

THOMSON REUTERS
LA LEY

**UNA VIDA EN LA UNIVERSIDAD DE CHILE:
CELEBRANDO AL PROFESOR
ANTONIO BASCUÑÁN VALDÉS**

COORDINADORES
PABLO GREZ HIDALGO
JAVIER WILENMANN VON BERNATH
PABLO FUENZALIDA CIFUENTES

COMITE EDITORIAL
FERNANDO ATRIA LEMAITRE **JULIÁN LÓPEZ MASLE**
RODRIGO CORREA GONZÁLEZ **LUCAS SIERRA IRIBARREN**

CENTRO DE ESTUDIOS PÚBLICOS
CENTRO DE DOCUMENTACIÓN

LEGALPUBLISHING



THOMSON REUTERS

13ha-campus-al-2014

491402

[Handwritten signature]

LA DEFENSA DEL "CULPABLE"
EN LA ÉTICA PROFESIONAL DEL DEFENSOR PENAL

JULIÁN LÓPEZ MASLE*

I. INTRODUCCIÓN

Una situación completamente previsible en la vida profesional de los abogados que deciden ejercer la profesión como defensores penales, es que un día se presente ante ellos un cliente admitiendo, en su primera entrevista, que ha cometido un delito. Y, sin embargo, mi impresión es que la mayor parte de esos abogados reacciona con la más absoluta perplejidad cuando esta situación se les presenta por primera vez.

Durante los últimos doce años he venido realizando un ejercicio de simulación con alumnos de los últimos años de la carrera de Derecho de la Universidad de Chile, en el cual los estudiantes van asumiendo, por turnos, el rol de abogados en su primera entrevista con un imputado. En un comienzo, el cliente alega, convincentemente, que mató a un hombre en legítima defensa pero, posteriormente, va introduciendo elementos que permiten sospechar de su alegada inocencia inicial, hasta culminar en una plena y cándida admisión de haber cometido dolosamente un homicidio. En el tiempo que llevo realizando este ejercicio he observado el aplomo con que los estudiantes son capaces de asesorar a este cliente mientras alega inocencia, y las dificultades crecientes que van encontrando para dar consejo profesional a medida que la responsabilidad penal de éste va quedando en evidencia. La mayor parte de ellos termina haciendo esfuerzos extremos por eludir una pregunta sencilla y previsible que el angustiado cliente les

* Abogado, Universidad de Chile. Máster en Derecho (LL.M.), Universidad de Harvard. Profesor Asistente, Escuela de Derecho, Universidad de Chile. Consejero del Colegio de Abogados, período 2009-2013.

formula y para la cual, sin embargo, parecerían no tener ninguna respuesta: "Señor abogado, ¿qué debo decirle a la policía, al fiscal y al juez, cuando me pregunten qué es lo que ocurrió?"

Quienes, en el desarrollo de este ejercicio, se han atrevido a responder esta pregunta, me han entregado un rango de respuestas extremadamente amplio: he tenido, en un extremo, estudiantes que me han aconsejado reconocer mi participación y pagar mis culpas en la cárcel, "porque es lo que corresponde", y, en el otro, estudiantes que han construido una historia conveniente para mis intereses, instruyéndome a mentir e incluso a conseguir el falso testimonio de algunos de esos amigos que —según me he anticipado a contarles— estarían dispuestos a ofrecermé una buena coartada para asegurar mi absolución. El resultado del ejercicio no ha sido muy distinto cuando lo he realizado en cursos de postgrado o capacitaciones dirigidas a abogados titulados y hasta jueces. Todos parecen tener una respuesta propia para el mismo problema, y algunos parecen sentir que la diferencia en tales respuestas es razonable y está justificada por sus diferentes grados de integridad moral.

En la discusión del problema acerca de cuál es la posición en que se encuentra el defensor ante un cliente que entrega una versión autoincriminatoria, lo que subyace es una cierta incertidumbre acerca de qué es lo que entiende el público y la propia profesión jurídica acerca de lo que realmente estamos diciendo cuando afirmamos que "toda persona tiene derecho a defensa", en particular cuando esa frase se usa para referirse a la situación de quien ha admitido su participación en un delito. ¿Significa, acaso, que el abogado debe aconsejarle admitir el hecho y confiar en la benevolencia del juez?; ¿que debe instruirle guardar silencio y limitarse a asegurar sus garantías judiciales?; ¿que debe ayudarlo a inventar una "buena historia" que lo ponga a salvo de la imputación?

En este artículo, pretendo poner por escrito mis ideas sobre este tema, porque entiendo que no existe para ello una ocasión más propicia que un Libro Homenaje al Profesor Antonio Bascuñán Valdés. Fui alumno del profesor Bascuñán como estudiante de Primer Año en su curso de Introducción al Derecho en 1984, y en sus clases no sólo tuve mi primer encuentro con las ciencias jurídicas sino, también, con los desafíos éticos que plantea la profesión de abogado. La elección del tema, en particular, se justifica porque, muchos años después, entre 2006 y 2008, tuve el privilegio de compartir con él y con el profesor Lucas Sierra el curso de Profesión Jurídica, instaurado en

el contexto de la reforma a la malla curricular realizada durante su segundo decanato. En ese curso practiqué por varios años este ejercicio y utilicé esas oportunidades para exponer mis opiniones en la relativa intimidad de las cuatro paredes de un aula universitaria.

En el presente artículo voy sostener que existe una sola respuesta correcta frente al problema planteado y que esa respuesta viene impuesta por los deberes de conducta profesional a los que están sometidos los abogados.

II. LA IMPORTANCIA DE LA RESPUESTA ÚNICA COMO FUNCIÓN DE LA ÉTICA PROFESIONAL

La cuestión de cómo debe actuar un abogado en la defensa de una persona que le ha confidenciado una versión que lo incrimina, constituye, a mi modo de ver, un auténtico problema de ética profesional, porque concurren dos condiciones que son características de este tipo de problemas: la primera es que el asunto no está resuelto inequívocamente por una regla de rango legal, en términos tales que la conducta pueda ser calificada como correcta o incorrecta sin necesidad de referirse a un estándar ético; la segunda es que entre los factores que deben ser considerados para resolver qué es lo correcto en ese asunto entran en consideración cuestiones relativas al rol del abogado como profesional, lo que supone que éste debe superponer a su ética personal las conductas que le vienen impuestas por la ética del rol¹.

Pero el hecho de que un problema pueda ser caracterizado como relativo a la ética profesional, no necesariamente demanda que frente a él exista una sola respuesta correcta. A los abogados tradicionalmente se les ha reconocido cierta libertad para elegir los medios a emplear en la defensa de un cliente². En la medida que se trate de medios lícitos, el desafío de buscar

¹ Para una interesante explicación de la ética del rol desde una mirada crítica, véase WASSERSTROM, R., "Lawyers as Professionals: Some Moral Issues", *5 Human Rights 1* (1975-1976), pp. 4-9.

² En Estados Unidos, por ejemplo, la base de la relación cliente-abogado supone una distinción entre fines y medios: mientras los fines son decisiones que debe tomar el cliente, los medios son materias que el abogado debe consultar con el cliente, pero en la cual el profesional conserva la última palabra. Véase WOLFRAM, C., *Modern Legal Ethics* (St. Paul, Minn, 1986, p. 157) y Regla 1.2 de la Reglas Modelo de Conducta Profesional de la ABA. En Chile, véase artículo 82 CEP.

una respuesta única al problema que enfrenta este artículo podría ser considerado hasta indeseable. ¿Por qué—podría plantearse—debería existir una respuesta única a un tema moralmente complejo? ¿No es más aconsejable, acaso, que cada abogado pueda responder desde sus propias convicciones éticas, de un modo que le resulte personalmente satisfactorio y sin que la respuesta le venga impuesta externamente desde una particular visión del rol del defensor en materia penal?

Mi convicción, sobre este punto, es que la profesión no puede aceptar que los abogados entreguen respuestas disímiles ante el problema de cómo actuar frente a una narración autoincriminatoria entregada por el cliente en el marco de la relación profesional, porque los valores que la intervención del defensor penal debe proteger son de tal entidad, que tolerar respuestas diversas supondría generar diferencias inaceptables en los niveles de protección que las personas tienen derecho a recibir de quienes ejercen la función de abogado. Y, precisamente, porque esta diversidad no es aceptable, se trata de un problema que demanda la existencia de una regla de conducta profesional que lo resuelva. En éste, como en otros casos, la regulación deontológica surge verdaderamente como una necesidad porque el vacío de regulación legal ante un problema relevante para el ejercicio de la abogacía afecta la legítima expectativa de igualdad en el acceso y calidad de la asistencia jurídica que el individuo debe tener frente a la profesión.

Para explicar esto conviene poner un ejemplo que atañe a un deber de conducta profesional bien asentado como es el deber de confidencialidad: si cada abogado pudiera decidir, de acuerdo a sus particulares convicciones éticas, cuáles de sus representados son merecedores de la confidencialidad y cuáles no, o cuál es la extensión con que debe cumplir ese deber, según el caso, sería imposible pretender que existiera confianza pública en la profesión, en general. Que el deber de confidencialidad se imponga a todos por igual es una condición necesaria para satisfacer el interés público, que reclama como parte esencial de la función que cumple el abogado que el cliente pueda confiar en la reserva de la información que entregará para la evaluación de su caso. Sin ese deber, el individuo se vería en la necesidad de investigar, por anticipado, cuáles son los compromisos personales de cada abogado con la confidencialidad de la información o quedaría entregado a la necesidad de tomar, por sí mismo, complejas decisiones jurídicas que sólo un profesional preparado y en pleno conocimiento de todas las

circunstancias de hecho relevantes está en condiciones de evaluar³. Aceptar que los abogados mantuvieran diferentes niveles de adhesión al deber de confidencialidad sería una forma de dificultar el acceso a la asesoría jurídica que los abogados están llamados a prestar.

Pues bien, una de las premisas de este trabajo es que la respuesta a la pregunta de cómo debe actuar el abogado en la defensa de los intereses de un cliente frente a una versión de hechos autoincriminatoria, es tan relevante al rol que desempeña el defensor penal como la respuesta a la pregunta de cuál es el alcance de su deber de confidencialidad. Y es por ello que se trata de una cuestión que amerita una respuesta única por parte de la profesión. Si se tolerara que los abogados dieran respuestas disímiles a esta pregunta, los imputados sencillamente accederían a explicaciones completamente diferentes acerca de cuáles son realmente sus derechos o, en el mejor de los casos, verían comprometida la garantía de igual protección de la ley el ejercicio de esos derechos. Así, en el mundo de la defensa penal privada, la tolerancia a la coexistencia de diferentes estándares éticos en esta materia pondría a disposición de los individuos con más recursos la posibilidad de elegir entre abogados con mayores o menores niveles de compromiso con los deberes éticos en conflicto, mientras que, en el mundo de la defensa penal pública, donde la elección del abogado no es posible, sencillamente la forma y calidad de la defensa quedaría entregada al azar.

III. EL ROL DEL DEFENSOR EN UN SISTEMA ADVERSARIAL

Ahora bien, encontrar una respuesta única desde la ética profesional a la pregunta sobre la actuación del abogado en este caso, supone resolver previamente algunas cuestiones relevantes acerca de la naturaleza del rol del defensor y del alcance de los derechos que está llamado a proteger.

En la literatura angloamericana, el rol del abogado defensor suele definirse a partir de la consideración de que éste participa de lo que se denomina un sistema acusatorio (*adversarial system*). Dado que en la traducción al español de ese concepto como *sistema acusatorio* se pierde

³ Un ejemplo del tipo de problemas que encontraría un cliente puesto en situación de tomar decisiones jurídicas complejas por sí mismo se encuentra en FREEDMAN, M., *Understanding Lawyers' Ethics*, Matthew Bender & Co. Inc., 1990, p. 110.

un aspecto esencial del mismo –que es precisamente el que me interesa destacar aquí– preferiré, para efectos de este trabajo, traducir *adversarial system* como “sistema adversarial”. Lo haré porque este concepto expresa por sí mismo la idea de un sistema inspirado en el debate entre dos partes que se miran como adversarios y que presentan versiones contradictorias para su decisión por un tribunal⁴. No obstante, debe advertirse desde ya que cuando los autores norteamericanos describen las características de lo que entienden por un sistema adversarial, no sólo se están refiriendo al carácter contradictorio del procedimiento sino, además, a la idea de que se trata de un modelo que comprende el reconocimiento de numerosas garantías judiciales que hoy son universalmente consideradas como derechos fundamentales y que condicionan la legitimidad del procedimiento al que es sometido el acusado en materia penal⁵.

El profesor Monroe Freedman ha definido el sistema adversarial, de una manera bastante gráfica como “aquél en el cual las disputas son resueltas permitiendo a las partes presentar sus visiones contradictorias sobre los hechos y el derecho ante un juez y/o jurado imparcial y relativamente pasivo, que decide qué parte gana y qué es lo que gana”⁶. Esta primera característica del sistema está íntimamente ligada, como se puede ver, con el modelo de reconstrucción de la verdad en el proceso. Un proceso penal fundado en el debate contradictorio deposita su confianza en que la mejor forma de arribar a la verdad no es la investigación unilateral seguida por un inquisidor, sino un método dialéctico en que la tesis de un acusador se confronta a la antítesis de un defensor y que, en la lucha de ambos por prevalecer, el juez o el jurado obtendrá de cada uno de ellos la mayor cantidad y mejor calidad de información que es posible lograr para adoptar una decisión. En este sentido, se ha dicho que el sistema adversarial descubre la verdad a través del mismo método usado por la ciencia y la historia, esto es, sometiendo la verdad propuesta a la investigación escéptica de otro investigador que trata de demostrar el error de la tesis que está siendo testada⁷.

⁴ Sobre el alcance del concepto de “sistema adversarial” y su impacto en la conducta de los abogados, desde una perspectiva crítica, véase COUGHLAN, S., *Adversary System: Rhetoric or Reality*, 8 Can. J.L. & Soc. 139 (1993).

⁵ Vid. por todos WOLFRAM, C., *op. cit.* p. 567.

⁶ FREEDMAN, M., *op. cit.*, p. 13.

⁷ WOLFRAM, *op. cit.*, p. 586.

Pero, como decíamos, en un segundo sentido se suele también aludir al carácter adversarial del sistema para referirse a las garantías de orden judicial que el proceso penal está obligado a respetar como condición de legitimidad del juzgamiento. Por eso, el mismo Freedman complementa su definición sosteniendo que “los derechos que comprende el sistema acusatorio incluyen la autonomía personal, la efectiva asistencia de un abogado, la igual protección de la ley, el juicio por jurado, el derecho a presentar y confrontar testigos y el derecho a exigir que el Estado pruebe la culpabilidad más allá de una duda razonable y sin el uso de la autoincriminación forzada”⁸.

En un primer sentido, entonces, el alcance que tiene definir el rol del defensor en torno a su participación en un sistema adversarial, es que éste conlleva el de hacer efectivo el derecho del cliente a confrontar la tesis de la acusación con otra tesis alternativa que permita explicar el caso de la manera más favorable a los intereses del imputado. Denominaré a este primer alcance del rol la *función primaria* del defensor. En un segundo sentido, en cambio, definir el rol del defensor en el marco de este sistema supone la expectativa de que éste haga valer ciertas garantías judiciales que tienen por objeto asegurar a su cliente un debido proceso como condición de legitimidad del juzgamiento. Denominaré a este segundo alcance del rol la *función secundaria* del defensor.

IV. EL DEBER DE DEFENSA EMPEÑOSA Y LEAL HACIA EL CLIENTE

Dos deberes fundamentales que debe cumplir todo abogado en el marco de una relación profesional son los deberes de lealtad y celo, que exigen a los abogados maximizar la defensa de los derechos e intereses de sus clientes. En la literatura angloamericana, ambos deberes quedan comprendidos en el *principio de celo* (principle of zeal), que se define como aquél que impone al abogado el deber de dedicar “su energía, inteligencia, talento y compromiso personal al único objetivo de favorecer los intereses del cliente, tal como ellos hayan sido, en definitiva, definidos por el mismo cliente”⁹.

⁸ “The rights that comprise the adversary system include personal autonomy, the effective assistance of counsel, equal protection of the laws, trial by jury, the rights to call and to confront witnesses, and the right to require the government to prove guilt beyond a reasonable doubt and without the use of compelled self-incrimination” Traucción nuestra). FREEDMAN, M., *Understanding...*, cit., p. 13

⁹ “A lawyer is expected to devote energy, intelligence, skill, and personal commitment to the single goal of furthering the client’s interest as those are ultimately defined by the client”. WOLFRAM, C., *op. cit.*, p. 578.

El principio de celo ha sido tradicionalmente reconocido como un estándar que impone tal nivel de devoción hacia los intereses del cliente que exige considerar irrelevantes todos los intereses ajenos a los de éste, incluidos, por cierto, los del propio abogado. Como se suele recordar citando las palabras de Lord Brougham en el Caso de la Reina Carolina: “Un abogado, en el cumplimiento de su deber, no conoce más que a una persona en el mundo, y esa persona es su cliente. Salvar al cliente por todos los medios y expedientes, y a todo riego y costo para otras personas, incluido él mismo, es su primer y único deber; y cumpliendo este deber no debe considerar la alarma, los tormentos, ni la destrucción que pueda traer sobre otros”¹⁰.

La expresión normativa del deber de celo suele reflejar simultáneamente la extensión y los límites de este deber. Así, en los Estados Unidos, el Canon 7 del Código Modelo de Responsabilidad Profesional de la ABA, dispone que “el abogado debe representar al cliente celosamente *dentro de los márgenes de la ley*”¹¹. Y, explícitamente, su Consideración Ética 7-1 repite y aclara que: “El deber del abogado, tanto hacia su cliente como hacia el sistema legal, es representar a su cliente celosamente, dentro de los márgenes de la ley, la cual incluye las Reglas Disciplinarias y la reglas profesionales aplicables”¹².

Entre nosotros, el principio de celo se encuentra recogido en la suma de dos deberes, que el Código de Ética Profesional del Colegio de Abogados denomina *deber de lealtad y deber de defensa empeñosa de los intereses del cliente*¹³. El primero de estos deberes, reconocido en el artículo 3° del nuevo

¹⁰ Monroe H. Freedman, Henry Lord Brougham: Written by Himself, 19 Geo. J. Legal Ethics 1213, 1215 (2006) (quoting 2 The Trial of Queen Caroline 3 (1821): “An advocate, in the discharge of his duty, knows but one person in all the world, and that person is his client. To save that client by all means and expedients, and at all hazards and costs to other persons, and, amongst them, to himself, is his first and only duty; and in performing this duty he must not regard the alarm, the torments, the destruction which he may bring upon others” (Traducción nuestra). Citado por M. ASIMOW and R. WEISBERG, 18 S. Cal. Interdis. L.J. 229 at 235. Asimow y Weisberg consideran estas expresiones como “el credo del adversarialismo fuerte”. *Ibid.*

¹¹ “A lawyer should represent a client zealously within the bounds of the law”. (Traducción nuestra).

¹² “The duty of a lawyer, both to his client and to the legal system, is to represent his client zealously within the bounds of the law, which includes Disciplinary Rules and enforceable professional regulations”. (Traducción nuestra).

¹³ El Código de Ética Profesional (CEP) al cual nos referimos en este artículo, es un instrumento de autorregulación que entró en vigencia el 1 de agosto de 2011. Sin embargo, en un fallo

CEP del Colegio de Abogados, impone al abogado el deber de “obrar siempre en el mejor interés de su cliente y anteponer dicho interés al de cualquier otra persona, incluyendo el suyo propio”; el segundo, reconocido en el artículo 4° del mismo código define el *deber de empeño y calificación profesional*, prescribiendo que “el abogado debe asesorar y defender empeñosamente a su cliente, observando los estándares de buen servicio profesional y con estricto apego a las normas jurídicas y de ética profesional”.

Referirse a la ley y a las reglas de ética profesional como parámetros de las exigencias impuestas a los servicios profesionales que presta el abogado tiene, en un sentido negativo, un carácter de límite, en cuanto prohíbe al abogado incurrir en actos ilegales o incorrectos en la defensa de los intereses de su cliente. Pero también supone, en un sentido positivo, que el defensor sólo cumple adecuadamente con su deber de defensa empeñosa y leal cuando ejerce *efectivamente* todos los derechos que a su cliente reconocen la ley y las reglas de conducta profesional. Y esto significa, claramente, que al abogado no le está permitido seleccionar los medios que empleará en dicha defensa conforme a sus particulares convicciones acerca de lo correctas o incorrectas que dichas leyes y reglas éticas le parezcan. Así como, en materia civil, a un abogado no le está permitido dejar de alegar la prescripción porque considere que se trata de una institución “inmoral”, en el plano de las garantías judiciales de orden penal a un abogado no le está permitido abstenerse de solicitar la exclusión de la prueba que ha sido ilícitamente obtenida en contra de su cliente, aun cuando sus convicciones

dictado recientemente, la Corte Suprema ha sostenido que las disposiciones de este Código se aplican no sólo a los abogados afiliados a esa asociación gremial sino a todos los abogados del país. Fundamentando esta decisión, la Corte ha señalado que, si bien este Código “no puede estimarse una ley en sentido formal, desde que no ha sido dictado por el órgano legislativo con sujeción a los requisitos y al procedimiento de elaboración de la ley que para la validez de ésta prevé la Constitución Política de la República, sí lo es en un sentido material en cuanto sustantivamente impone normas de conducta generales, permanentes, abstractas y ciertamente obligatorias para todos los letrados del país, estén o no afiliados a la entidad gremial respectiva...”. Y ha añadido que: “entendidas con la fuerza indicada las normas relativas a la conducta ética que deben cumplir los profesionales que detentan un grado o título universitario, más allá de su afiliación al colegio profesional respectivo, toda vez que las mismas afincan su legitimidad general en el mínimo ético exigible a quienes han recibido un título para el ejercicio profesional a que se los habilita (...) habrá de entenderse también que las normas del Código de Ética que obligan a los abogados tienen para todos estos fuerza vinculante, las mismas que este máximo Tribunal, como todo juez de la República, debe exigir en su estricto cumplimiento con el mayor rigor” (Corte Suprema, 28 de noviembre de 2012, Rol N° 2.582-2012, cons. 15° y 16°).

personales estuvieren en contra de la existencia de la regla sobre exclusión probatoria¹⁴.

Un abogado que ejerce correctamente su rol debe hacerlo invocando la ley como es y no como a él le gustaría que fuera. La ética del rol, sencillamente, se impone sobre las consideraciones de su ética personal a tal punto que una conducta que el público podría estar dispuesto a aplaudir constituye, muchas veces, una conducta claramente deplorable desde una perspectiva profesional, y viceversa.

V. EL DEBER DE HONRADEZ ANTE EL TRIBUNAL

La afirmación de que el deber de defensa leal y empeñosa del cliente tiene como límite la ley y las reglas de ética profesional, anuncia desde ya que éste puede encontrarse en tensión con otros deberes impuestos por la regulación profesional. Y en lo que resulta pertinente a este artículo, ese deber es, fundamentalmente, el deber de honradez ante el tribunal.

En Chile, el deber de honradez se encuentra formulado, en términos generales, en los artículos 5° y 2° CEP. El artículo 5° reza: "Honradez. El abogado debe obrar con honradez, integridad y buena fe y no ha de aconsejarle a su cliente actos fraudulentos"; el artículo 2°, por su parte, señala: "Las actuaciones del abogado deben promover, y en caso alguno afectar, la confianza y el respeto por la profesión, la correcta y eficaz administración de justicia, y la vigencia del estado de derecho".

El alcance de los deberes del litigante frente a los tribunales se precisa, con mayor detalle, en el título I de la sección Tercera referida a los deberes de cooperación del abogado con la administración de justicia. Allí se lee, por ejemplo:

"Artículo 95. Lealtad en la litigación. El abogado litigará de manera leal, velando por que su comportamiento no afecte o ponga en peligro la imparcialidad del juzgador, ni vulnere las garantías procesales y el respeto debido a la contraparte.

En razón de este deber, está prohibido al abogado:

(...)

e) presentar pruebas a sabiendas de que son falsas u obtenidas de manera ilícita;

f) instruir a testigos, peritos o al cliente para que declaren falsamente. Lo expresado no obsta a que pueda entrevistarlos respecto de hechos relativos a una causa en que intervenga, o que recomiende al cliente guardar silencio en audiencias de prueba o en la etapa de investigación cuando así lo autorizan las normas legales aplicables".

El deber de honradez del abogado plantea, en materia penal, la cuestión de determinar cuál es el compromiso de los profesionales con el proceso de establecimiento de la verdad, es decir, hasta qué punto les es exigible a los abogados entregar evidencia desfavorable a su propio caso, o les está permitido resistirse a hacerlo.

En la regulación comparada, la respuesta a esta pregunta ha supuesto siempre una distinción entre el rol del acusador y el del defensor. Mientras al acusador se le exige un nivel máximo de honradez en el proceso de establecimiento de la verdad, que está asociado al poder público que ejerce el fiscal y a la potencialidad que tiene el falseamiento u ocultamiento de hechos como medio para obtener la condena de un inocente, al defensor se le ha reconocido, en el otro extremo, una escasa responsabilidad en ese proceso, lo que surge como una consecuencia natural del principio de no autoincriminación, que declara que nadie está obligado a producir prueba contra sí mismo.

Para decirlo en palabras del Juez White en su voto disidente en *United States v. Wade*: "Los agentes de persecución penal tienen la obligación de condenar al culpable y de asegurar que no condenan al inocente. Deben estar dedicados a hacer del juicio penal un procedimiento para el establecimiento de los hechos verdaderos que rodean la comisión del delito. Hasta este punto, nuestro así llamado sistema adversarial no es adversarial en absoluto, ni debería serlo. Pero el abogado defensor no tiene una obligación comparable de establecer o presentar la verdad. Nuestro sistema le asigna una misión diferente. El debe estar y está interesado en prevenir la condena

¹⁴ Vid. WOLFRAM, C., *op. cit.*, p. 587.

del inocente, pero en ausencia de una admisión judicial de culpabilidad, insistimos en que él defiende a su cliente sea inocente o culpable. El Estado tiene la obligación de presentar la evidencia. El abogado defensor no necesita presentar nada, incluso si él sabe cuál es la verdad. El no necesita proporcionar ningún testigo a la policía ni revelar ninguna confidencia de su cliente, ni proporcionar ninguna otra información para colaborar con el caso de la fiscalía. Si él puede confundir a un testigo, incluso a uno verdadero, o hacerlo aparecer en desventaja, inseguro o indeciso, ése será su curso normal de acción. Nuestro interés en no condenar al inocente permite al defensor poner sobre el Estado la carga de probar bajo la peor luz posible, sin considerar lo que él cree o sabe que es la verdad. Indudablemente hay algunos límites que el defensor debe observar pero más frecuentemente que no, el abogado defensor contrainterrogará al testigo de la acusación y lo inhabilitará si puede, incluso si cree que el testigo está diciendo la verdad. Como parte de nuestro sistema adversarial modificado y como parte del deber impuesto sobre el más honorable de los abogados defensores, nosotros toleramos o requerimos conductas que en muchas instancias tienen poca, si alguna, relación con la búsqueda de la verdad”¹⁵.

¹⁵ “Law enforcement officers have the obligation to convict the guilty and to make sure they do not convict the innocent. They must be dedicated to making the criminal trial a procedure for the ascertainment of the true facts surrounding the commission of the crime. To this extent, our so-called adversary system is not adversary at all; nor should it be. But defense counsel has no comparable obligation to ascertain or present the truth. Our system assigns him a different mission. He must be and is interested in preventing the conviction of the innocent, but, absent a voluntary plea of guilty, we also insist that he defend his client whether he is innocent or guilty. The State has the obligation to present the evidence. Defense counsel need present nothing, even if he knows what the truth is. He need not furnish any witnesses to the police, or reveal any confidences of his client, or furnish any other information to help the prosecution’s case. If he can confuse a witness, even a truthful one, or make him appear at a disadvantage, unsure or indecisive, that will be his normal course. Our interest in not convicting the innocent permits counsel to put the State to its proof, to put the State’s case in the worst possible light, regardless of what he thinks or knows to be the truth. Undoubtedly there are some limits which defense counsel must observe but more often than not, defense counsel will cross-examine a prosecution witness, and impeach him if he can, even if he thinks the witness is telling the truth, just as he will attempt to destroy a witness who he thinks is lying. In this respect, as part of our modified adversary system and as part of the duty imposed on the most honorable defense counsel, we countenance or require conduct which in many instances has little, if any, relation to the search for truth”. (Traducción nuestra). *United States v. Wade*, 388 U.S. 218, 256-258. Asimow y Weisberg consideran estas expresiones como “la reformulación del credo del adversarialismo fuerte”. ASIMOW, R. y R. WEISBERG, 18 S. Cal. Interdis. L.J. 229 at 235. *Ibid.*

El punto no llega, por supuesto, al extremo de aceptar que el defensor presente prueba falsa. En los Estados Unidos, tanto como en Chile, la presentación de prueba falsa constituye un delito contra la administración de justicia que torna innecesarias las prohibiciones éticas que los códigos de ética profesional establecen con respecto a esta misma conducta. En Chile, el abogado que presenta ante un tribunal, a sabiendas, testigos o peritos que falten a la verdad en sus declaraciones o informes, u otros medios de prueba falsos o adulterados, comete el delito previsto por el artículo 207 CP. Y aunque esta conducta está también prohibida por el artículo 95 inciso 2° letras e) y f) del CEP, la regulación ética parece aquí superflua. Como hemos sugerido anteriormente: una conducta del abogado que califica como delito contra la administración de justicia, y no alcanza, así, a satisfacer el estándar de legalidad, no reclama siquiera la existencia de una regla de ética profesional que la prohíba.

VI. EL PROBLEMA DE LA DEFENSA DEL CLIENTE ANTE LA VERSIÓN AUTOINCRIMINATORIA

Establecido así, en términos generales, que el defensor penal tiene un deber de defensa empeñosa y leal que le impone, en un extremo, maximizar los derechos de su cliente, frente al cual existe un deber de honradez ante el tribunal, que le prohíbe —a lo menos— presentar prueba falsa, hemos recién fijado el marco dentro del cual debemos responder la pregunta central que plantea este artículo, y que se refiere a la conducta requerida al abogado ante la narración autoincriminatoria del cliente.

Responder a esta pregunta supone recorrer las diferentes alternativas que se presentan ante esa situación y determinar cuál es el punto de equilibrio entre esos dos deberes que están en tensión.

1°. La opción de la autoincriminación

Para comenzar este recorrido, conviene comenzar por recordar que defender empeñosa y lealmente los intereses del cliente supone, en primer lugar, que el abogado conozca realmente cuáles son esos intereses.

Y es importante recordar esto porque, desde la primera entrevista con un cliente que entrega un relato autoincriminatorio, los abogados defensores

pueden sentirse tentados a decidir por sí mismos cuáles son o deberían ser esos intereses e, incluso, a tratar de imponer al cliente un interés determinado, atribuyéndole aquél que el abogado estima que sería el suyo si se encontrara en la misma situación. Este error puede desplegarse en dos sentidos completamente opuestos: en un extremo, el profesional puede considerar que el único interés legítimo que puede tener ese cliente es el de asumir su responsabilidad y aceptar la sanción que está prevista por la ley; y, en el otro extremo, el abogado puede asumir que el único interés razonable por el cual debe trabajar es el de obtener la absolución, utilizando todos los medios disponibles para lograr ese propósito.

En cualquiera de estas situaciones, incluyendo también las que ocupan el rango intermedio, el defensor actúa incorrectamente desde la perspectiva de la ética profesional, en cuanto desprecia la autonomía del cliente atribuyéndole o tratando de imponerle estándares de conducta ética que pueden resultar completamente ajenos a éste. El abogado está, por cierto, llamado a entregar una opinión jurídica competente acerca de cuáles son las consecuencias que para el cliente tiene enfrentar la persecución penal de una u otra manera, en términos tales que le permitan a éste modular y definir ese interés, pero al asesorarlo con este objetivo debe evitar inducirlo en uno u otro sentido, reconociendo que la decisión pertenece a la esfera de autodeterminación del cliente y no a la suya propia.

Ese es el sentido normativo del artículo 3° del CEP del Colegio de Abogados cuando impone al letrado, como parte del deber de ser leal con el cliente y obrar siempre en su mejor interés, el de *respetar su autonomía y dignidad*. Es ese mismo principio el que reconoce el Código Deontológico del Defensor Penal Público en su artículo 4°, cuando impone a éstos el deber de “respetar la voluntad e intereses manifestados por su cliente”, y en su artículo 19, que incluye entre los deberes del defensor penal público “realizar durante el proceso una defensa destinada a desvirtuar los cargos, a no ser que su representado le hubiera dado instrucciones en otro sentido, previo a lo cual, este último deberá conocer las consecuencias legales de renunciar a controvertir los cargos”¹⁶.

¹⁶ El Código Deontológico del Defensor Penal Público es un instrumento de autorregulación institucional de la Defensoría Penal Pública, fruto de una comisión redactora que fue designada por Resolución N° 1.329 de 2 de junio de 2008. El Código fue publicado en la *Revista de la*

Puede ocurrir, entonces, que el cliente que ha dado una versión autoincriminadora manifieste al mismo tiempo al abogado su interés en presentar esa misma versión al ministerio público o al tribunal. Y esto puede ocurrir no sólo porque mediante esa declaración puedan obtenerse ventajas de carácter procesal, sino también porque al cliente se le represente como más adecuado a sus propios estándares éticos asumir la responsabilidad que cree tener. Lo anterior no es un hecho tan extraordinario como podría parecer: no todas las imputaciones penales amenazan seriamente la libertad del imputado y no todos los imputados quieren controvertir a toda costa los hechos de la imputación.

No obstante lo anterior, la evaluación de esta posibilidad por el defensor no debe dejar de considerar que ésta alternativa supone, ciertamente, máxima exposición del cliente a la imposición de una sanción. El deber de defensa empeñosa y leal exige al abogado, en estas circunstancias, asegurarse de que su cliente comprende los riesgos y las consecuencias legales de su decisión y que la ha adoptado en forma libre y sin la presión de influencias indebidas.

Ahora bien, del hecho que el abogado deba finalmente respetar la decisión libre e informada, tomada por el cliente, en orden a autoincriminarse, no se sigue que el abogado esté autorizado a *recomendar* al cliente seguir este curso de acción. Por el contrario, desde la perspectiva de la ética profesional esto sólo es admisible cuando la autoincriminación permita al cliente obtener un beneficio de carácter procesal. Un abogado que procura persuadir al cliente de autoincriminarse en una situación que no reporta ventajas para su defendido está abandonando su rol de defensor para convertirse en un funcionario más en la cadena de agentes estatales ocupados de aplicar el castigo¹⁷. Y al actuar así, no sólo falta al deber ético de defensa empeñosa y leal de los intereses de su cliente sino que puede causarle, precisamente

Defensoría Penal Pública N° 93 de septiembre de 2010 y se aplica a todos los abogados que ejercen la defensa penal pública en nuestro país.

¹⁷ Véase DAMASKA, M., *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado* (Análisis comparado del proceso legal), trad. Andrea Morales Vidal (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, pp. 298-306. Sobre los alcances del modelo del Estado Activista y del Estado Reactivo en el compromiso del abogado con el establecimiento de la verdad, véase R. COLOMA, “Vamos a contar mentiras, tralará... o de límites a los dichos de los abogados”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XIX, núm. 2, diciembre, 2006, pp. 41-46.

el tipo de perjuicio que permitiría calificar su conducta como un delito de prevaricación¹⁸.

2º. *La opción de rechazar el asunto*

Ahora bien, una vez expresados por el cliente, con toda libertad y en pleno conocimiento de sus derechos cuáles son sus intereses en la representación que ha de brindarle el abogado, puede ocurrir que el profesional sienta rechazo a la idea de representar tales intereses.

La profesión legal podría, perfectamente, haber considerado irrelevante ese sentimiento y haber impuesto a los abogados el deber profesional de representar cualquier interés en la medida en que no se infringiera con ello la ley, entendiendo que el juicio moral del abogado sobre las conductas o los intereses de su cliente es irrelevante a la función que cumple el profesional. Así ocurre, sin asomo de incomprensión, en la profesión médica, donde se exige al médico indiferencia hacia el juicio moral que tenga sobre el paciente o las conductas que lo pusieron en la necesidad de acudir ante él¹⁹.

Sin embargo, la profesión de abogado nunca ha llegado tan lejos. Probablemente porque los abogados asesoran a las personas en la defensa de valores y la consecución de intereses más controversiales que la protección de la vida y la salud, la regulación profesional tradicionalmente les ha reconocido a los letrados la libertad de decidir si desean o no asumir la representación de los intereses de una persona concreta en un caso particular.

Es por eso que el artículo 14 CEP establece como principio que “el abogado tiene libertad para aceptar o rechazar los encargos profesionales sin necesidad de expresar los motivos de su decisión”. Y el artículo 82 CEP agrega, en referencia a los medios empleados, que: “el abogado debe abs-

¹⁸ El artículo 231 CP sanciona con las penas de suspensión en su grado mínimo a inhabilitación especial perpetua para el cargo o profesión y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales a “el abogado o procurador que con abuso malicioso de su oficio, perjudicare a su cliente o descubriere sus secretos”.

¹⁹ El artículo 18 del Código de Ética del Colegio Médico de Chile A.G. dispone que: “el médico deberá prestar atención profesional a toda persona enferma que lo requiera y no podrá eludir dicha atención cuando no exista otro colega”.

tenerse de intervenir en un asunto cuando no esté de acuerdo con el cliente en la forma de plantearlo o desarrollarlo”.

La justificación de esta regla se encuentra en la idea de que la relación cliente-abogado, como relación de confianza, supone un punto de encuentro entre los intereses del cliente y los intereses que el abogado está dispuesto a representar. Si esto no ocurre, las reglas de conducta profesional persiguen prevenir el riesgo de que el desencuentro entre esos intereses afecte la calidad del servicio que el profesional debe brindar en cumplimiento de sus deberes.

Más allá de su justificación, sin embargo, es evidente que esta regla ofrece a los abogados que ejercen libremente la profesión una salida clara y fácil cuando su ética personal y la ética del rol entran en conflicto. Sencillamente pueden rechazar el asunto o acordar con el cliente bajo qué métodos, es decir, mediante el empleo de qué medios, están dispuestos a asumir y llevar adelante la representación, cesando en ella en caso de que surja una discrepancia al respecto²⁰.

Sin embargo, la regla de la libertad para aceptar o rechazar asuntos no se aplica al caso de los defensores penales públicos, quienes son los que ejercen, de una manera abrumadoramente mayoritaria, en términos estadísticos, el servicio de la defensa penal. El defensor penal público, por exigencia de la función, renuncia a su libertad para aceptar o rechazar un asunto desde el mismo momento en que se incorpora al órgano estatal que presta el servicio de defensa penal pública o, entre nosotros, participa en sus procesos de licitación²¹.

La regla está establecida con rango legal en el artículo 41 de la Ley N° 19.718 que Crea la Defensoría Penal Pública, la cual establece que: “designado, el defensor penal público no podrá excusarse de asumir la representación del imputado o acusado”. A nivel de regulación de ética profesional, la regla del CEP chileno aplicable al caso está contenida en la parte final del artículo 14 CEP que, tras declarar la libertad del abogado

²⁰ *Vid.* artículo 82 CEP.

²¹ En Chile, la defensa penal pública puede ser prestada por funcionarios de la Defensoría Penal Pública o por personas jurídicas y abogados particulares, a través de un sistema de licitación. Véanse, especialmente, artículos 42 a 50 de la Ley N° 19.718.

para aceptar o rechazar los encargos profesionales sin necesidad de expresar motivos, añade: “Si el nombramiento se ha efectuado de oficio, el abogado sólo podrá declinarlo si no le está legalmente prohibido y expresa justificación razonable”. El Código Deontológico del Defensor Penal Público recoge esta regla en términos aún más categóricos en su artículo tercero, referido a la Inexcusabilidad: “El defensor penal público ejerce la defensa letrada por sobre cualquier otro tipo de consideraciones. En consecuencia, desde que opta por ejercer la defensa penal pública, renuncia a su derecho a excusarse de asumir o mantener la representación de alguna persona por razones ideológicas, religiosas o de conciencia, salvo las reglas sobre conflictos de intereses dispuestas en este mismo instrumento”.

De lo anterior se desprende que rechazar el asunto, como reacción del abogado frente a un relato autoincriminatorio del cliente, está lejos de ser una solución sistémica al problema planteado. Cuando un abogado de libre ejercicio rechaza representar al cliente porque ha admitido ante él la comisión de un delito no está, en realidad, resolviendo el problema ético que la situación plantea, sino evadiéndolo. El efecto natural de esa decisión no es más que una transferencia del problema a otro profesional, que lo recibe así, intacto.

3º. La opción de la defensa pasiva

Si el abogado incómodo con la perspectiva de defender a un “culpable”, no puede recomendarle autoincriminarse ni puede rechazar el asunto, tal vez podría representarse el deber de aceptar el caso pero reflejar su falta de entusiasmo con éste prestando una defensa pasiva, esto es, midiendo de algún modo las energías que invierte en él o limitando los medios que hará valer en defensa del cliente.

La defensa pasiva tiene, a mi modo de ver, dos grados, de acuerdo a su nivel de intensidad, pero expresa, en ambos casos, graves infracciones al deber de defensa leal y empeñosa del cliente que impone la ética profesional.

a. La defensa pasiva de primer grado

En el primer grado, que es el más serio, la defensa pasiva supone una clara desidia o negligencia en el desempeño de la función de defensa: el defensor

se convierte prácticamente en un acompañante físico de su defendido, pero omite la realización de las conductas profesionales que mínimamente, se esperan de él. No sólo se abstiene de presentar una versión contradictoria con la de la acusación sino que, incluso, se abstiene de cuestionar la fortaleza de la prueba de la acusación mediante la producción de prueba propia o un contrainterrogatorio activo de los testigos de cargo.

La defensa pasiva de primer grado supone una verdadera traición a los intereses del cliente, que se materializa dejando de ejercer los derechos que la ley le reconoce y que éste tiene necesidad de ejercer. La regulación ética reprocha esta conducta en el artículo 99 del CEP del Colegio de Abogados, que impone a todo litigante el deber de preparar y ejecutar su encargo “con el empeño y eficacia requeridos para la adecuada tutela de los intereses de su cliente”, incluyendo en su letra b) el deber de “ejecutar, de manera oportuna y adecuada las actuaciones requeridas” para la tutela de sus intereses. El artículo 100 del mismo código, refuerza este principio imponiendo al abogado el deber de abstenerse de “admitir responsabilidad” y “renunciar derechos del cliente” sin contar con el previo consentimiento de éste, debidamente informado acerca de la justificación y alcances de la decisión. La regla más precisamente referida al caso del defensor penal se encuentra en el artículo 20 del Código Deontológico del Defensor Penal Público, que impone a éste el deber de “realizar las gestiones de defensa pertinentes encomendadas en forma oportuna por su representado y todas aquellas que considere necesarias para el cumplimiento de su cometido”.

La defensa pasiva de primer grado no sólo infringe gravemente el deber de defensa leal y empeñosa de los intereses del cliente sino que afecta el derecho constitucional a la defensa, en términos tales que debería operar, antes de la sanción ética, una resolución judicial a través de la cual se declarara el abandono de la defensa y se restableciera la normalidad mediante la sustitución del defensor²². Y no puede excluirse, por último, la posibilidad de que, al actuar de este modo, el letrado esté cometiendo un delito: en efecto, un abogado que, con abuso malicioso de su oficio, perjudica a su cliente dejando de ejercer los derechos que la ley le reconoce, podría

²² El artículo 106 inciso 2º CPP prevé que “en cualquier situación de abandono de hecho de la defensa, el tribunal deberá designar de oficio un defensor penal público que la asuma, a menos que el imputado se procurare antes un defensor de su confianza”.

incurrir en el delito de prevaricación, conforme a lo previsto por el artículo 231 del Código Penal.

b. La defensa pasiva de segundo grado

En el segundo grado, la defensa pasiva —que se expresa de manera menos perceptible que la anterior— consiste en que el defensor, ante la versión autoincriminatoria que ha recibido del propio cliente, decide que carece de sentido controvertir los hechos de la acusación, entendiendo que el correcto ejercicio de su función se agota en el desempeño de lo que en este artículo hemos denominado su *función secundaria*. En otras palabras, el defensor opta por asegurar el pleno respeto de las garantías judiciales de su cliente, y es posible que cuestione enérgicamente á través del contrainterrogatorio la credibilidad de la acusación, pero omite plantear como defensa una versión o explicación de los hechos que está disponible y resulta claramente contradictoria con la versión de la acusación, en términos tales que podría claramente generar la duda razonable suficiente para determinar la absolución.

El problema con una defensa de estas características es que, si bien ella no refleja una completa desidia o inactividad del defensor frente a la acusación presentada, supone renunciar a su *función primaria*, que es la que propiamente define el rol que está llamado a cumplir en materia penal.

Como ya hemos dicho, esa función primaria consiste en representar los intereses de una de las partes en un sistema que confía en el debate contradictorio como el mejor método para el establecimiento de la verdad. Y de lo anterior se siguen a lo menos dos conclusiones: la primera es que la adhesión a este método supone que quienes cumplen roles en él están llamados a mirar con escepticismo cualquier establecimiento de la verdad que no respete ese método; la segunda es que sólo se honra debidamente al método cuando la decisión sobre absolución o condena surge de un auténtico debate contradictorio.

Lo anterior tiene consecuencias tanto para la posición del defensor como del sistema procesal penal en su integridad. Desde el punto de vista del defensor, esta idea le impone el deber de realizar los máximos esfuerzos por contradecir los hechos de la acusación, independientemente de cuál haya

sido la versión que ha recibido de su cliente. En un sistema adversarial, la forma en que el defensor contribuye al esclarecimiento de la verdad, es precisamente sometiendo la versión oficial al test de aquella versión que la contradice. Si el defensor decidiera que tal contradicción no es posible sólo porque su cliente ha admitido los hechos en el marco de la relación cliente-abogado, estaría abandonando su rol en el establecimiento de la verdad y revelaría una escasa adhesión a los fundamentos del sistema adversarial: quien cree saber la verdad y se atreve a juzgar que su cliente es "culpable" sólo porque ha conocido una versión autoincriminatoria en el marco de una entrevista unilateral con el imputado, no se comporta como abogado sino propiamente como un inquisidor. Desde el punto de vista del sistema, por otra parte, el hecho de que el defensor limite su actividad a la exigencia de respeto de las garantías judiciales de su cliente compromete, también, la eficacia de su funcionamiento. El sistema adversarial ofrece su mejor desempeño para el establecimiento de la verdad en el marco de versiones contradictorias y no en la pasividad de una versión de hechos contra la cual sólo se alza el silencio.

Por cierto, como ya hemos visto anteriormente, una defensa de estas características puede estar perfectamente legitimada por el hecho de que sea esa la forma de defensa que el cliente prefiere o por la circunstancia de que la prueba de cargo sea tan abrumadora que, sencillamente, *no permita* presentar una versión alternativa con un mínimo grado de viabilidad. Una defensa pasiva de segundo grado no es, entonces, *per se* una conducta reprochable, pero si se desarrolla en ausencia de estas circunstancias, puede perfectamente llegar a serlo.

Y esto es así porque una actitud pasiva del defensor, que se limite a exigir el respeto de formalidades legales o a reclamar la satisfacción de la carga de prueba que pesa sobre el Estado, sin aportar elemento alguno que conduzca a demostrar las falencias de la acusación, puede poner al abogado en un rol de facilitador formal de las condiciones de legitimidad de la condena más que en el rol de auténtico defensor penal.

El artículo 19 del Código Deontológico del Defensor Penal Público, recoge a cabalidad esta idea cuando menciona, entre los deberes del defensor penal público, el de "realizar durante el proceso una defensa *destinada a desvirtuar los cargos, a no ser que su representado le hubiera dado ins-*

trucciones en otro sentido, previo a lo cual, este último deberá conocer las consecuencias legales de renunciar a controvertir los cargos”.

Ahora bien, presentar esa versión de hechos contradictoria con los hechos de la imputación resulta tarea fácil cuando el cliente ha entregado esa versión al abogado en el marco de la relación cliente-abogado. Pero cuando en el marco de esa relación el defensor recibe una versión de hechos que resulta autoincriminatoria, la idea de proponer una versión contradictoria exige definir cuál es el compromiso del defensor con el valor de la verdad y adoptar una posición acerca de cuál es el punto de equilibrio entre los deberes profesionales que están en tensión.

4°. *La opción de la defensa activa*

Descartada, entonces, la defensa pasiva como una solución aceptable cuando el cliente no desea autoincriminarse y el abogado no quiere o no puede rechazar el encargo, la pregunta sobre qué significa defender activamente a ese cliente en el caso concreto cobra plena relevancia. La cuestión tiene que ver con la determinación de los medios legítimos para el desarrollo de esta defensa adversarial. ¿Puede el abogado presentar una versión alternativa que sabe falsa? ¿Puede permitir que su cliente declare faltando a la verdad?

1. *La declaración falsa del imputado*

La respuesta a la pregunta sobre la declaración falsa del imputado debe darse a la luz de las reglas legales y de ética profesional que la gobiernan.

a. *El abogado no puede proponer ni construir una declaración falsa para el imputado*

En primer lugar, es necesario señalar que las reglas de conducta profesional consideran, en general, como una clara infracción, que el abogado tome parte activa proponiendo u ofreciendo una declaración que sabe falsa. En los Estados Unidos, el límite viene impuesto por la regla 3.3.(a)(3) de las Reglas Modelo de la American Bar Association, la cual prohíbe que el

abogado, a sabiendas, ofrezca en cualquier tipo de procedimientos evidencia que *sabe falsa*²³.

En el sistema norteamericano, el acusado debe prestar su declaración *bajo juramento*, lo que conlleva que, de faltar a la verdad, estaría cometiendo un delito de perjurio sancionado por la ley penal²⁴. Así las cosas, el ofrecimiento por el abogado de una declaración falsa de su cliente no resulta así, diferente del ofrecimiento de prueba falsa de cualquier otra naturaleza y resulta en una infracción a la ética profesional porque involucra al abogado en un fraude al sistema de administración de justicia y en la comisión de una infracción penal.

En nuestro país, sin embargo, la situación es distinta, considerando la regulación constitucional y legal que tiene, entre nosotros, el principio de no autoincriminación. Como se recordará, la Constitución chilena garantiza que “en las causas criminales no se podrá obligar al imputado o acusado a que declare bajo juramento sobre hecho propio” (artículo 19 N° 7° inciso 2° letra f) CPR). Esta garantía tiene su expresión legal en el reconocimiento que el CPP hace del derecho del imputado a “guardar silencio o, en caso de consentir en prestar declaración, a *no hacerlo bajo juramento*” (artículo 93 inciso 2° letra g) CPP).

²³ La regla 3.3. señala textualmente: “Candor Toward the Tribunal. (a) A lawyer shall not knowingly: (3) offer evidence that the lawyer knows to be false. If a lawyer, the lawyer’s client, or a witness called by the lawyer, has offered material evidence and the lawyer comes to know of its falsity, the lawyer shall take reasonable remedial measures, including, if necessary, disclosure to the tribunal. A lawyer may refuse to offer evidence, other than the testimony of a defendant in a criminal matter, that the lawyer reasonably believes is false. [Honradez hacia el tribunal. (a) Un abogado, actuando a sabiendas, no (3) ofrecerá evidencia que el abogado sabe falsa. Si un abogado, el cliente del abogado o un testigo citado por el abogado, ha ofrecido evidencia material y el abogado llega a saber de su falsedad, el abogado debe tomar medidas reparatorias razonables, incluyendo, si es necesario, la revelación al tribunal. Un abogado está autorizado a rehusarse a ofrecer evidencia, distinta del testimonio de un acusado en materia criminal, que el abogado razonablemente cree que es falsa”] (Traducción nuestra).

²⁴ La declaración bajo juramento del imputado se funda en la idea de que la liberación del juramento juega también en contra de éste, en cuanto le confiere menor crédito como medio de prueba. ALSCHULER, A., “A peculiar privilege in historical perspective”, en R.H. HEMHOLZ, *The privilege against self-incrimination. Its origins and development* (Chicago: The University of Chicago Press, Chicago, EE.UU., 1997, p. 198). La Corte Suprema de los Estados Unidos ha sostenido, incluso, que los imputados tienen el derecho constitucional a declarar bajo juramento *Rock v. Arkansas*, 483 U.S. 44 (1987).

De este modo, si la Constitución y la ley garantizan a una persona un derecho constitucional y legal a declarar sin prestar juramento, no resulta descabellado sostener, como lo han hecho autores de sistemas parecidos, que el imputado tiene un *derecho a mentir*²⁵. Y si tal derecho realmente existe ¿no existiría acaso un deber profesional del abogado a asistirlo en el ejercicio de ese derecho? La idea de que la presentación de un relato falso por parte del imputado sería un acto lícito no sólo para el cliente sino también para el abogado, podría encontrar, incluso, apoyo en el mismo tenor del artículo 207 del Código Penal que, como hemos dicho, sanciona a los abogados por la presentación de prueba falsa en juicio: esa norma tipifica la conducta del abogado que, a sabiendas, presenta ante un *tribunal a testigos, peritos e intérpretes* que faltaren a la verdad, pero excluye de la enumeración la hipótesis en que el abogado presenta, a sabiendas, a *imputados* que faltaren a la verdad.

No obstante la atención que esos argumentos merecen, lo cierto es que del hecho que la conducta de un imputado que falta a la verdad ante un tribunal no sea constitutiva de delito no se sigue que esté permitido al abogado asesorarlo en esa conducta. La constitución y la ley tienen buenas razones para no exigirle honradez al imputado a quien esa honradez le costaría una condena, pero el defensor está lejos del conflicto moral que enfrenta el imputado y, por lo tanto, su conducta no tiene por qué quedar regida por las mismas reglas que la de su cliente.

Por otra parte, del hecho de que la ley penal no sancione al abogado por presentar a su cliente a declarar falsamente, tampoco se sigue que sea correcto hacerlo desde la perspectiva de la ética profesional. Si bien el defensor no tiene por qué contribuir en el proceso de establecimiento de la verdad aportando información que incrimina a su cliente, tampoco le está permitido aportar información falsa, porque ello supone una actuación que persigue alterar el método de establecimiento de la verdad y corrompe el sistema de administración de justicia en cuyo marco desempeña su rol el defensor penal²⁶. Por lo demás, es claro que la ley le reconoce también, al

²⁵ Vid. GÓMEZ DEL CASTILLO y GÓMEZ, M., *El comportamiento procesal del imputado (Silencio y falsedad)*, Barcelona: Librería Bosch, 1979, pp. 47-48.

²⁶ En el mismo sentido CASTILLO, A., "El trilema del perjurio ¿A quién se debe el abogado?", *Revista de la Defensoría Penal Pública* N° 93 de septiembre de 2010, pp. 38-39.

imputado, el derecho alternativo a guardar silencio de manera que el abogado tiene un medio de evitar que su cliente se autoincrimine sin hacerse partícipe de la construcción de un relato falso ante el tribunal.

El Código de Ética Profesional del Colegio de Abogados resuelve este problema en el artículo 95 inciso 2° letra f) imponiendo al abogado, como parte de su deber de lealtad en la litigación, la prohibición de "*instruir a testigos, peritos o al cliente para que declaren falsamente*". De esta regla se desprende, claramente, que el abogado *tiene prohibido instruir* al cliente a que preste una declaración faltando a la verdad en el proceso penal²⁷.

b. La iniciativa del cliente en prestar declaración falsa

Pero asumiendo que el abogado no puede provocar la presentación de la declaración falsa por su cliente, el problema que queda por resolver es si puede o debe *aceptarlo*, cuando es el propio cliente el que tiene la iniciativa de faltar a la verdad.

b.1. La persuasión

En los Estados Unidos, parece existir pleno acuerdo en que la conducta esperada de un abogado a quien su cliente le manifiesta la intención de declarar falsamente es intentar persuadirlo de que no lo haga²⁸. La Corte Suprema Norteamericana en *Nix. v. Whiteside* sostuvo que el derecho de un acusado a la asistencia de un abogado no se viola cuando un abogado se rehúsa a cooperar con el acusado en presentar su testimonio falso ante el tribunal²⁹. La American Bar Association ha adherido a esta posición en su

²⁷ La situación está regida por la letra f) del artículo 95 inciso 2° y no por la letra e) del mismo artículo, porque en materia penal la declaración del imputado no está concebida como un medio de prueba, sino como un medio de defensa (artículo 98 CPP). En otras palabras, la declaración del imputado, sea que éste se preste durante la etapa de investigación o durante el mismo juicio oral, constituye entre nosotros el modo a través del cual el imputado simplemente ejerce su derecho a ser oído en el procedimiento penal. Véanse, también, artículos 8° y 326 CPP.

²⁸ Vid., por todos: HENNEKER, W., "Criminal Defendant Perjury: What Does One Do?", 28 *J. Legal Prof* 165 (2003-2004), p. 168.

²⁹ *Nix v. Whiteside*, 475 U.S. 157 (1986).

comentario 6 a la regla 3.3 de sus Reglas Modelo de Conducta Profesional³⁰. La Corte de Apelaciones de California —en uno de los análisis jurisprudenciales más detallados de la situación que el caso plantea— ha considerado que: “La solución de la persuasión, cuando tiene éxito, es la solución ideal dado que no envuelve ni la presentación de falso testimonio ni la revelación de las confidencias del cliente”³¹.

En Chile, el deber de disuadir al cliente de su intención de mentir puede deducirse del artículo 32 CEP que dispone que “el abogado ha de velar por que su cliente *actúe correctamente*, tanto respecto a magistrados y funcionarios, como de la contraparte, sus abogados y terceros que intervengan en el asunto”. Esta norma es perfectamente aplicable a la situación que en este momento analizamos: la intención de prestar una declaración falsa podría ser calificada como una *actuación incorrecta* del cliente que activaría el deber del abogado de evitar que incurra en ella.

b.2. La renuncia

Pero ¿qué ocurre si el cliente no logra ser persuadido de que no preste la declaración falsa?

En Estados Unidos, se ha entendido que, en esta situación, el abogado debe renunciar al caso, con fundamento en disposiciones contenidas tanto en las Reglas Modelo como el Código Modelo de la ABA. Conforme a estas reglas el abogado debe promover un incidente con este objeto (*motion to withdraw*) toda vez que su representación vaya a resultar en la violación de las reglas de conducta profesional³². La regla se activaría porque, en esta

³⁰ El Comentario 6 de las Reglas Modelo de Conducta Profesional de la American Bar Association comienza de la siguiente manera: “If a lawyer knows that the client intends to testify falsely or wants the lawyer to introduce false evidence, the lawyer should seek to persuade the client that the evidence should not be offered”. [“Si un abogado sabe que el cliente pretende testificar falsamente o quiere que el abogado introduzca evidencia falsa, el abogado debe tratar de persuadir al cliente de que la evidencia no debe ser ofrecida”]. (Traducción nuestra).

³¹ “The persuasion solution, when it succeeds, is the ideal solution since it involves neither the presentation of perjured testimony nor disclosure of client confidences”. (Traducción nuestra) *People v. Johnson*, 62 Cal. App. 4th 608, at 621.

³² Reglas Modelo de Conducta Profesional de la ABA, 1.16(a)(1); Código Modelo de Responsabilidad Profesional de la ABA, DR 2-110(B)(2).

situación, al continuar con la representación el abogado estaría dando su consentimiento implícito al uso del falso testimonio³³.

En Chile, la posibilidad de retirarse del caso si no se logra persuadir al cliente, puede también considerarse incluida en el artículo 82 CEP conforme al cual “si surgiere una discrepancia fundamental durante la prestación de los servicios profesionales y no fuere posible subsanarla, el abogado deberá cesar inmediatamente en la representación informando al cliente por escrito de las razones que justifican su decisión”³⁴. La negativa del cliente a aceptar el consejo de no declarar falsamente en juicio debería ser vista como una *discrepancia fundamental* que habilitaría para cesar inmediatamente en la representación.

La solución de la renuncia, sin embargo, tiene tres problemas serios: el primero, es que se trata de una solución que sólo resulta aplicable a los defensores particulares, porque para los defensores penales públicos, la facultad de renunciar a la representación sencillamente no existe³⁵; el segundo, es que, dependiendo de su forma y circunstancias, la renuncia podría convertirse en una manera de violar el deber de confidencialidad, transmitiéndole al tribunal, por esa vía, que el cliente se dispone a mentir; y, el tercero, es que se trata de una solución que, en definitiva, no resuelve el problema ético planteado sino que se limita a transferirlo a otro abogado quien, si aplicara la misma regla, debería transferirlo a su vez a otro y así, indefinidamente, de modo tal que se produciría la paradoja de que la regla sólo lograría cumplir su pretensión de resolver el problema cuando, finalmente, encontráramos a un abogado dispuesto a romperla.

La renuncia, así, resulta ser una solución elitista e inadecuada: permite a algunos abogados de libre ejercicio liberarse del problema ético, sin resolverlo, y conlleva el riesgo de cometer a través de ella infracciones a otro deber tanto o más importante, cual es el deber de confidencialidad.

³³ *People v. Brown* (1988) 203 Cal. App. 3d 1335.

³⁴ Véanse, también, artículos 19, 25 y 29 CEP.

³⁵ El artículo 14 CEP permite la renuncia del abogado que ha sido “designado de oficio” si “no le está legalmente prohibido y expresa justificación razonable”. En cambio, el artículo 41 de la Ley N° 19.718 que Crea la Defensoría Penal Pública establece que: “designado, el defensor penal público no podrá excusarse de asumir la representación del imputado o acusado”.

Por cierto, esto no significa que no se deba reconocer esta alternativa como válida cuando se trate de abogados de libre ejercicio y no exista riesgo de infringir con ella la confidencialidad. Pero sí implica que una solución real al problema ético que plantea este artículo exige resolver qué debe hacer el abogado cuando tal renuncia no es posible.

b.3. La presentación de la declaración falsa

Puestas así las cosas, no queda más que admitir que, ante la manifestación de intención de un cliente de faltar a la verdad, en circunstancias que el abogado no ha logrado disuadirlo ni tiene a su disposición la alternativa de renunciar, la regulación profesional sólo puede hacer una de dos cosas: o prohibirle que lo haga, imponiéndole el deber de rehusarse a ofrecer la declaración de su cliente, o autorizar al abogado para que permita la declaración falsa, bajo ciertas condiciones.

La idea de que, en esta situación, el abogado debería rehusarse a permitir que su cliente declare, ha sido considerada judicialmente en Estados Unidos como una solución extrema que no debería aceptarse, porque el acusado tiene un derecho constitucional a ser oído que prevalece por sobre los consejos y objeciones de su abogado³⁶. La Corte de Apelaciones de California ha dicho al respecto, en *People v. Johnson*³⁷, que: "La preclusión del testimonio como solución ha sido criticada porque esencialmente sustituye al jurado por el defensor como juez de la credibilidad del testimonio; pone la determinación de si el acusado está diciendo la verdad o una mentira en las manos del defensor (...) Adicionalmente, bajo este enfoque, la determinación de que el acusado cometerá perjurio es hecha antes de que siquiera haya tomado el asiento de los testigos (...) Adicionalmente, la determinación de si el acusado cometerá perjurio puede resultar en un 'mini juicio', con el abogado esencialmente 'testificando' contra el acusado. Finalmente, este enfoque, si bien salvaguarda las obligaciones éticas del abogado de no participar en presentar testimonio perjurio, resulta en una completa denegación del derecho del acusado a prestar declaración"³⁸.

³⁶ WOLFRAM, C., *op. cit.*, p. 661.

³⁷ *People v. Johnson*, 62 Cal. App. 4th 608 at 626.

³⁸ "Preclusion of the testimony as a solution has been criticized because it essentially substitutes defense counsel for the jury as the judge of witness credibility; it puts the determination of

La conclusión de que el acusado es titular de un derecho más fuerte que los deberes profesionales de su abogado es una idea a la que parece aún más fácil llegar en Chile, si se considera que el derecho a ser oído tiene un rango constitucional y legal y que, como ya hemos dicho, se reconoce al imputado, incluso, el derecho a declarar sin juramento³⁹. La escena en que el defensor sencillamente impone su voluntad sobre el cliente, rehusándose a transmitir al tribunal su intención de declarar, parece del todo contraria al respeto que no sólo el tribunal sino especialmente el defensor debe tener al derecho del imputado a ser oído por el tribunal.

Es por ello que resulta razonable y adecuada la regla contenida en el artículo 16 inciso 1° del Código Deontológico del Defensor Penal Público chileno, cuando declara que: "El cliente es el titular del derecho a defensa. Por lo anterior, *es quien decide* respecto de la aceptación o negación de la imputación y, en este último caso, *sobre la versión de los hechos que será sostenida* durante el proceso". Y agrega en el inciso 3° de la misma regla que "...es competencia del defendido... *sostener su propia versión de los hechos*, aceptar responsabilidad, exigir su derecho a juicio oral y público, prestar declaración en el proceso y recurrir en contra de la sentencia definitiva".

El problema que subsiste, sin embargo —y que no está resuelto ni por el Código de Ética Profesional del Abogado ni por el Código Deontológico del Defensor Penal Público— es hasta qué punto puede involucrarse el defensor en la producción de esa declaración falsa.

Precisamente para evitar ese involucramiento, varios estados norteamericanos han optado por lo que se denomina la *aproximación narrativa* (na-

whether the defendant is telling the truth or a lie into the hands of defense counsel. (...) Further, under this approach, a determination is made that the defendant will commit perjury before he has even taken the witness stand. (...) Further, a determination of whether the defendant will commit perjury may result in a mini-trial, with the attorney essentially 'testifying' against the defendant. Finally, this approach, while safeguarding the attorney's ethical obligations not to participate in presenting perjured testimony, results in a complete denial of the defendant's right to testify". (Traducción nuestra).

³⁹ Véanse artículo 19 N° 7° letra f) CPR; artículo 93 inciso 2° letra g) y artículo 98 inciso 3° CPP.

rrative approach)⁴⁰ o modelo de *narrativa abierta* (*open narrative*)⁴¹. Bajo este modelo, el abogado que conoce la intención de su cliente de ofrecer la declaración falsa debe limitarse a permitir que el acusado declare libremente de una forma narrativa, sin interrogar de la manera usual mediante el sistema de preguntas y respuestas. Adicionalmente, el modelo implica que el abogado no puede, en el alegato de clausura, servirse en apoyo de sus conclusiones de la declaración prestada por su cliente⁴². En *People v. Johnson*, la Corte de Apelaciones de California adhirió a esta solución señalando que ella representa “la mejor acomodación de los intereses en competencia”, esto es, entre el derecho del acusado a testificar y la obligación del abogado de no participar en la presentación del testimonio falso, dado que “permite al acusado decirle al jurado, en sus propias palabras, su versión de lo que ocurrió, un derecho que puede ser descrito como fundamental, y permite al abogado jugar un rol pasivo”⁴³.

Aunque la aproximación narrativa fue inicialmente adoptada por la ABA a principios de la década de 1970 en los Estándares de la Función de Defensa (*Defense Function Standard*) 7.7(c), el modelo fue finalmente rechazado por la regla 3.3 (b) de las Reglas Modelo de Conducta Profesional de 1983. Esta regla establece que, en esta situación, el abogado sencillamente debe hacer al tribunal las revelaciones que sean razonablemente necesarias para remediar la situación, aun cuando el hacerlo suponga que el abogado revele información protegida por el deber de confidencialidad⁴⁴. Justificando esta regla en su Comentario 11 la ABA ha señalado que: “La revelación del falso testimonio del cliente puede resultar en graves consecuencias para el cliente, incluyendo no sólo un sentimiento de traición sino también la pérdida del caso y tal vez persecución por el delito de perjurio. Pero la alternativa es que el abogado coopere en engañar al tribunal, subvirtiendo el proceso de

⁴⁰ *People v. Johnson*, 62 Cal. App. 4th 608 at 624.

⁴¹ WOLFRAM, C., *op. cit.*, p. 661.

⁴² *Ibid.*

⁴³ *People v. Johnson*, 62 Cal. App. 4th 608 at 629: “Of the various approaches, we believe the narrative approach represents the best accommodation of the competing interests of the defendant’s right to testify and the attorney’s obligation not to participate in the presentation of perjured testimony since it allows the defendant to tell the jury, in his own words, his version of what occurred, a right which has been described as fundamental, and allows the attorney to play a passive role”. (Traducción nuestra).

⁴⁴ Véase, también, el Comentario 10 a la Regla 3.3.

reconstrucción de la verdad que el sistema adversarial está diseñado para implementar”⁴⁵.

No obstante lo radical de la decisión, la ABA no ha podido llevarla hasta el extremo de desconocer que algunos estados norteamericanos, han adoptado la aproximación narrativa, imponiendo al abogado el deber de presentar al acusado a declarar. Es por ello que en su Comentario 7 a la Regla 3.3, la ABA ha generado una expresa excepción señalando que, en dichos estados, las obligaciones éticas impuestas por las reglas de conducta profesional se subordinan a tales criterios⁴⁶.

Estas reglas de la ABA que, en definitiva, permiten al abogado delatar al cliente, han sido criticadas por Monroe Freedman, quien ha denominado a esta situación *el trilema del perjurio* porque, a su juicio, el problema ético que el caso plantea surgiría de la colisión de tres deberes: primero, el de dar al cliente la efectiva asistencia de un abogado, que exige al profesional obtener del cliente toda la información relevante para su defensa; segundo, el deber de confidencialidad, que exige al abogado mantener bajo reserva toda la información recibida del cliente y, tercero, el deber de honradez ante el tribunal, que exige al abogado ser honesto con el tribunal. En palabras de Freedman, el trilema surge porque “un momento de reflexión deja en claro... que uno no puede hacer las tres cosas al mismo tiempo: saber todo, mantenerlo confidencial y revelarlo al tribunal pasando por sobre las

⁴⁵ “The disclosure of a client’s false testimony can result in grave consequences to the client, including not only a sense of betrayal but also loss of the case and perhaps a prosecution for perjury. But the alternative is that the lawyer cooperate in deceiving the court, thereby subverting the truth-finding process which the adversary system is designed to implement”. (Traducción nuestra).

⁴⁶ Comment [7]: “The duties stated in paragraphs (a) and (b) apply to all lawyers, including defense counsel in criminal cases. In some jurisdictions, however, courts have required counsel to present the accused as a witness or to give a narrative statement if the accused so desires, even if counsel knows that the testimony or statement will be false. The obligation of the advocate under the Rules of Professional Conduct is subordinate to such requirements” [“Los deberes establecidos en los párrafos (a) y (b) se aplican a todos los abogados, incluyendo abogados defensores en casos criminales. En algunas jurisdicciones, sin embargo, los tribunales han requerido que el abogado presente al acusado como testigo o entregue una declaración narrativa si el acusado así lo desea, incluso si el abogado sabe que el testimonio o la afirmación será falsa. La obligación del abogado bajo las reglas de Conducta Profesional están subordinadas a tales requerimientos”]. (Traducción nuestra).

objeciones del cliente. Para resolver el trilema, por lo tanto, uno de los tres deberes debe ceder”⁴⁷.

La aproximación narrativa también ha sido abiertamente criticada por Freedman, quien considera que este procedimiento divulga las confidencias del cliente, porque una manera de proceder tan inusual ciertamente permitirá entender al tribunal e incluso al jurado, “qué es lo que está pasando”⁴⁸. Es por ello que, en definitiva, Freedman opta por resolver el trilema sacrificando el deber de menor entidad para la función del defensor, que a su juicio es el deber de honradez ante el tribunal. Aunque insiste en que la primera misión del abogado es disuadir a su cliente de declarar falsamente y confía que esto es lo que ocurrirá con mayor frecuencia, concluye que “en el relativamente pequeño número de casos en los cuales el cliente que ha contemplado el perjurio rechaza el consejo del abogado y decide ir a juicio, subirse al estrado y prestar falso testimonio, el abogado debe proceder de la manera ordinaria. Esto es, el abogado debe interrogar al cliente de la manera profesional y normal y debe argumentar sobre la declaración de su cliente al jurado en el alegato de clausura, en la medida que la táctica razonable justifique hacerlo así”⁴⁹.

Entre nosotros, parece no haber lugar para una solución tan extrema como la que propone la ABA en el sentido de exigir a los abogados que revelen al tribunal la intención de su cliente de faltar a la verdad. Esa regla tiene sentido en los Estados Unidos porque, como hemos dicho, cuando el

⁴⁷ FREEDMAN, M., *Understanding... op. cit.*, p. 111. La posición de Freedman fue publicada por primera vez como artículo en M. Freedman, *The Professional Responsibility of the Criminal Defense Lawyer: The Three Hardest Questions*, 64 Mich. L. Rev. 1469 (1966) y ha dado lugar a una extensa literatura sobre la controversia, que sigue abierta hasta la fecha. Véanse, v. gr.: ERICKSON, W., *The Perjurious Defendant: A proposed Solution to the Defense Lawyer's Conflicting Ethical Obligation to the Court and to His Client*, 59 Den. L. J. 75 (1981); LEFSTEIN, N., *Client Perjury in Criminal Cases: Still in Search of an Answer*, 1 Geo. J. Legal ethics 521 (1987-1988); GILLERS, S., *Monroe freedman's Solution to the Criminal Defense Lawyer's Trilemma Is Wrong as a Matter of Policy and Constitutional Law*, 34 Hofstra L. Rev. 821 (2005-2006); FREEDMAN, M., *Getting Honest about Client Perjury*, 21 Geo. J. Legal Ethics 133 (2008).

⁴⁸ FREEDMAN, *op. cit.*, p. 118.

⁴⁹ FREEDMAN, *op. cit.*, p. 120: “In the relatively small number of cases in which the client who has contemplated perjury rejects the lawyer's advice and decides to proceed to trial, to take the stand, and to give false testimony, the lawyer should go forward in the ordinary way. That is, the lawyer should examine the client in the normal professional manner and should argue the client's testimony to the jury in summation to the extent that sound tactics justify doing so”. (Traducción Nuestra).

cliente manifiesta a su abogado la intención de declarar falsamente le está comunicando su intención de cometer un delito, y esa intención ha sido tradicionalmente considerada una excepción al deber de confidencialidad⁵⁰. Pero, entre nosotros, la declaración falsa del imputado no es un delito, y la excepción al deber de confidencialidad contemplada en el artículo 54 letra b) de nuestro CEP sólo autoriza al abogado, en lo pertinente, para revelar información sujeta a confidencialidad “para evitar la comisión o consumación de un delito que merezca plena afflictiva”, lo que en este caso no ocurre⁵¹.

En mi opinión, entonces, que la aproximación narrativa constituye entre nosotros la solución más adecuada para solucionar el caso extremo en que el imputado insiste en presentar una declaración falsa cuando el abogado ha fracasado en la posibilidad de disuadirlo y la renuncia no es posible. A las objeciones de Friedman puede responderse que el riesgo de que una aproximación narrativa deje en evidencia el carácter falso de la declaración del cliente es, en Chile, considerablemente menor, ya que la manifestación libre por el acusado de todo aquello que estimare conveniente para su defensa, es la manera habitual en que el imputado debe comenzar su declaración durante el juicio, conforme a lo previsto por el artículo 326 inciso 3° del Código Procesal Penal.

2. El derecho al silencio y la teoría del caso como solución

Sin perjuicio de lo analizado en el capítulo anterior, mi impresión es que, en la realidad de nuestro recién nacido sistema procesal penal adversarial, el problema que realmente interesa dilucidar carece del nivel de sofisticación que presenta la poco frecuente situación en que cliente y abogado se ven envueltos en semejante conflicto. El problema que realmente urge dilucidar es si existe alguna opción, diversa de la declaración falsa del imputado,

⁵⁰ Véase, v.gr. Regla Disciplinaria 4-101(C)(3) del Código Modelo de Responsabilidad Profesional de la ABA: “A lawyer may reveal: (3) The intention of his client to commit a crime and the information necessary to prevent the crime” [“Un abogado está autorizado a revelar: (3) La intención de su cliente de cometer un delito y la información necesaria para prevenir el delito”. (Traducción nuestra).

⁵¹ Más aun, incluso si la situación hubiera quedado amparada por la excepción del artículo 54 letra b) CEP, un caso como el planteado aun habría quedado cubierto por la contraexcepción del artículo 57 CEP que obliga al defensor en materia penal que está autorizado para hacer una revelación a adoptar previamente todas las medidas razonables encaminadas a evitar que esa revelación perjudique a su cliente y lo libera de la obligación de revelar, si tales medidas no están disponibles.

que permita ejercer efectivamente la defensa penal resolviendo la tensión entre el deber de defensa leal y empeñosa del cliente y el deber de honradez ante el tribunal sin necesidad de que el abogado acepte ni participe en la presentación de una declaración falsa en juicio.

La respuesta a esta pregunta se encuentra en el *derecho al silencio*. Como se sabe, este derecho permite que un acusado haga efectivo su derecho de no autoincriminación sin tener que faltar a la verdad acerca de los hechos que fundan la imputación, por la sencilla vía de abstenerse de prestar declaración. Por cierto, la admisión de responsabilidad no es la única razón para guardar silencio⁵², pero indudablemente es una solución disponible para el cliente y el consejo esperable del abogado que recibe una versión autoincriminarse en el marco de la relación cliente-abogado. Así lo establece el ya citado artículo 95 inciso 2º letra e) CEP que, tras prohibir al abogado instruir a su cliente para que declare falsamente, añade que: "Lo expresado no obsta a que... recomiende al cliente guardar silencio en audiencias de prueba o en la etapa de investigación cuando sí lo autorizan las normas legales aplicables".

Es importante, sin embargo, no confundir el derecho al silencio con una defensa pasiva de primer o de segundo grado. En efecto, la recomendación de guardar silencio no tiene por qué implicar una renuncia a la función primaria del abogado, que es presentar una versión contradictoria con los hechos de la acusación, ya que lo único que esa recomendación hace es evitar que en la presentación de esa versión contradictoria se utilice un medio ilegítimo, cual es la declaración falsa del cliente.

Pero, más allá de esa restricción de medios, existiendo una versión contradictoria que pueda ser sustentada en evidencia legítima, el defensor no debería abandonar la presentación de esa versión contradictoria, porque tal abstención se acerca muchísimo al abandono de una auténtica defensa. En efecto, la generación de una duda razonable en el tribunal es muy improbable si en el trasfondo de los cuestionamientos que la defensa pretende hacer de la prueba de cargo no existe el sustento de una versión de hechos contradictoria con la de la acusación, que permita explicar la prueba de cargo en una perspectiva desfavorable a la tesis de la acusación. Cuando un defensor asocia derecho al silencio a defensa pasiva, lo hace, probablemente, porque

⁵² Me he referido antes a este tema en LÓPEZ, J. (con M. HORVITZ), *Derecho Procesal Penal Chileno*, Santiago, 2004, t. II, pp. 83-85.

entiende, erradamente, que ante la admisión de los hechos que ha hecho su cliente en el marco de la relación cliente-abogado, la única manera posible de presentar una versión contradictoria sería a través de una declaración falsa de su defendido. Y esto es un error, porque la presentación de una versión contradictoria con la de la acusación no es una función que el sistema encomiende a la declaración del imputado sino a la *teoría del caso*.

La *teoría del caso* es un concepto propio de las técnicas de litigación que se asocia a la idea de que el litigante (defensor, en este caso), debe presentar ante el tribunal una versión de hechos verosímil y persuasiva, que permita explicar todos los hechos conocidos de una manera que resulte legalmente útil al imputado, en cuanto, si es aceptada por el tribunal como plausible, determinará la absolución o la imposición de una pena menos grave al imputado de la que viene solicitada por la parte acusadora⁵³.

Una *teoría del caso* supone, así, una versión de hechos alternativa a los hechos que son materia de la imputación que no tiene por qué resultar de la declaración del imputado, sino que debe emanar de la prueba que legítimamente haya sido introducida a juicio por la acusación y la defensa⁵⁴. La *teoría del caso* no es una afirmación de la versión de los hechos que el imputado le ha entregado a su abogado ni de una forma en que el defensor cree que ocurrieron los hechos a partir de lo que ha logrado inferir de las entrevistas que ha tenido con su cliente, sino que es la mejor versión alternativa a la versión de hechos de la acusación que pueda ser elaborada por la defensa con base en la prueba verdadera, legítimamente acumulada durante la investigación y rendida ante el tribunal. La *teoría del caso*, entendida de este modo, constituye una herramienta formidable para testear la fortaleza y credibilidad del caso de la Fiscalía, sin comprometer en absoluto la integridad del abogado que la ejerce ni la del sistema judicial que la recibe.

Para entender la diferencia entre una declaración falsa y una teoría del caso, un ejemplo puede ayudar: supongamos que un hombre (A) ha sido sorprendido portando en su vehículo 250 gramos de cocaína. Al momento de la detención, viajaba acompañado por otro hombre (B), quien ocupaba

⁵³ Vid. BERGMAN P., *La Defensa en Juicio. La Defensa Penal y la Oralidad* (trad. del original *Trial Advocacy in a Nutshell*), (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2ª ed. 1989, pp. 25-29).

⁵⁴ Vid. MAUET, T., *Trial Techniques* (New York, Aspen Publishers, 6ª ed. 2002, p. 24).

el asiento del pasajero. El fiscal ha creído la versión del pasajero, quien ha negado haber tenido siquiera conocimiento de que su amigo portaba la droga cuando se subió al vehículo y ha formulado cargos sólo en contra del conductor. Supongamos, también, que el imputado se ha amparado en el derecho al silencio pero ha reconocido, ante el defensor, que la droga era suya. El defensor, sin embargo, observa que el caso de la Fiscalía es débil, porque no existe en los antecedentes de la investigación elementos que ofrezcan mejores razones para pensar que la droga pertenecía al imputado que los que existen para pensar que la droga pertenecía al pasajero que simplemente negó haber sabido de ella. ¿Cuál es la conducta esperada del defensor?

Pues bien, en un caso como éste, si el defensor aconseja a su cliente A subir al estrado y declarar falsamente que la droga pertenecía al pasajero B, estaría cometiendo una grave infracción a la ética profesional, no sólo por la contravención formal de lo dispuesto por el artículo 95 inciso 2º letra f) CEP, sino porque, además, estaría dirigiendo, a sabiendas, la imputación contra un inocente. Pero el hecho de que el defensor no pueda presentar una declaración falsa no implica que no pueda (y deba) dejar en evidencia la debilidad de la imputación argumentando que una tesis alternativa, que contradice la acusación, es perfectamente plausible a la luz de la prueba producida y que, por consiguiente, la imputación oficial resulta incapaz de satisfacer el estándar de duda razonable. Así, en el caso propuesto, el defensor debería sentirse llamado, desde el alegato de apertura y durante todo el juicio, a hacer ver al tribunal que la parte acusadora no satisface el estándar de duda razonable porque no existe mejor prueba para concluir que la droga pertenecía a A de la que existe para concluir que la droga pertenecía a B.

En el ejemplo propuesto, la teoría del caso "la droga pertenecía a B" no es igual a la declaración falsa del imputado "la droga pertenecía a B". Es sólo la expresión de una tesis posible que, si puede razonablemente ser admitida por el tribunal con base en la prueba verdadera, debe conducir a la absolución. Dicho de otro modo, la presentación de una *teoría del caso* no es más que la forma de hacer efectivo del derecho del imputado al debate contradictorio y a no ser condenado sin que se haya satisfecho el estándar de convicción más allá de toda duda razonable, que nuestro sistema acusatorio considera un presupuesto de legitimidad de la condena en materia penal.

VII. CONCLUSIONES

1. La cuestión de cuál es la conducta esperada de un abogado defensor que recibe de su cliente una versión autoincriminatoria constituye un problema de ética profesional que requiere una respuesta única de la regulación profesional. La coexistencia de respuestas diversas frente a este problema afecta la legítima expectativa de igualdad en el acceso y calidad de la defensa en materia penal.

2. Dicha respuesta única debe considerar el rol que le corresponde cumplir al defensor penal en un sistema adversarial, el cual comprende dos funciones:

a. Una *función primaria*, que supone hacer efectivo el derecho del cliente a confrontar la tesis de la acusación con una tesis alternativa que explique el caso de la manera más favorable al cliente.

b. Una *función secundaria*, que supone hacer valer ciertas garantías judiciales del cliente que tienen por objeto asegurarle un debido proceso como condición de legitimidad del juzgamiento.

3. El defensor tiene hacia el cliente un deber de defensa leal y empeñosa, en virtud del cual está obligado a desempeñar su rol cumpliendo ambas funciones al mismo tiempo. No le está permitido abstenerse de cumplir esas funciones sobre la base de consideraciones éticas personales distintas de las impuestas por la ley y la regulación profesional.

4. El deber de defensa leal y empeñosa se encuentra en tensión con otro deber profesional del abogado, que es el deber de honradez ante el tribunal. Este deber se expresa, con claridad, en la prohibición de presentar prueba falsa, pero no supone que el defensor deba contribuir activamente con el esclarecimiento de la verdad, lo que justifica el deber de abstenerse de aportar antecedentes que incriminen a su propio cliente.

5. Frente a la versión autoincriminatoria del cliente entregada en el marco de la relación cliente-abogado, el defensor debe, en primer lugar, determinar cuál es el interés real de su defendido ante la investigación penal. El deber de respetar la autonomía y dignidad del cliente le exige aceptar y satisfacer ese interés, incluso si éste se expresa en la decisión de autoincriminarse

después de haber sido debidamente informado de las consecuencias que ello conlleva.

6. Si, en cambio, el cliente no manifiesta voluntad de autoincriminarse, el defensor penal debe abstenerse de recomendar la autoincriminación, a menos que ésta pudiera permitir al cliente obtener un beneficio de carácter procesal.

7. Si el defensor penal siente rechazo a la idea de representar el interés del cliente tal y como éste lo ha definido, está autorizado para rechazar el asunto, en la medida que se trate de un abogado que ejerza libremente la profesión. Esta alternativa, sin embargo, no está disponible para los defensores penales públicos, quienes están siempre obligados a representar los intereses del cliente tal y como éste los haya definido, sin perjuicio del deber de limitarse, para ello, a la utilización de los medios autorizados por la ley y la ética profesional.

8. El abogado que defiende a un cliente que le ha entregado una versión autoincriminatoria no está autorizado para realizar una defensa pasiva de primer grado, que suponga abstenerse de toda actividad de defensa hasta el extremo de omitir cuestionar la fortaleza de la prueba de cargo mediante la presentación de prueba propia o un contrainterrogatorio activo. El abogado que omite conscientemente ejercer los derechos que la ley reconoce a su cliente puede cometer el delito de prevaricación.

9. Del mismo modo, el abogado que defiende a un cliente que le ha entregado una versión autoincriminatoria no está autorizado para realizar una defensa pasiva de segundo grado, que se limite a asegurar el respeto a las garantías judiciales pero renuncie a la función de controvertir la tesis de la acusación. A menos que la prueba de cargo sea de tal entidad que no permita presentar una versión alternativa mínimamente viable, el defensor penal tiene el deber de ofrecer una versión de hechos que explique la prueba disponible en la perspectiva más favorable a su representado.

10. En la preparación de esta tesis alternativa, el abogado no puede, sin embargo, proponer ni construir una declaración falsa para el imputado. El abogado debe siempre abstenerse de instruir a su cliente a que declare falsamente.

11. Si es el cliente quien tiene la iniciativa de declarar falsamente, el abogado debe intentar disuadirlo. Si el cliente no resulta persuadido, el abogado no queda, por ello, autorizado para revelar las intenciones de su cliente, pero debe adoptar las medidas necesarias para evitar involucrarse en la producción de la declaración falsa. Si se trata de un abogado de libre ejercicio, está autorizado para renunciar a la representación; si, en cambio, decide permanecer en ella o está obligado a hacerla por tratarse de un defensor penal público, debe utilizar una aproximación narrativa limitándose a permitir que el acusado declare libremente, sin guiar la declaración mediante el interrogatorio.

12. En cualquier caso, la mejor manera de resolver la tensión existente entre el deber de defensa leal y empeñosa y el deber de honradez ante el tribunal sin infringir la ley ni la regulación ética consiste en una combinación entre el ejercicio del derecho al silencio y la correcta utilización de la *teoría del caso*. Esta herramienta permite al abogado la presentación ante el tribunal de una versión de hechos verosímil y persuasiva, emanada de la prueba verdadera y legítimamente introducida al juicio por los intervinientes, sin involucrar la declaración falsa del imputado. Una teoría del caso correctamente presentada permitirá al tribunal constatar si la acusación satisface o no el estándar de duda razonable que es condición necesaria para la legitimidad de la condena en materia penal.