lawyer, even if those elements are inadmissible in the process due to the existence of non-epistemic filters. The revised rule imposes a weak duty of veracity or candor on lawyers, even before the legal action has been initiated. The lawyer who makes assertions without having elements of judgment

–admissible or inadmissible– that bring support to them to the extent required by the legal standard of proof, violates the duty of candor.

Keywords: Legal ethics; duty of zealous defense; legal process; permission to lie.

I. INTRODUCCIÓN

Existen dos hechos que llaman la atención cuando uno se pregunta acerca de si los abogados tienen algún deber de decir la verdad. El primero, es que todos aquellos que son ajenos a la profesión –esto es el público en general– están de acuerdo en que los abogados mienten. El segundo, es que todos los autores que han tratado el tema piensan que existe algún deber de veracidad, pero no se ponen de acuerdo en cuál es su contenido y extensión.

¿Qué puede explicar estas discrepancias? ¿Por qué razón los ciudadanos en general piensan que los abogados mienten, mientras que los abogados y especialistas en la materia piensan que tienen un deber de decir la verdad? Y si estos últimos acuerdan en la existencia de este deber ¿Por qué no pueden acordar sobre qué es lo que el deber prescribe? Creo que todas estas preguntas encuentran respuesta cuando uno advierte que sobre este tema, como en tantos otros, el rol de abogado se encuentra sujeto a exigencias morales aparentemente conflictivas.

Monroe Freedman ha señalado que los abogados enfrentan un trilema. En primer lugar, deseamos que los abogados obtengan tanta información de su cliente como sea posible. Esto nos interesa porque queremos que el derecho de defensa del cliente y el derecho a tener un acceso efectivo a la justicia, se encuentren garantizados. Si el abogado no conoce todos los hechos relevantes, difícilmente pueda auxiliar a su cliente a promover sus intereses a través del sistema de justicia. En segundo lugar, y en parte para garantizar que el cliente brinde al abogado toda la información pertinente, queremos que el abogado esté obligado por un deber de confidencialidad a no revelarla. Después de todo, si el cliente supiese que lo que le cuenta a su abogado puede ser divulgado, seguramente se cuidaría de mostrar toda la información relevante. Finalmente, deseamos que los abogados sean «auxiliares de la justicia» y que contribuyan a que los órganos jurisdiccionales tomen sus decisiones sobre la base de información de calidad y evidencia confiable (Freedman, 1996).

El abogado tiene el deber de conocer toda la información relevante del caso. Adicionalmente, tiene el deber de no revelarla. Pero tiene también el deber de no engañar al tribunal o a la contraparte, contribuyendo a que la decisión que adopte el tribunal sea informada. La coexistencia de estos tres deberes aparentemente en tensión explica, en parte, porqué las miradas de quienes miran desde fuera y desde adentro a la profesión son discrepantes. Para los ciudadanos en general lo que se vuelve patente es que los abogados no dicen todo lo que saben. La lealtad que el abogado le debe a su cliente, en tanto promotor de sus intereses, y el deber de secreto que lo vincula con éste, hace que no pueda revelar toda la información que posee. Si el abogado fuese sólo un

«auxiliar de la justicia» que debe colaborar con el tribunal, la opinión de los ciudadanos de que mienten seguramente no existiría.

Quienes ejercen la profesión o se ocupan de su estudio tienen una mirada más escrupulosa y atenta a los detalles. Para éstos, los deberes de veracidad que pesan sobre el abogado son más evidentes que para los ciudadanos en general. Tienen plena conciencia, por ejemplo, de que introducir documentos falsos en un proceso es impermisible, o que defender a un cliente en un proceso penal formulando una falsa acusación sobre otra persona es incorrecto, o que introducir pruebas falsas es indebido. Que todos tengan conciencia de estos casos claros en los que no es permisible para el abogado mentir, hace que acuerden acerca de la existencia de un deber de veracidad de los abogados.

Sin embargo, como los contornos del deber de veracidad se definen a partir de las exigencias en sentido contrario de otros deberes –como el de promover los intereses del cliente y el de confidencialidad– junto con los casos claros sobre los que existe acuerdo se encuentran otros en donde el modo de acomodar estas exigencias conflictivas no es uniforme. Por este motivo, aun aquellos que están de acuerdo en que los abogados tienen un deber de veracidad discrepan acerca de cuáles son sus límites y cuál sería el curso de acción correcto frente a ciertas circunstancias problemáticas.

Esto explica por qué teóricos que han empleado su inteligencia, tiempo y esfuerzo en abordar estos problemas, no siempre llegan a respuestas coincidentes. Cuándo un organismo estatal requiere información acerca de una empresa ¿hasta qué extremo puede el abogado de la misma utilizar tácticas para ayudar a que la empresa oculte parte de la información? ¿Basta que el abogado no brinde información falsa para que haya cumplido con su deber de veracidad? ¿Es este el modo correcto de balancear la lealtad que le debe al cliente con su rol de auxiliar de la justicia? Geoffrey Hazard al brindar su opinión experta[1] en un caso resonante de los años 80 en el que una firma legal –Kaye,Scholer– contribuyó a que las oficinas gubernamentales no tuviesen acceso a la información completa de las operaciones fraudulentas o de alto riesgo que llevaba adelante el banco que representaban, sostuvo que la firma actuó correctamente. En el curso de procesos administrativos o judiciales, sostuvo Hazard, las obligaciones que el abogado tiene en relación con terceros son mínimas, mientras que la obligación de confidencialidad y de celosa defensa de los intereses del cliente son de máxima importancia[2]. Otro experto, William H. Simon, discrepó. Para él en esta situación el abogado debe brindar toda la información requerida por la agencia gubernamental (Simon, 1998).

1. Hazard dio su opinión en una gacetilla de prensa de 22 páginas que fue hecha circular poco después de que la agencia gubernamental acusara a los abogados. Otros académicos lo siguieron. Uno de ellos fue Marvel Frankel quien escribió un artículo en el New York Times que coincidía con lo señalado por Hazard.
2. Una de las alegaciones que formuló The Office of Thrift Supervision (la agencia gubernamental encargada de controlar la actividad de estas entidades financieras) fue que Kaye Scholer, a pedido de la agencia, informó que la firma que se encargaba de la contabilidad del banco que representaban había renunciado, lo cual era cierto, pero omitió informar comunicaciones con la firma en donde esta dejaba en claro que los motivos de su apartamiento eran las operaciones de alto riesgo que el banco estaba llevando adelante.

Idénticas discrepancias se observa en los doctrinarios que no abrevan en la tradición anglosajona. Entre quienes han abogado por un deber de veracidad robusto, el más destacado ha sido Couture quien sostiene que «…es posible afirmar que existe un principio ínsito (aunque no exista texto expreso) en el derecho procesal que determina un deber de las partes de decir la verdad...El proceso tiene cierta nota necesaria, cierta inherencia de verdad, porque el proceso es la realización de la justicia y ninguna justicia se puede apoyar en la mentira.»(Couture, 1950, p. 249) Podetti, refiriéndose al principio de moralidad en el proceso, sostiene que «…consiste en el deber de ser veraces y proceder con buena fe, de todos cuantos intervienen en el proceso, a fin de hacer posible el descubrimiento de la verdad». (Podetti, 1954, p. 97) Grossman, por su parte, señala que «…ni siquiera frente al adversario malicioso se conceden alteraciones de la verdad, puesto que los derechos modernos han eliminado el principio dulum dolo repellere licet (el dolo puede ser repelido por dolo). La mentira de una parte no faculta a la otra para faltar también a la verdad.» (Grossmann, 1940, p. 12) Otros, como Calamandrei, Redenti o Wach, se han inclinado por un deber de probidad o lealtad menos exigente. El artículo 26 del Proyecto Solmi que los tres doctrinarios enmendaron, señalaba en su versión original que «(l)as partes, los Procuradores y los Defensores tienen la obligación de exponer al Juez los hechos según la verdad y de no proponer demandas, defensas, excepciones o pruebas que no sean de buena fe….» Luego de la revisión la referencia a la verdad había sido reemplazada y ahora se establecía el deber de «…comportarse en juicio con lealtad y probidad».

También sirve para explicar por qué diferentes ordenamientos jurídicos han ofrecido diferentes respuestas al problema del deber de veracidad. En algunos casos donde el control de la conducta profesional depende de los diferentes Estados subnacionales, hasta es posible encontrar respuestas divergentes dentro del mismo sistema jurídico nacional. Esto es lo que sucede, por ejemplo, en Estados Unidos donde al enfrentarse con las exigencias aparentemente conflictivas que surgen del deber de confidencialidad y el deber de auxiliar a la justicia brindando toda la información relevante, algunos Estados han exigido que la información confidencial sea revelada, si ese es el único modo de evitar que el cliente lleve adelante una conducta fraudulenta o es la manera de rectificar la conducta fraudulenta o ilegal para los que fueron utilizados los servicios del abogado[3]; otros Estados sólo han permitido que la información sea revelada pero no lo exigen[4]; y otros, directamente lo han prohibido[5].

Otros Estados nacionales han consagrado lisa y llanamente el deber de veracidad en sus normas procesales. Este es el caso, por ejemplo, del art 138 de la ZPO alemana que lleva por título «el deber de decir la verdad», cuyo texto establece que «1) Las partes deben hacer sus declaraciones sobre cuestiones de hecho en forma completa y

3. Este es el caso, por ejemplo, de Florida, New Jersey, Virginia y Wisconsin.
4. Aquí se ubican la mayor parte de los Estados.
5. Los que han son Alabama, California, y el distrito de Columbia, Kentucky, Missouri, Montana, Nebraska, Rhode Island y South Dakota.

adecuadas a la verdad. 2) Cada parte debe declarar sobre las alegaciones de hecho de su contraparte. 3) Los hechos que no sean discutidos en forma expresa deben considerarse como admitidos, cuando no pueda inferirse la intención de discutirlos de las declaraciones que efectúen las partes. 4) Una declaración fundada en el desconocimiento es solamente admisible en tanto verse sobre hechos que no dependan de los actos propios de la parte ni de un objeto que se encuentre bajo su control.» Idéntica posición adopta el Código General del Proceso uruguayo que establece en su art. 5: «Las partes, sus representantes o asistentes y, en general, todos los partícipes del proceso, ajustarán su conducta a la dignidad de la justicia, al respeto que se deben los litigantes y a la lealtad y buena fe. Los sujetos del proceso deberán actuar con veracidad y brindar la máxima colaboración para la realización de todos los actos procesales». Lo mismo sucede con el Código Procesal Civil y Comercial de Brasil cuyo art. 77 establece como «…deberes de las partes, sus abogados y todos aquellos que de alguna manera participan en el proceso: I - exponer los hechos frente al tribunal de acuerdo con la verdad; II - no hacer un reclamo o presentar una defensa cuando se sabe que son sin fundamento…».

Algunos Estados han incluido deberes más genéricos de lealtad, probidad o buena fe. Este es el caso del Código Procesal de la Nación argentino que en su art. 34 estipula como deberes directo de los jueces, y por tanto indirectos de las partes, «…(p) revenir y sancionar todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe.» Un precepto análogo se encuentra en el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba cuyo art. 83 señala que «(l)as Las partes, sus letrados y apoderados, deberán actuar en el proceso con probidad y buena fe…».

Los Códigos de Ética que regulan el ejercicio profesional también han ofrecido diferentes respuestas. Las Model Rules de la ABA, por ejemplo, estipulan en la regla 3.3.1 que «Un abogado no deberá a sabiendas hacer una declaración falsa acerca de los hechos o del derecho ante un tribunal o no corregir una declaración falsa acerca de los hechos o el derecho que él mismo hizo previamente ante el tribunal…». Una posición semejante adopta el Código de Ética del Abogado adoptado por la Junta de Decanos de Colegios de Abogados del Perú, cuyo art. 64 estipula: «En sus manifestaciones, el abogado debe exponer con claridad los hechos, el derecho aplicable al caso, y las pretensiones de su cliente. No debe declarar con falsedad. Incurre en grave responsabilidad, el abogado que induzca a error a la autoridad utilizando artificios que oculten la verdad de los hechos o expongan una falsa aplicación del derecho. El abogado no debe realizar citas doctrinarias o jurisprudenciales inexistentes o tendenciosas, es decir, exponerlas en forma tal que se aparten de la opinión o sentido brindado por el autor.» Otros códigos de ética, como el que rige en la Provincia de Córdoba, estipulan un deber genérico de «auxiliar a la justicia». El art. 19 inc. 1 señala que es deber del abogado «(p)restar su asistencia profesional como colaborador del Juez y en servicio de la Justicia.» El art. 20 inc. 14 estipula un deber de veracidad específico a señalar que el abogado no debe «(e)fectuar en sus escritos o informes verbales citas tendenciosamente incompletas o contrarias a la verdad».

Que los especialistas y los diferentes ordenamientos jurídicos no resuelvan de manera uniforme los problemas vinculados con el deber de veracidad de los abogados puede provocar en quienes advierten la discrepancia una especie de reacción relativista o nihilista. Puede llevarlos a la conclusión de que no existe acuerdo porque no hay nada sobre qué acordar, dado que no existe una única respuesta a los problemas que sea moralmente correcta. Los arrastrados a posiciones relativistas pensarán que no hay una única respuesta correcta porque hay muchas y todas son igualmente válidas[6]. Los arrojados al nihilismo acordarán en que no hay una respuesta correcta porque ninguna lo es[7]. Para ambos, relativistas y nihilistas, el desacuerdo sobre qué es lo que prescribe el deber moral de veracidad es una muestra de que no existe una respuesta que sea la adecuada[8].

Frente a este relativismo o nihilismo moral una reacción entendible puede ser refugiarse en el mero estudio de las normas jurídicas que rigen la conducta profesional. Si la moral es un territorio inestable e incierto donde hay múltiples respuestas correctas a una misma pregunta o es un territorio estéril donde no existe ninguna, es lógico pensar que la única empresa fructífera consiste en analizar las diferentes respuestas legales que se han dado a los problemas morales. Creo que en parte esto ha contribuido a que en nuestra cultura jurídica la discusión moral acerca de los problemas que enfrentan los profesionales del derecho haya estado mayormente ausente[9].

El apartamiento del debate genuinamente moral o ético ha quedado oculto por el hecho de que, en general, los instrumentos legales que contienen la normativa disciplinaria que se aplica a los abogados son denominados como «códigos de ética profesional». Esta confusión entre la responsabilidad disciplinaria y la responsabilidad moral ha conducido a que el modo de responder a los problemas éticos que afectan a la profesión

6. La vinculación entre desacuerdo moral y relativismo puede encontrarse desarrollada en diferentes filósofos morales tales como Philipa Foot (2002), David Wong (1984) o Gilbert Harman (1996), entro otros.
7. Un argumento que parte del desacuerdo moral para concluir en el nihilismo se encuentra en John Mackie(1977, pp. 36–38)
8. Otro camino al relativismo no parte del desacuerdo moral sino de la mera divergencia de respuestas morales. Quienes defienden esta posición no sostienen que no existen fundamentos racionales para resolver los desacuerdos morales, sino que existen diferentes posiciones morales que responden a diferentes esquemas conceptuales los que a su vez hacen referencia a diferentes «mundos morales» que se encuentran normativamente aislados entre sí y que, por lo tanto, no pueden ser racionalmente jerarquizados como superiores o inferiores (Rovane, 2011).
9. Me refiero a la cultura jurídica hispanoamericana. Para que el repliegue sobre las normas jurídicas sea efectivo, es necesario tener una concepción del Derecho que lo aísla del razonamiento moral. Se trata de una visión positivista que ha dominado nuestro medio por algún tiempo. Quizás haya contribuido a esto el hecho de que los primeros positivistas jurídicos contemporáneos, como Kelsen, sostuvieron posiciones subjetivistas en materia de moralidad, privando al discurso moral de cualquier rasgo de racionalidad reduciéndolo a la mera expresión de preferencias. Este rasgo ha sido más prominente en los positivistas continentales que en los anglosajones, siendo los primeros los que más influencia ejercieron sobre gran parte de Latinoamérica.
Tal como muestra Ricardo Caracciolo, esta vinculación del positivismo jurídico con el relativismo moral no es necesaria. Ser positivista y realista u objetivista en materia moral es perfectamente posible (Caracciolo, 2000). No obstante, aunque la vinculación no es necesaria desde el punto de vista conceptual, ha existido de manera indubitable en los hechos.

consista simplemente en interpretar de manera puntillosa las normas legales de carácter disciplinar contenidas en estos «códigos».

Pienso que este abjurar encubierto de la reflexión moral, provocado por la constatación de que existen respuestas divergentes a los problemas éticos aun entre especialistas, es equivocado. La existencia de desacuerdos persistentes no es equivalente a la existencia de desacuerdos irresolubles. Que un desacuerdo sea persistente sólo muestra la complejidad del problema que se enfrenta, pero que la respuesta a un problema sea dificultosa es algo diferente a que no tenga respuesta. Si la existencia de desacuerdos puede explicarse por lo difícil del problema, la reacción adecuada no es abandonar la reflexión ética sino, por el contrario, profundizarla.

Si los desacuerdos acerca del deber de veracidad se explican por la pluralidad de consideraciones morales que hay en juego –lealtad al cliente, deber de confidencialidad, lealtad al sistema, etc.– el camino a seguir no puede ser el que conduce a abandonar la reflexión moral y la reemplaza por el análisis de las normas legales de carácter disciplinario contenidas en los «códigos de ética». La complejidad de los problemas morales vinculados con el deber de veracidad no es una razón para abandonar la reflexión moral sino para profundizarla.

Adicionalmente, esta profundización de la reflexión moral provocará una mejor comprensión del sentido y alcance de las normas disciplinarias. Estas normas son el producto de la lenta decantación de respuestas a problemas morales concretos que produjo a lo largo del tiempo la reflexión de aquellos que han ejercido la profesión. Si estas normas disciplinarias son, en parte, el fruto de la reflexión moral no sólo es absurdo parapetarse en su estudio para evitar caer en el fangoso campo de la moral, sino que, por el contrario, una agudizada sensibilidad moral acerca de las situaciones problemáticas que ellas regulan nos permitirá tener una agudizada comprensión de lo que prescriben.

Las reflexiones acerca del deber de veracidad que ofreceré a continuación se ubican en este dominio de la ética profesional entendida como reflexión moral. No me detendré a interpretar el modo peculiar en que los diferentes sistemas disciplinarios han regulado la materia. El problema que me ocupará no consistirá en interpretar textos normativos sino en identificar las razones morales que tienen los abogados para decir o callar la verdad, dadas las peculiaridades que tiene su rol profesional, en el contexto de un proceso adversarial. Tampoco me ocuparé de interpretar normas procesales, ni de ver las consecuencias procesales que tendría para algunas de las partes no decir la verdad. La pregunta a la que interesa encontrar respuesta es una de carácter ético que se refiere, genéricamente, a cuál es el modo correcto en que un abogado debe proceder.

El argumento que ofreceré intenta mostrar que la regla de silencio no permite acomodar en equilibrio reflexivo[10] las diferentes exigencias que pesan sobre el abogado.

10. Tal como señala John Rawls los argumentos morales, en toda su variedad, intentan mostrar siempre que la posición que se está defendiendo permite acomodar en un todo unificado y coherente las intuiciones morales de diversos grados de generalidad que poseemos (Rawls, 1971). Las intuiciones morales que tenemos en relación con el rol profesional del abogado –que debe estar del lado de su cliente, no revelando la información confiada y colaborando con el tribunal en la búsqueda de la justicia– no son una excepción.

Usualmente se piensa que, si la regla es abandonada y se adopta una más robusta de veracidad, entonces el deber de confidencialidad desaparece, y el de defender los intereses del cliente se ve seriamente comprometido. Creo que existe otro modo de concebir al deber de veracidad, que exige no formular afirmaciones que no estén respaldadas por evidencia empírica, que no compromete las exigencias de confidencialidad y celosa defensa, por un lado, y permite acomodar mejor la exigencia de auxiliar a la justicia.

La estructura del trabajo es la siguiente. En la próxima sección (II) se traza un mapa de los diferentes deberes vinculados con la verdad que pesan sobre el abogado tanto dentro como fuera del proceso. La sección III se ocupa de analizar el modo en que usualmente se entiende el deber de veracidad dentro del proceso adversarial, como uno que puede ser satisfecho meramente por guardar silencio. Esta regla de silencio es defendida como un modo de acomodar las exigencias conflictivas que pesan sobre el abogado en el seno de un proceso de estas características, a saber: la de defender los intereses del cliente y de obtener toda la información relevante, la de no revelar la información que le ha sido confiada y la de auxiliar al tribunal a adoptar una decisión informada no induciéndolo a error. La sección IV, se concentra en las exigencias de veracidad al inicio del proceso adversarial en lo que respecta a los hechos. Muestra el modo en que esta exigencia se encuentra vinculada con los estándares de prueba del proceso, lo que hace que la exigencia de no faltar a la verdad tenga contornos distintos en procesos con diferentes estándares de prueba. Una vez que las exigencias en relación con la verdad que pesan sobre el abogado son interpretadas a la luz de los estándares de prueba, aparece un requerimiento que, aunque impone algo más débil que el deber positivo de decir lo que es cierto, exige algo más que el mero callar lo que es falso. Finalmente, la conclusión a la que se arriba es que falta a su deber de veracidad el abogado que al iniciar la demanda o al contestarla realiza aseveraciones sin tener a su alcance elementos de juicio –admisibles o inadmisibles– que las respalden hasta el punto requerido por el estándar de prueba.

II. EL LUGAR DE LA VERDAD

Cuando se habla del deber de veracidad lo primero que viene a la mente es el escenario de un proceso judicial donde el abogado enfrenta la disyuntiva de presentar o no presentar al tribunal toda la información de la que dispone, con el objetivo de permitir que el tribunal adopte una decisión informada y acorde a derecho. Esta información puede referirse tanto a los hechos como al derecho aplicable. Si el abogado encuentra jurisprudencia, por ejemplo, del máximo tribunal, que es contraria a los intereses de su cliente ¿tiene obligación de revelarla? ¿Qué sucede si se trata de hechos contrarios a las pretensiones del propio cliente? ¿Debe hacerlos saber al tribunal? ¿La respuesta cambia según se trate o no de un proceso contencioso?

Sin embargo, los problemas referidos al deber de veracidad no se presentan sólo en el seno del proceso judicial y aun allí no se refieren sólo al tribunal. En primer lugar,

dentro del proceso, existen situaciones donde lo que debe establecerse es si existe un deber de veracidad hacia la contraparte. Si el abogado en el curso de un proceso judicial, buscando obtener prueba que respalde la petición de su cliente, encuentra evidencia de que la contraparte sufre de una disfunción corporal que de no ser tratada de inmediato le provocará la muerte ¿tiene el deber de revelársela, aun si este material probatorio debilitaría la posición de su propio cliente?

En segundo lugar, también dentro del proceso, el abogado enfrenta problemas que no se refieren a su propio deber de no transgredir las exigencias de veracidad sino a su deber de intentar evitar que otros las transgredan. La posición del abogado es aquí de garante de la veracidad ajena. Un primer supuesto se refiere a la exigencia de veracidad que pesa sobre el propio cliente. Si el abogado sabe que su cliente está dispuesto a realizar una aseveración falsa frente al tribunal ¿debe aconsejarle que no lo haga? ¿Si el cliente insiste, debe renunciar al patrocinio o debe impedírselo de otro modo, en el caso extremo haciendo saber al tribunal la actitud mendaz? ¿Las respuestas son diferentes si se trata de un proceso penal o un proceso civil? Un problema análogo se presenta para el abogado cuando sabe que uno de los testigos que ha ofrecido tiene pensado mentir. ¿Puede el abogado renunciar a esta prueba, aun si sabe que esta favorecería la pretensión de su cliente? Si el testimonio ya fue dado ¿Debe el abogado aconsejar al testigo corregir sus afirmaciones? ¿Debe, en el caso de que esto no suceda, hacer conocer el hecho al tribunal? ¿El tipo de proceso, penal o civil, hace que las respuestas sean diferentes? Finalmente, tanto en el caso del propio cliente como del testigo, ¿cambia la situación si lo que se planea realizar no es una aseveración falsa sino una que, aunque es parcialmente verdadera, puede inducir a error al tribunal?

También existen problemas atinentes al deber de veracidad que tienen lugar fuera del proceso judicial o lo exceden. Uno de ellos es el referido a si el abogado debe decir la verdad a su cliente. Aunque aparentemente la relación contractual que une al abogado con su cliente lo obliga a transmitirle toda la información de la que dispone, tanto dentro como fuera del proceso, existen aquí también situaciones problemáticas. Si el abogado sospecha que la información será mal empleada por el cliente[11] ¿Tiene aun así obligación de brindarla? Supongamos, por ejemplo, que el cliente pide información que el abogado sospecha que será utilizada para evadir impuestos ¿tiene obligación o le es permisible darla sin mayor problema? ¿O debe asegurarse de cuál es el uso que el

11. Existen dos formas típicas de mala utilización según que la persona que vaya a ser perjudicada sea el propio cliente o un tercero. El primer asunto ha sido discutido en la literatura especializada bajo el rótulo de «paternalismo legal» mientras que el segundo se engloba dentro de la exigencia general de «no dañar». Justificar el paternalismo es más complicado porque mientras es pacíficamente aceptado que el límite al ejercicio de la autonomía es el daño a terceros, es más cuestionable que el «principio de beneficencia» sobre el que se apoya el paternalismo pueda derrotar al «principio de autonomía individual». Dennis Thompson establece tres condiciones para que el actuar paternalista se encuentre justificado, a saber que la decisión de la persona que va a sufrir la intervención paternalista no sea competente, que la restricción sobre su autonomía sea lo más restringida posible y que tenga por objetivo evitar que la persona sufra un daño serio (Thompson, 1980, pp. 250–251).

cliente pretende darle?[12] ¿Qué sucede si la información de la que dispone el abogado puede ser potencialmente dañina para el propio cliente? Imaginemos, por caso, que en un juicio de divorcio el abogado ha recibido del abogado de la contraria una serie de documentos, completamente irrelevantes para el resultado del proceso, pero que contienen afirmaciones ofensivas y detalles íntimos del cliente que son embarazosos. ¿Debe darle a conocer al cliente estos documentos? ¿Puede ocultárselos con el objeto de proteger sus sentimientos?[13]

Otro problema se refiere a si los abogados tienen un deber de veracidad en relación con el público en general. Al menos dos situaciones pueden presentarse aquí. La primera tiene que ver con el comportamiento que los abogados deben tener en los medios masivos de comunicación al hablar de causas judiciales en las que están involucrados. Con la creciente tendencia a utilizar estos medios para promover los intereses de sus clientes, en especial cuando se trata de causas judiciales que involucran a personajes públicos como políticos o artistas, se ha vuelto patente el problema de si en éste ámbito es permisible para los abogados no decir toda la verdad o directamente mentir. ¿Puede el abogado no dar información completa o mentir acerca del trámite del proceso judicial en que se encuentra involucrado su cliente con el único objeto de mejorar la imagen que éste tiene ante la opinión pública para de ese modo aumentar las chances de obtener una decisión judicial que lo favorezca?

En segundo lugar, dado que el abogado ofrece de manera pública un servicio a potenciales clientes, incluso a través de la realización de propaganda, una pregunta que se presenta aquí es la referida a la información que debe brindar acerca de los servicios que ofrece. ¿Debe brindar información completa acerca de sus servicios, o basta con que no brinde información falsa aun si la que brinda es parcial? ¿Puede prometer algún tipo de resultado o, por el contrario, como éste no depende sólo de él, tal promesa siempre será equivalente a una mentira?

En síntesis, los deberes del abogado vinculados con la verdad tienen múltiples aristas y hacen referencia a su actuación tanto dentro del proceso judicial como fuera de él. Dentro del proceso el abogado enfrenta situaciones donde debe identificar las exigencias de veracidad que pesan sobre él en relación con dos sujetos diferenciados: el tribunal y la contraparte. Adicionalmente, debe identificar las exigencias que tiene como garante de la veracidad de otros. También debe lidiar con situaciones conflictivas que se presentan fuera de cualquier proceso judicial o lo exceden. Aquí pueden identificarse, al menos, tres. Una se refiere al deber de veracidad en relación con el cliente, otra al deber de informar verazmente a través de los medios masivos de comunicación acerca de la

12. La respuesta que se ofrezca a estos interrogantes dependerá de cuál sea el enfoque general que se tenga respecto a la relación abogado-cliente. Quienes adoptan un enfoque «centrado en el cliente» y sus intereses, serán reacios a no servir de medios a los fines que éste persiga. Quienes adopten un enfoque «colaborativo» según el cual tanto el abogado como el cliente son moralmente responsables del curso de acción que el cliente adopte, serán más propensos a consentir que el abogado ponga límites. Los deseos del cliente tienen preferencia a menos que el abogado los encuentre moralmente incorrectos (Shaffer & Cochran, 1994, p. 51).
13. El ejemplo pertenece a Lisa Lerman y Philip Schrag (2008, p. 293)

situación de su cliente o el estado del proceso que lo involucra, y finalmente la tercera, al deber de informar verazmente acerca del tipo y la calidad de los servicios que ofrece.

Como las respuestas que se den a cada uno de estos problemas están relacionadas, y como es imposible abarcarlos a todos en el espacio del que dispongo, me concentraré en abordar un asunto poco explorado con la esperanza de que sirva para iluminar el modo en que deben ser enfrentados los otros. Específicamente, me detendré a identificar las exigencias de veracidad que el abogado tiene en relación con el tribunal al inicio del proceso. Adicionalmente, dado que mientras más peso se de a la exigencia ínsita en el rol de abogado de ser leal al cliente defendiendo celosamente sus intereses, más comprometido parece encontrarse el deber de veracidad en aquellas circunstancias donde revelarla parece ser contrario a los intereses que debe defender, me focalizaré en los diseños procesales donde la exigencia de celosa defensa de los intereses del cliente ha sido configurada de la manera más robusta. Esto sucede precisamente en los sistemas procesales que han optado por un diseño adversarial, en el que cada parte –y por ende el abogado que la patrocina– debe preocuparse sólo por defender sus intereses, aun si se presenta una versión sesgada de los hechos, y el juez ocupa una posición neutral entre los contendientes en pugna.

Uniendo las precisiones formuladas hasta aquí, la pregunta que aborda el presente texto será una de carácter ético o moral –no focalizada en el análisis de textos normativos– acerca de qué exigencias de veracidad tiene el abogado con respecto al tribunal al momento de decidir si iniciar o no una acción legal en el marco de un proceso de tipo adversarial. Las exigencias de veracidad en el transcurso del proceso adversarial o en procesos no-adversariales, las que el abogado tiene como garante de la veracidad de otros, y las referidas al cliente, al uso de los medios de comunicación y a la publicidad de sus servicios, no serán objeto de tratamiento.

III. EL DEBER DE VERACIDAD EN EL PROCESO ADVERSARIAL

Uno de los principales obstáculos para que los abogados revelen toda la verdad, es el entramado complejo de reglas procesales que estructuran y regulan el proceso judicial. Uno de los teóricos que ha tenido una de las miradas más pesimistas sobre el proceso judicial y sus principales actores –jueces y abogados– ha sido Jeremy Bentham. En relación con el proceso pensaba que con el paso del tiempo había ido sufriendo una especie de degeneración que había hecho que perdiese de vista la búsqueda de la verdad. Esta degradación era calificada como «un arte pernicioso» que había engendrado «… reglas tan opresivas y tan poco razonables de esta variedad de tribunales, que cada uno tiene su sistema, y que son causa de tantas y tan extrañas competencias, y de estas ficciones pueriles que sin cesar confunden la obra de la mentira con la indagación de la verdad…» (Bentham 1835, p. 19). A este procedimiento degradado Bentham le contraponía la sencillez del «proceso antiguo» que tenía por norte la indagación de la verdad. A los ojos de Bentham el «proceso antiguo» era un proceso natural que buscaba

la verdad, semejante al proceso de adjudicación que un buen padre utiliza para resolver las disputas familiares.

Los culpables de haber degradado el proceso judicial no eran otros que los hombres de letras o «artificiales», es decir los abogados y jueces. Para Bentham «…El hombre natural puede ser el amigo de la verdad; pero el hombre artificial es su enemigo. El hombre natural puede razonar con exactitud y con sencillez, pero el hombre artificial no sabe hacerlo, sino valiéndose de sutilezas, de suposiciones y de ficciones…» (Bentham, 1835, p. 20). Lo que había provocado la degradación eran los intentos de ciudadanos inescrupulosos de evadir la ley ayudados en su tarea por la pericia letrada de los abogados. De acuerdo con Bentham «El deseo de eludir las leyes ha producido las sutilezas del foro, y el deseo de prevenirse contra los artificios del fraude, ha hecho que se acuda a soluciones puntuales. A medida que el enemigo inventaba nuevos ataques, los ingenieros de la ley inventaban nuevas defensas; pero se han dejado envolver por este mismo ingenio, y han multiplicado las reglas en una materia, que por sí misma necesita pocas…» (Bentham, 1835, p. 19).

La pintura que Bentham muestra del proceso judicial adversarial tiene tonos paradójicos. El proceso judicial tiene por objeto elucidar la verdad, pero sus principales actores –los abogados– armados de sutilezas y del «artificio del fraude» están despreocupados por alcanzarla. Esto ha provocado que el legislador, intentando evitar los artilugios para disfrazar la verdad diseñados por los abogados, haya creado normas y mecanismos procesales cada vez más complejos. En esta tarea de construir defensas frente a la mentira y el fraude de los letrados, el proceso judicial se ha vuelto engorroso y ha perdido el norte que lo guiaba. La aspiración del proceso judicial de descubrir la verdad es, a los ojos de Bentham, entorpecida por la falta de veracidad de los letrados.

En nuestros días la mayor parte de los operadores jurídicos, al menos en nuestra cultura pública, coinciden con los elementos de la descripción Benthamita: el proceso adversarial aspira a descubrir la verdad y los abogados sólo aspiran a defender celosamente los intereses de su cliente, esto es a ganar el pleito[14]. Sobre el primer aspecto hay un relativo acuerdo entre académicos, funcionarios, abogados y legos. El modo cuidadoso en que se regulan los medios de prueba, es tomado como un indicio de esta preocupación por la verdad. La razón de esta preocupación reside en la función que cumple el derecho: regular las conductas humanas reales, esto es verdaderas, utilizando como herramienta última la amenaza de coacción para el que se resiste. Si el proceso judicial se desentendiese de identificar a aquellos que verdaderamente han transgredido las normas jurídicas, la amenaza de coacción sería completamente ineficaz para motivar el comportamiento (Ferrer Beltran, 2007, p. 30).

14. Un estudio de la ABA reveló que el 74% de los encuestados pensaban que «los abogados estaban más preocupados por ganar el pleito que por buscar que la justicia fuese servida» (Shapiro, 2002, p. 7) Esta idea sin duda ha contribuido a que la profesión sea una de las peor rankeadas en la opinión pública. La encuesta Gallup la ubica en el puesto número 14 de un ranking de 22 profesiones ordenadas por el nivel de honestidad (Gallup, 2019).

En relación con el segundo aspecto, la despreocupación de los abogados por la búsqueda imparcial de la verdad, el consenso es igualmente robusto. La búsqueda de la verdad en un sistema adversarial es tarea del juez, no del abogado. Calamandrei expresa con claridad esta tesitura al señalar que «(e)l abogado que pretendiese ejercer su ministerio con imparcialidad…constituiría una embarazosa repetición del juez…» (Calamandrei, 2009, p. 95). Idéntico juicio acerca de la tarea del abogado puede encontrarse en Alfredo Orgaz quien describía, sin tono de reproche o queja, «…el hecho objetivo de que los abogados no son imparciales ni estrictamente veraces cuando defienden los intereses de sus clientes…».

Sin embargo, a pesar de que los dos elementos de la descripción de Bentham son aceptados, no sucede lo mismo con su conclusión de que existe una tensión entre la aspiración de encontrar la verdad corporizada en el proceso y la despreocupación por la verdad de los abogados. Esta tensión no es reconocida ni siquiera para aquellos que niegan el deber de veracidad, mientras al mismo tiempo sostienen que el objetivo del proceso es alcanzar la verdad. El ingrediente mágico que parece conciliar ambos elementos y hace posible que la verdad pueda ser alcanzada a través de un proceso donde gran parte de los actores no la buscan, es precisamente su carácter adversarial. De modo que para quienes niegan el deber de veracidad el proceso adversarial aparece a la vez como causa de la enfermedad y remedio. Es el que provoca el desinterés de los abogados por buscar la verdad y los orienta sólo a defender celosamente los intereses de sus clientes, pero también es el que hace que este desinterés por buscar la verdad sirva para alcanzarla. Esto puede sonar paradójico, pero la estrategia es bien conocida.

La circunstancia de que cada abogado sólo deba preocuparse por defender los intereses de su cliente, en lugar de preocuparse por si estos se condicen con lo que prescribe el derecho para los hechos que en verdad se dieron en el asunto llevado a juicio, tiene un efecto benéfico en términos de verdad. Como cada abogado está sesgado a favor de una de las partes contrapuestas en el proceso judicial, los sesgos opuestos se compensan recíprocamente, dando lugar a que aparezca la verdad objetiva e imparcial[15]. El choque de adversarios sesgados en un proceso adversarial genera, por una especie de proceso de «mano invisible», un punto de equilibrio donde aparece la verdad imparcial. El propio Calamandrei expone esta hipótesis señalando que el abogado que busca

15. Este argumento es ofrecido por Lon L. Fuller y John D. Randall al presentar el dictamen del comité conjunto de la ABA y la Association of American Law Schools (1958).
Otra línea de defensa del sistema adversarial no hace hincapié en su capacidad para alcanzar la verdad imparcial, sino en su calidad de herramienta para proteger los derechos individuales. De acuerdo con Monroe Freedman «…a trial is far more than a search for truth, and the constitutional rights that are provided by our system of justice may well outweigh the truth-seeking value –a fact which is manifest when we consider that those rights and others guaranteed by the Constitution may well impede the search for truth rather than further it…» (Freedman, 1975, p. 2).
Esta segunda línea de justificación ha sido criticada, entre otros, por Deborah Rhode. Su línea de crítica sostiene que quienes defienden al sistema adversarial, y a la parcialidad del abogado que implica, de esta manera confunden el valor moral que poseen los derechos y libertades individuales con el valor moral que tiene el modo en que el cliente decide ejercitarlos. Lo segundo no se sigue de lo primero (Rhode, 2001, p. 57).

de manera imparcial la verdad «…no llenando su cometido, que es el de oponer a la parcialidad del contradictor, la reacción equilibrada de una parcialidad en sentido contrario, favorecería, creyendo ayudar a la justicia, el triunfo de la injusticia contraria.» (Calamandrei, 2009, p. 95). Y agrega más adelante: «Los abogados proporcionan al juez las sustancias elementales de cuya combinación nace en cierto momento, en el justo medio, la decisión imparcial, síntesis química de dos contrapuestas parcialidades…» (Calamandrei, 2009, p. 97)[16].

Esta estrategia tiene una ventaja adicional. Como la celosa defensa de los intereses del cliente ahora no es contraria a la obtención de la verdad a través del proceso, el abogado que se comporta de este modo parece estar a la vez cumpliendo con su rol de «auxiliar de la justicia». Las exigencias aparentemente conflictivas que pesan sobre él ubicándolo en la situación trilemática identificada por Freedman –de defender los intereses del cliente y de obtener toda la información relevante, la de no revelar la información que le ha sido confiada y la de auxiliar al tribunal a adoptar una decisión informada– parecen poder acomodarse.

El modo de combinarlas consiste en introducir un deber en relación con la verdad, pero no el deber robusto de veracidad sino uno mucho más débil de probidad. Para que la parcialidad de los abogados despreocupada por la búsqueda de la verdad, produzca como resultado, a través del sistema adversarial, una verdad imparcial, sólo se exige de los primeros un deber débil de veracidad o probidad que básicamente consiste en no mentir. Nuevamente Calamandrei pone palabras a esta tesitura cuando sostiene: «La probidad es verdaderamente la primera virtud del defensor, en el sentido de que no debe nunca afirmar ante el juez, a sabiendas, nada contrario a la verdad. Pero como el defensor tiene la obligación de guardar secreto, y no puede, para no traicionar la verdad, traicionar la defensa, debe saber callar a tiempo y encontrar en el silencio la conciliación entre el deber de lealtad hacia el juez y el deber de patrocinio del cliente…» (Calamandrei, 2009, pp. 68-69).

Si el abogado se limita a no realizar afirmaciones falsas frente al tribunal, parece que el trilema de Freedman puede ser resuelto de manera adecuada. Puede presentar una versión sesgada de los hechos, con la condición de que no sea falsa, ya que es tarea de la contraria presentar una versión sesgada en sentido contrario. Como defensor de los intereses de su cliente puede seleccionar la prueba a ofrecer cuidando que sólo sea la favorable y puede presentar una versión sesgada de los hechos ya que la contraria hará lo mismo. La búsqueda de la verdad imparcial no es su tarea, sino la del juez. Sin embargo, como auxiliar de la justicia también debe lealtad al sistema jurídico. El hecho de no mentir al tribunal y el hecho de que el carácter adversarial permita que la parcialidad redunde en beneficio de alcanzar la verdad, permite que el abogado cumpla con las exigencias que surgen de esta segunda lealtad. Mientras que de la lealtad que

16. La idea de que el proceso adversarial es el mejor modo de encontrar la verdad ha sido cuestionado duramente por David Luban. Según éste, «(t)he argument from truth is implausible, misleading, unrealistically abstract, empirically unconfirmed, and contrary to common sense.»(Luban, 1999, p. 143)

le debe al sistema dado su rol de auxiliar de la justicia surge la exigencia de no mentir al tribunal, de la lealtad que le debe al cliente surge la exigencia de no revelar toda la verdad. Guardar silencio es lo que permite conciliar ambas.

Creo que la «regla del silencio» ha sido interpretada de manera abusiva e incompleta. Lo primero se ha dado con el objeto de vaciarla de contenido permitiendo que casi cualquier conducta mendaz por parte de los abogados se encuentre justificada. Lo segundo se ha producido porque se la ha interpretado sin ponerla en conjunción con otros elementos del proceso, en particular con los estándares de prueba. Una vez que la regla es saneada de los abusos y puesta en contacto con otros elementos del proceso, es posible advertir que la misma debe ser especificada, en el mejor de los casos, o abandonada, en el peor. Aparece una exigencia en relación con la verdad que, aunque impone algo más débil que el deber positivo de decir lo que es cierto, exige algo más que el mero callar lo que es falso. Estas exigencias tienen cabida desde el momento en que el abogado debe decidir el inicio de un proceso adversarial.

IV. LA VERDAD AL INICIO DEL PROCESO ADVERSARIAL

El abogado enfrenta diferentes situaciones problemáticas que hacen surgir la pregunta por la veracidad a la hora de decidir si debe o no iniciar una acción judicial. Estas tienen que ver con los dos elementos en los que se funda la pretensión del cliente: el derecho invocado y los hechos acaecidos. En lo que sigue me concentraré sólo en el deber de veracidad en relación con los hechos. Esto no debe tomarse, sin embargo, como un indicio de que en relación al derecho invocado no existe ninguna exigencia de veracidad. Existe una opinión extendida en este sentido que señala que, dado que se presume que el juez conoce el derecho, no pesa ninguna exigencia de veracidad sobre el abogado en lo que respecta a las cuestiones de derecho. Creo que esto es un error. Que el juez conozca el derecho no vuelve imposible la actitud mendaz del abogado, sino que a lo sumo la vuelve inútil. Si esto es así, las exigencias de veracidad en relación con el derecho invocado siguen teniendo cabida.

Me focalizaré entonces sólo en las cuestiones de hecho porque dada la complejidad del problema y sus elementos peculiares, es necesario tratarlo de manera diferenciada. Una razón adicional para hacerlas objeto de estudio específico es que las cuestiones referidas a los hechos han sido largamente desatendidas por la teoría del derecho en general y por la ética profesional en particular. Cuando han sido tratadas, los problemas abordados se han referido casi exclusivamente a los que se presentan en el desarrollo del proceso y poca atención se ha prestado a los que se presentan a la hora de decidir si iniciarlo o no.

Para adentrarnos en el problema pensemos en el siguiente caso. Una inmigrante boliviana, de origen aimara, lo contrata a Ud. como abogado para iniciar una acción laboral. Ella reclama haber sido víctima por parte de su empleador de un trato discriminatorio basado en su raza y sexo. El empleador es un médico dueño de una clínica, en la

que ella afirma haber realizado tareas de limpieza. Ud. ha decidido aceptar representarla porque ha visto las enormes dificultades que ella tiene para comunicarse en castellano, dado que su lengua nativa es otra, y piensa que eso la vuelve especialmente vulnerable. Como material respaldatorio de sus dichos ella tiene algunos e-mails que dice fueron enviados por el médico. En ellos se leen cosas tales como «Crio (sic) que sólo seres (sic) una estúpida boliviana…estoy arto (sic) de ver tu cara oscura.» Todos los e-mails que Ud. ha visto tienen el mismo estilo y tono, y en todos los casos siempre han sido meras copias, nunca los originales. Ud. se ha reunido con el abogado del empleador quien ha reconocido la relación laboral, pero ha negado que su cliente haya enviado esos e-mails. Esta negativa no lo ha sorprendido porque usualmente los demandados niegan la acusación. Ud. decide creer en su cliente e iniciar la demanda con la copia de los e-mails. Su tarea, se repite, es promover los intereses de su patrocinada haciéndolos valer frente a un tribunal. Determinar la veracidad de los e-mails no es su función, sino que para eso está precisamente el proceso adversarial. La contraparte tendrá su oportunidad de cuestionar el material probatorio y testear su autenticidad. ¿Ha sido su actuar correcto?

La respuesta que dieron los tribunales estadounidenses a un caso semejante[17] fue sancionar la conducta del abogado. En el caso quedó patente a poco de iniciado el proceso que los e-mails habían sido creados por la propia demandante. El juez sostuvo que el abogado debería haber advertido que era improbable que el profesional acusado escribiese un e-mail con semejantes errores lingüísticos. Antes de iniciar la acción, sostuvo el tribunal, el profesional debería haber constatado mínimamente la veracidad de lo que afirmaba su cliente, por ejemplo, teniendo acceso a los e-mails originales o interrogándola de modo más escrupuloso. El tribunal impuso una multa al abogado por 16.000 dólares, y cuando el abogado apeló la sanción el tribunal de alzada lo multó adicionalmente por haber interpuesto una apelación infundada y denunció su conducta frente a la barra para que adoptase ulteriores medidas disciplinarias. ¿Es esta la respuesta moralmente correcta?

En primer lugar, es necesario advertir que el caso es más simple que aquellos que tiene en mente Freedman cuando sostiene que los abogados enfrentan un trilema. Aquí la cliente no le ha confesado al abogado que su aseveración es falsa y, por lo tanto, el deber de secreto no tiene cabida. Adicionalmente, el abogado no sabe que la acción que está iniciando se encuentra fundada en aseveraciones falsas. No está afirmando ante el tribunal algo que sabe que no es verdad. Puede ser que tenga dudas acerca de su veracidad, pero esto es distinto a saber que algo es falso. Por lo tanto, según «la regla del silencio» como es usualmente entendida, y contrario a lo que decidieron los tribunales, no debería ser responsable ¿Se equivocaron los jueces de uno de los sistemas adversariales de más larga data, como el estadounidense, al castigar al abogado?

Creo que no, y esto porque la situación es más compleja de lo que se plantea en el párrafo anterior. La exigencia de los abogados en relación con el tribunal de no faltar

17. El caso sobre el que se basa, con ligeras modificaciones, el presentado en el texto es «Jimenez v. Madison AreaTechnicalCollege» 2001 U.S. Dist LEXIS 25077 (W.D. Wis. Aug. 13, 2001)

a la verdad es más robusta que la contenida en la interpretación usual de la «regla del silencio». La interpretación usual de la «regla del silencio», en la que se amparan muchos abogados, presupone que hay dos modos de faltar a la verdad, a saber: afirmar lo que se sabe que es falso o callar lo que se sabe que es verdadero. Como prohibir lo segundo no permite equilibrar las exigencias de lealtad que el abogado tiene en relación con su cliente, la regla se inclina por prohibir lo primero.

Sin embargo, existe un tercer modo de concebir la exigencia de no faltar a la verdad que al igual que la interpretación usual de la «regla del silencio» permite equilibrar las exigencias de lealtad pero, a diferencia de ésta, compromete menos las exigencias de veracidad. Este tercer modo de faltar a la verdad consiste en aseverar aquello que, de acuerdo con los elementos de juicio disponibles, no podía ser sostenido como verdadero; o negar lo que, de acuerdo con esos mismos elementos, debía ser tenido como verdadero. Si existen razones para dudar de la veracidad de un instrumento de prueba y si esto es lo único que respalda las aseveraciones del cliente, el abogado que inicia la acción judicial sobre la base de este material probatorio ha transgredido la exigencia de no faltar a la verdad que lo vinculan con el tribunal. En este supuesto el abogado debía guardar silencio, no prestando su voz al cliente para iniciar la acción.

En el caso concreto, dado el modo en que estaba escrito el e-mail, era razonable dudar de su autenticidad. Como éste era el único respaldo que tenían las aseveraciones de la cliente, no existía sustento suficiente para formularlas frente al tribunal. El abogado que inicia una acción sobre supuestos fácticos que no cuentan con respaldo suficiente en los elementos de juicio de los que dispone, tal como sucede en el caso del ejemplo, no ha cumplido su deber de no faltar a la verdad –o de veracidad débil– frente al tribunal. Este deber de no afirmar algo a menos que se disponga de evidencia que respalde su verdad es todavía un deber negativo de silencio, de allí que se presente como una interpretación corregida de la «regla de silencio», menos exigente que el de decir todo aquello que se tiene razones para creer que es cierto, pero más exigente que el que sólo exige no afirmar lo que se sabe que es falso. La «regla de silencio», así interpretada, permite acomodar las exigencias de lealtad al cliente y confidencialidad, sin tener que asumir el costo de sostener que es moralmente permisible para un abogado inducir a error al tribunal formulando aseveraciones no respaldadas por evidencia. Dicho en un slogan, exige decir solo la verdad –prohibiendo realizar aseveraciones que no se tiene razones para creer que son ciertas– pero no toda la verdad –permitiendo callar–.

El caso es de interés porque deja patente la relación que existe entre el deber de veracidad, que el abogado honra con su silencio, y las pruebas de las que dispone el abogado para respaldar la pretensión de su cliente. Debe entenderse por prueba cualquier elemento de juicio que aumenta la probabilidad de que las afirmaciones de hecho sobre las que se funda la petición del cliente sean verdaderas[18]. Si el abogado inicia la

18. La regla 401 de las Federal Rules of Evidence norteamericana señala que prueba relevante es cualquier elemento de juicio que tenga la capacidad «…to make the existence of any fact that is of consequence to the determination of the action more probable or less than it would be without the evidence.»

acción fundado en elementos de juicio que carecen de toda relevancia para aumentar la probabilidad de que lo que se afirma sea verdad –como sería el caso de los e-mails apócrifos– ha faltado a la verdad y, contrario a la interpretación usual de la regla, no ha cumplido el deber débil de veracidad impuesto por la «regla del silencio». Lo mismo sucede si el abogado dispone de elementos de juicio, pero estos no brindan apoyo suficiente a lo que afirma. Dicho técnicamente lo que se requiere para que el abogado cumpla con este deber débil de veracidad es su silencio salvo que las afirmaciones que realice estén fundadas en elementos de juicio relevantes –con capacidad de brindar apoyo a lo que sostiene– que satisfacen el estándar de prueba apropiado. Este estándar no puede ser otro que el adoptado por el proceso judicial que se pretende iniciar.

Percibir que el deber débil de veracidad, que propongo como nueva interpretación de la «regla de silencio», está necesariamente vinculado con el estándar de prueba permite explicar el diferente modo en que es honrado en diferentes procesos adversariales. En el proceso penal –donde el estándar de prueba es alto– y nada se da por cierto a menos que lo haya satisfecho, la fiscalía cumple con su deber de veracidad si la acusación está fundada en elementos de juicios suficientes como para derrotar la presunción de inocencia fundada en la lealtad en las creencias que le debemos a nuestros conciudadanos. La evidencia de la que dispone la fiscalía debe haber sido cuidadosamente examinada, intentando desacreditarla. Si la evidencia es confiable, la fiscalía debe haber explorado y descartado explicaciones posibles que sean más benévolas con el acusado. Si ninguna de estas explicaciones exculpatorias es razonable, entonces recién allí la acusación cumple con el deber de veracidad[19].

El abogado defensor, en cambio, puede negar todo lo que afirma la hipótesis acusatoria y plantear hipótesis explicativas alternativas que no tienen apoyo suficiente en el material probatorio del que dispone. Afirmar hipótesis exculpatorias que no satisfacen el estándar de prueba es simplemente una manera indirecta de mostrar que la hipótesis acusatoria no ha satisfecho el estándar de prueba que exige descartar cualquier hipótesis razonable compatible con la inocencia. Dado el estándar de prueba, en este tipo de proceso, la satisfacción del deber débil de veracidad no requiere silencio por parte del abogado defensor. Esta conclusión, lejos de contradecir la vinculación entre deber de veracidad y estándar de prueba, sólo se hace visible una vez que el nexo se vuelve patente.

Suponga que Ud. es abogado de alguien que está acusado de haber violado a una mujer que conoció en un bar. Cuando el esposo de la mujer ingresó a la casa, su cliente estaba teniendo relaciones sexuales con ella. La mujer comenzó a gritar pidiendo auxilio lo que hizo que el esposo golpease a su cliente. El cliente le ha dicho que conoció a la mujer en un bar y que luego se fueron juntos a su casa para tener relaciones sexuales consentidas. En ese momento imprevistamente ingresó el marido y ella, para justificarse

19. He ofrecido un extenso argumento para vincular las exigencias de legitimidad política con las exigencias de lealtad en las creencias que se siguen de una concepción de amistad cívica, con el principio de inocencia y con los estándares de prueba en otro lugar (Seleme, 2020). Aquí sólo puedo hacer referencia a las conclusiones allí obtenidas.

frente a él, comenzó a gritar que estaba siendo violada. Ud. ha constatado que efectivamente su cliente estuvo en el bar y que hay testigos que dicen que habló con ella y que luego se fueron de manera casi simultánea. Si Ud. asume la defensa y señala que su cliente mantuvo relaciones sexuales consentidas, los elementos de juicio no dan apoyo suficiente a esta afirmación. Todavía queda otro modo razonable de interpretar el material probatorio. Puede señalarse, por ejemplo, que aunque hablaron en el bar, la mujer rechazó las insinuaciones de su cliente y molesta se retiró del recinto, que éste salió del bar inmediatamente después y la siguió hasta su casa, que mientras ella abría la puerta de la vivienda la empujó para ingresar sin necesidad de forzar la cerradura etc. Sin embargo, Ud. ha cumplido con su deber de veracidad. La hipótesis fáctica que Ud. formula en realidad es sólo un modo indirecto de sostener que la hipótesis acusatoria no satisface el estándar de prueba exigente que rige en materia penal, ya que es posible dar del material probatorio una interpretación alternativa razonable.

La situación sería diferente si estuviésemos en un proceso civil donde el estándar de prueba es menos exigente. El estándar usual aquí es el de prueba prevaleciente y con este estándar debe medirse la conducta del abogado[20]. Si los elementos de juicio con los que cuenta el abogado dan apoyo a la pretensión del cliente, y el apoyo que brindan es más fuerte que el que ofrecen a la premisa fáctica que funda la pretensión de la contraria, entonces el abogado que inicia la acción ha cumplido con su deber débil de veracidad. A diferencia de lo que sucedía en el caso del abogado defensor en materia penal, no basta que la hipótesis tenga algún respaldo, aun si este es menor que el de la contraria, sino que es necesario que tenga mayor respaldo que la de la contraparte. Si el respaldo es ínfimo, como sucede en el caso de los e-mails apócrifos, o si no es prevaleciente, el abogado falta a su deber débil veracidad si inicia la acción legal. Dado el estándar de prueba, en este supuesto la satisfacción del deber de veracidad exige silencio.

Lo señalado en relación con el inicio de la acción también vale para la contestación por la contraparte. El deber negativo de veracidad, que es honrado con el silencio, no sólo se aplica al abogado de la actora sino también al de la demandada. Imaginemos que en el caso de los e-mails el abogado de la contraparte hubiese negado no sólo los dichos discriminatorios del accionado, sino también la relación laboral, a pesar de que el cliente hubiese confesado que la relación existía. Claramente el abogado no ha cumplido aquí su deber débil o negativo de veracidad frente al tribunal dado que en lugar

20. Lo que justifica el estándar de prueba menos exigencia son también las exigencias de lealtad cívica en las creencias que los ciudadanos se deben recíprocamente. En los procesos civiles de carácter contencioso –donde dos ciudadanos se hacen reclamos encontrados sobre la base de supuestas transgresiones a los deberes de ciudadanía– tenemos exigencias de legitimidad en las creencias en sentido opuesto que se cancelan recíprocamente. Tenemos razones para interpretar y evaluar la evidencia disponible de modo favorable a la parte que reclama –negándole su pretensión sólo cuando no exista ninguna hipótesis que sea compatible con la verdad de su reclamo– pero también tenemos razones para interpretar la evidencia en sentido favorable a la otra parte –condenándola a cumplir lo exigido por la contraria sólo cuando no existe una hipótesis que sea compatible con la verdad de lo que arguye en su defensa –. Cómo ambas exigencias se cancelan, el estándar de prueba aplicable en este tipo de procesos es el de prueba prevaleciente. Algo análogo sucede con las exigencias corporizadas en el principio de inocencia (Seleme, 2020, Chapter III).

de guardar silencio ha negado una afirmación de las que dispone suficientes elementos de juicio para sostener que es verdad. Estas consideraciones muestran que la práctica extendida en nuestra cultura jurídica de sistemáticamente negar en la contestación de la demanda todo lo que ha afirmado el actor es contraria a la ética profesional y transgrede la «regla del silencio», correctamente entendida. Es tan inmoral aseverar en la demanda lo que no se tiene elementos de juicio suficientes para sostener, como lo es negar en la contestación una aseveración que se encuentra respaldada por elementos de juicio suficientes.

Para justificar esta práctica extendida de negar todos los hechos invocados en la demanda, los abogados suelen apelar al deber de defender celosamente los intereses del cliente –propio del sistema adversarial– y a la existencia de normas procesales que señalan que la falta de negación o la negación genérica de los hechos crea una presunción de veracidad. Ninguno de estos extremos sirve, como es obvio, para justificar la actitud del abogado. Por un lado, el abogado no es el defensor de cualquier interés del cliente, sino sólo de aquellos intereses que no son contrarios a derecho dado los hechos del caso. Negar los hechos que el abogado tiene elementos suficientes para considerar verdaderos, implica traspasar este límite. Por otro lado, la norma procesal establece simplemente que al momento de contestar la demanda pueden adoptarse dos actitudes negar los hechos o confesar que son verdaderos. De aquí no puede seguirse de ningún modo el deber del abogado de negarlos en todos los casos. Aun si la conducta de la parte que niega todos los hechos –aun aquellos que tenía elementos para considerar verdaderos– no produce consecuencias procesales, de allí no puede concluirse que no existe ningún deber ético por parte del abogado de no hacerlo. Es perfectamente posible que una conducta que no tiene consecuencias procesales, si traiga consecuencias éticas o disciplinarias. El abogado que niega hechos que tiene elementos suficientes para considerar que son verdaderos ha transgredido el deber de probidad, no ha guardado silencio cuando debía hacerlo incumpliendo su deber negativo de veracidad, y si existen normas disciplinarias que lo incluyen en los códigos de ética, debe ser sometido a sanción.

¿Pero qué pasaría si el cliente no hubiese confesado al abogado que Lucía era su empleada? ¿Qué pasaría si el abogado hubiese encontrado los registros de ingreso y egreso al edificio donde está la clínica y en ellos figurase que de Lunes a Viernes, por espacio de cinco años, la demandante ingresó a las 8am y se retiró a las 17hs? ¿Debería preguntarle a su cliente si ella ha sido su empleada? Si el cliente le señala que simplemente era una amiga a la que le gustaba mucho visitarlo ¿debería creerle y negar la relación laboral en la contestación?

Por las mismas razones que ya hemos señalado, si el abogado negase la relación laboral en estos supuestos y no guardase silencio, faltaría a su deber débil de veracidad frente al tribunal. El registro en el libro de ingresos brinda mayor sustento a la hipótesis de la relación laboral que a la que apela a la supuesta amistad. Si el abogado en este caso niega la relación laboral, ha faltado a la verdad por negar la hipótesis a la que brinda mayor respaldo el material probatorio del que dispone. Como hemos señalado, esto depende del estándar de prueba aplicable en el proceso en cuestión. Lo que hace que la

conducta idéntica del abogado defensor en materia penal no vulnere el deber débil de veracidad, que he propuesto como contenido de la «regla de silencio», no es otra cosa que el diferente estándar de prueba que se aplica en aquel tipo de proceso.

El modo de interpretar la «regla del silencio» de modo que concilie las exigencias morales en pugna que enfrenta el abogado, entonces, debe ser revisado. Aplicada al problema que nos ocupa la versión revisada diría que falta a su deber de veracidad el abogado que al iniciar la demanda o al contestarla realiza aseveraciones sin tener elementos de juicio que las respalden hasta el punto requerido por el estándar de prueba.

El mostrar la relación que tiene la exigencia débil de veracidad, contenida en la «regla de silencio», con los elementos de juicio de los que dispone el abogado y el estándar de prueba del proceso, permite identificar problemas que habitualmente permanecen ocultos cuando se aborda el deber de no faltar a la verdad. Estos se presentan en aquellas situaciones donde el abogado cuenta con elementos de juicio que no son admisibles dentro del proceso como medios de prueba. La dificultad se presenta porque, aunque el proceso judicial tiene por finalidad la búsqueda de la verdad, no es esta la única finalidad que persigue o no quiere alcanzarla de cualquier modo y a cualquier precio. Esta es la razón por la que en el proceso judicial funcionan filtros no-epistémicos que establecen que ciertos elementos de juicio, con capacidad para brindar apoyo a hipótesis fácticas, no sean admisibles. Así, por ejemplo, no se admiten pruebas obtenidas en violación de los derechos fundamentales, o no se admite el testimonio de aquellos profesionales que se encuentran alcanzados por el deber de secreto o prueba que pondría en riesgo la seguridad del Estado.

Uno de los efectos que tiene la existencia de estas reglas jurídicas que establecen filtros no-epistémicos declarando a ciertos elementos de juicio inadmisibles es que «… pueden imponer algún sacrificio epistemológico, en el sentido de que pueden ser contraproducentes para el objetivo de la averiguación de la verdad…» (Ferrer Beltran, 2007, pp. 77-78). El problema con la exigencia débil de veracidad que pesa sobre el abogado se presenta cuando éste cuenta con elementos de juicio que tienen valor epistémico para dar apoyo a los extremos fácticos que pretende aseverar, pero éstos elementos son jurídicamente inadmisibles. Pueden presentarse dos escenarios.

El primer escenario, es aquel donde el abogado sólo dispone de elementos de juicio que son inadmisibles en el proceso. Como estos elementos de juicio no han sido excluidos por carecer de valor epistemológico, sino en atención a otros valores, es posible que los mismos brinden apoyo a las aseveraciones que pretende realizar al entablar la acción, o al contestarla, en el grado requerido por el estándar de prueba que utiliza el proceso. Si el abogado, sobre la base de estos elementos de prueba inadmisibles, inicia la acción o contesta la demanda ¿ha cumplido con su deber débil de veracidad contenido en la «regla de silencio»?

Imaginemos que Ud. es abogado y su cliente llega a la consulta requiriendo sus servicios para iniciar una demanda por incumplimiento contractual. Le ofrece una carpeta que contiene correspondencia que el potencial demandado ha intercambiado con su abogado en la que lo alerta sobre la posibilidad de que sea demandado por

incumplimiento del contrato y reconoce la existencia del mismo. Cuando Ud. le pregunta como obtuvo esta correspondencia, su cliente le dice que le pagó una suma de dinero a la secretaria del estudio jurídico para que se la entregase. Aclara que se vio obligado a hacerlo porque no tenía copia del contrato ni ningún otro medio de prueba. Ante esta confesión Ud. decide hablar con el abogado del potencial demandado para saber si ha desaparecido algún material de su estudio. Éste le dice que sí, que se ha perdido una correspondencia que intercambiaron con un cliente. ¿Cumple Ud. con el deber de veracidad si inicia la demanda? ¿Si Ud. no guarda silencio y presta su voz al cliente para que inicie la acción, ha satisfecho las exigencias negativas de veracidad?

Creo que en este caso la respuesta no puede ser otra que sí, aunque de esto por supuesto no se sigue que lo correcto –todas las cosas consideradas– sea iniciar la demanda. Si el fundamento del deber débil de veracidad es no faltar a la verdad y los elementos de juicio de los que dispone el abogado son inadmisibles en el proceso por otras razones que nada tienen que ver con la búsqueda de la verdad, el abogado que inicia la demanda no ha vulnerado su deber débil de veracidad. Sin embargo, el deber de veracidad no es el único que pesa sobre los abogados en tanto «auxiliares de la justicia» y es posible que existan otras consideraciones que determinen que lo correcto es no accionar. Una de ellas es el desgaste jurisdiccional que esta acción jurídicamente infundada causará, o los costos que acarreará al propio cliente este accionar condenado al fracaso.

Si modificamos ligeramente el ejemplo, la decisión final que el abogado debe adoptar pasa a ser otra. Suponga que la correspondencia ha llegado a manos de su cliente porque el potencial demandado, por equivocación, se la envió cuando le hizo llegar todos los papeles que le pertenecían. Imagine que, como sucede en algunas jurisdicciones hoy, existe una regla que señala que aun en este supuesto el material probatorio es inadmisible porque sigue protegido por el secreto profesional. Aunque Ud. conoce la regla de inadmisibilidad, tiene un argumento razonable para cuestionar la manera habitual en que se ha interpretado la regla y a favor de una interpretación que permite considerar admisible el material probatorio. En este supuesto iniciar la acción no sólo no transgrede el deber negativo o débil de veracidad sino que adicionalmente no vulnera algún otro requerimiento vinculado con su rol de «auxiliar de la justicia». Ud. no está pasando por alto las reglas de admisibilidad, sino que está intentando que sean interpretadas de una manera más adecuada.

El segundo escenario es uno donde el abogado dispone de elementos de juicio procesalmente admisibles e inadmisibles. Aquí pueden presentarse, a su vez, dos situaciones problemáticas. Una, es aquella en la cual si se tiene en cuenta sólo los elementos admisibles entonces el estándar de prueba ha sido satisfecho. Sin embargo, si también se considera los elementos de juicio inadmisibles, el estándar no es alcanzado. En este supuesto el abogado que inicia la acción ha transgredido el deber negativo de veracidad, aunque sí ha cumplido con las exigencias adicionales que se siguen de su carácter de «auxiliar de la justicia». Ha contribuido a que el juez adopte una decisión fundada en los medios de prueba legalmente admisibles.

Un ejemplo sería el siguiente. Imagine que un cliente llega con un conjunto de pagarés para que Ud. inicie el respectivo juicio ejecutivo. Los documentos reúnen las formas extrínsecas de validez, su contenido visible es correcto y satisface los requisitos para ser un título ejecutivo. Sin embargo, su cliente le confiesa que los documentos carecen de causa y que la supuesta deuda documentada es inexistente. Ud. sabe que la información que su cliente acaba de revelarle es inadmisible en el proceso ejecutivo, pero aun así se trata de un elemento de juicio que quita respaldo a su petición haciendo que no satisfaga el estándar de prueba. No obstante, si sólo se consideran los documentos –y se excluye la confesión– el estándar está completamente satisfecho. En este caso si Ud. inicia la demanda no habrá satisfecho su deber débil de veracidad frente al tribunal, aunque sí habrá actuado como un auxiliar del mismo que contribuye a que decida sobre la base de pruebas legalmente válidas.

Otra situación es aquella en la que, si se tiene en cuenta sólo los elementos admisibles, el estándar de prueba no ha sido satisfecho, pero si lo ha sido cuando se consideran también los inadmisibles. Si el abogado articula judicialmente la pretensión del cliente, ha cumplido con su deber de veracidad. Sin embargo, al igual que sucedía antes, cumplir con los otros deberes vinculados con su rol de «auxiliar de la justicia» dependerá de que disponga de un argumento razonable para reinterpretar la regla de inadmisibilidad y a favor de que los elementos de juicio excluidos sean incorporados.

Imagínese que ahora Ud. es abogado del demandando en un juicio ejecutivo. La demanda ha sido presentada en los tribunales ordinarios. Al igual que en el caso anterior, los documentos reúnen todas las exigencias formales. Su cliente le cuenta, sin embargo, que los pagarés fueron firmados para documentar un mutuo y que allí se establecía que cualquier discrepancia que surgiese vinculada con ese contrato debería ser llevada al Centro de Mediación de la ciudad. Cuando vuelve a revisar los pagarés, vé que ellos tienen una leyenda que señala «en garantía de mutuo». Al ver el documento donde está formalizado el mutuo advierte efectivamente que se hace referencia a los pagarés y que se los identifica por número, fecha y monto. Ud. sabe que en los juicios ejecutivos el documento donde se formaliza la causa de la obligación es inadmisible. No obstante, cree que existe un argumento razonable a favor de su incorporación en este caso debido a que los documentos pagarés hacen referencia al mutuo y en éste aquellos son individualizados. Si Ud. presenta la excepción de incompetencia, señalando que el reclamo debería haber sido dirigido de modo previo al Centro de Mediación, ha cumplido con su deber de veracidad –ya que todos los elementos de juicio de los que dispone, admisibles e inadmisibles, dan sustento a esta pretensión– y adicionalmente ha satisfecho las otras exigencias que se siguen de su rol de «auxiliar de la justicia» al ofrecer argumentos para la admisibilidad.

V. CONCLUSIÓN

El deber de no faltar a la verdad ha sido objeto de regulación por las reglas procesales y por los códigos de ética que regulan el ejercicio profesional. Como toda conducta humana, con independencia de lo que estos ordenamientos legales estipulen, también se encuentra sujeta a evaluación a partir de estándares morales. Esta responsabilidad moral es diferente y se añade a la responsabilidad procesal o disciplinaria. Sin embargo, en lo que respecta a las reglas contenidas en los códigos de ética profesional, las consideraciones morales pueden ser de utilidad para brindarles una interpretación más adecuada.

Es un error extendido el creer que, si no existen consecuencias procesales para ciertas conductas por parte de los abogados, esto implica que la misma no puede ser objeto de sanciones disciplinarias –a partir de los códigos de ética profesional– o de reproche moral. El trabajo ha brindado razones para criticar moralmente ciertos comportamientos que faltan a la verdad las que, a su vez, pueden brindar sustento para dar contenido a las normas genéricas referidas a la probidad o la buena fe que forman parte de aquellos códigos de ética que no han incluido una cláusula expresa referida al deber de veracidad. Específicamente, he brindado razones para interpretar la «regla del silencio» como conteniendo un deber débil de veracidad en relación con los hechos que pesa sobre los abogados desde antes del inicio del proceso adversarial.

La interpretación usual de la «regla del silencio», como estrategia para conciliar las exigencias en pugna que pesan sobre el abogado en el proceso adversarial, debe ser corregida en dos sentidos. En primer lugar, es necesario advertir que el deber negativo de veracidad es sensible a los elementos de juicio que dan sustento a lo que el abogado asevera o niega y al estándar de prueba que utiliza el proceso que se pretende iniciar. En segundo lugar, debe ponerse de manifiesto que lo elementos de juicio pertinentes para determinar si la exigencia de veracidad ha sido o no transgredida son aquellos de los que dispone el abogado aun si estos son inadmisibles en el proceso por la existencia de filtros no-epistémicos.

Con estas precisiones en mente es posible articular el deber débil de veracidad que pesa sobre el abogado al inicio del proceso adversarial: falta a su deber de veracidad el abogado que al iniciar la demanda o al contestarla realiza aseveraciones sin tener a su alcance elementos de juicio –admisibles o inadmisibles– que las respalden hasta el punto requerido por el estándar de prueba. Si el abogado inicia la acción porque cree falsamente que dispondrá de esos elementos durante el proceso y el error es excusable –por ejemplo, porque fue engañado por su cliente– el deber de veracidad ha sido transgredido, aunque la ignorancia la vuelve irreprochable.

Este modo de concebir el deber de veracidad permite acomodar de mejor manera las exigencias de confidencialidad, de celosa defensa y de auxiliar de la justicia que pesan sobre el abogado. No exige que el abogado revele toda la información de la que dispone, lo que permite que cumpla con la exigencia de confidencialidad. En materia penal permite que el abogado defensor ofrezca cualquier hipótesis exculpatoria como un modo de mostrar que la hipótesis acusatoria no ha satisfecho el estándar de prueba,

lo que permite satisfacer la exigencia de celosa defensa. En materia civil permite que el abogado articule cualquier pretensión favorable a su cliente que dispone de mayor respaldo probatorio que la de la contraria. Finalmente, requiere que el abogado no niegue lo que existen elementos probatorios para considerar verdadero, ni afirme algo de lo que no se dispone de elementos probatorios para considerar cierto. Esto permite satisfacer la exigencia de ser auxiliar de la justicia.

Estas consideraciones, sin embargo, todavía no sirven para responder de manera acabada a la pregunta «¿Qué debo hacer?» que todo abogado se formula al momento de decidir si iniciar o no un pleito. El deber débil de veracidad, contenido en la reinterpretación que ha sido brindada de la «regla del silencio», es sólo uno de los que configura el rol profesional. Existen otras exigencias morales que pueden determinar que una conducta que prima facie es permisible –teniendo sólo en mente el deber de veracidad– no lo sea cuando todo es puesto en balance.

BIBLIOGRAFÍA

Bentham, J. (1835). *Tratado de las Pruebas Judiciales*. Madrid: Imprenta de Don Tomás Jordan.

Calamandrei, P. (2009). *Elogio de los Jueces Escrito por un Abogado*. Madrid: Reus y Góngora.

Caracciolo, R. (2000). Realismo moral vs. Positivismo Jurídico. *Analisi e Diritto*, 37–44.

Couture, E. (1950). El deber de las partes de decir verdad. In *Estudios de Derecho Procesal Civil. Tomo III* (pp. 211–256). Buenos Aires: Ediar.

Ferrer Beltran, J. (2007). *La Valoración Racional de la Prueba*. Barcelona: Marcial Pons.

Foot, P. (2002). Moral Relativism. In *Moral Dilemmas and other Topics in Moral Philosophy* (pp. 20–36). Oxford: Clarendon Press.

Freedman, M. (1975). *Lawyer's Ethics in an Adversary System*. New York: The Bobbs-Merryll Companny.

Freedman, M. (1996). Professional Responsibility of the Criminal Defense Lawyer: The Three Hardest Questions. *Michigan Law Review*, (64), 1469–1484.

Fuller, L. L., & Randall, J. D. (1958). Professional Responsibility: Report of the Joint Conference of the ABA and AALS. *American Bar Association Journal*, *44*(12), 1159–1162; 1216–1218.

Gallup (2019). *Honesty/Ethics in Professions*. Retrieved from https://news.gallup.com/poll/1654/honesty-ethics-professions.aspx

Grossmann, K. (1940). El deber de veracidad de las partes litigantes en los juicios civiles. *Jurisprudencia Argentina*, *71*, 7–32.

Harman, G. (1996). Moral Relativism. In G. Harman & J. J. Thomson (Eds.), *Moral Relativism and Moral objectivity* (pp. 3–64). Cambridge, Massachusetts: Blackwell Publishers.

Lerman, L. G., & Shrag, P. G. (2008). *Ethical Problems in the Practice of Law* (Segunda). New York: Aspen Publishers.

Luban, D. (1999). Twenty Thesis on Adversarial Ethics. In H. Stacy & M. Lavarch (Eds.), *Beyond the Adversarial System* (pp. 134–154). Sidney: The Federation Press.

Mackie, J. L. (1977). *Ethics*. Harmondsworth: Penguin Books.

Podetti, J. R. (1954). *Teoría y técnica del proceso civil*. Buenos Aires: Ediar.

Rawls, J. (1971). *A theory of justice*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
Rhode, D. (2001). *In the Interest of Justice*. Oxford: Oxford University Press.
Rovane, C. (2011). Relativism Requires Alternatives, Not Disagreement or Relative Truth. In S. D. Hales (Ed.), *A Companion to Relativism* (pp. 31–52). Malden, MA: Wiley-Blackwell.
Seleme, H. O. (2020). *Inocencia, Legitimidad y Lealtad*. Buenos Aires-Montevideo: Editorial B de F.
Shaffer, T. L., & Cochran, R. F. (1994). *Lawyers, clients and moral responsibilit*. St. Paul, Minnesota: West Publishing.
Shapiro, L. J. (2002). *Public Perception of Lawyers. Consumer Research Findings*. Retrieved from https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/market_research/public_perception_of_lawyers_2002.pdf
Simon. (1998). The Kaye Scholer Affair: The Lawyer's Duty of Candor and the Bar's Temptations of Evasion and Apology. *Law & Social Inquiry*, *23*(2), 243–295.
Thompson, D. (1980). Paternalism in Medicine, Law, and Public Policy. In D. Callahan & S. Bok (Eds.), *Ethics Teaching in Higher Education* (pp. 245–275). New York: Plenum Press.
Wong, D. (1984). *Moral Relativity*. Berkeley, California: University of California Press.