

JUSTICIA, DERECHO Y SOCIEDAD

Libro en memoria de Maximiliano Prado Donoso

JUSTICIA, DERECHO Y SOCIEDAD
Libro en memoria de Maximiliano Prado Donoso

Rafael Blanco Suárez
Pedro Irureta Uriarte
Editores

Ediciones Universidad Alberto Hurtado
Alameda 1869 - Santiago de Chile
mgarciam@uahurtado.cl – 56-02-28897726
www.uahurtado.cl

Impreso en Santiago de Chile
Primera edición de 300 ejemplares: julio de 2014

ISBN libro impreso : 978-956-9320-93-4
ISBN libro digital : 978-956-9320-94-1

Registro de propiedad intelectual N° 242.143

Impreso por Dimacofi

Director de la colección
Rodrigo Coloma

Decano Facultad de Derecho
Universidad Alberto Hurtado

Dirección editorial
Alejandra Stevenson Valdés

Editora ejecutiva
Beatriz García-Huidobro

Diseño de la colección y portada
Francisca Toral

Diagramación interior
Gloria Barrios A.

Imagen de portada
Latinstock



Con las debidas licencias. Todos los derechos reservados. Bajo las sanciones establecidas en las leyes, queda rigurosamente prohibida, sin autorización escrita de los titulares del copyright, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, así como la distribución de ejemplares mediante alquiler o préstamos públicos.

JUSTICIA, DERECHO Y SOCIEDAD

Libro en memoria de Maximiliano Prado Donoso



RAFAEL BLANCO SUÁREZ
PEDRO IRURETA URIARTE
EDITORES



EDICIONES
UNIVERSIDAD ALBERTO HURTADO

ABOGADOS, CLIENTES Y JUICIOS. ¿DE QUIÉN ES LA ÚLTIMA PALABRA?

RODRIGO COLOMA CORREA*

1. En las fases de preparación y de prosecución de los procesos judiciales, las partes realizan múltiples elecciones. Junto a algunas triviales, las hay otras muy relevantes. Estas últimas incidirán en el contenido de la sentencia, en la duración del juicio y/o en los costes económicos (o psicológicos) que asumirán a consecuencia de la litigación.

Al hablar de decisiones relevantes estoy refiriendo a asuntos tales como ¿qué cantidad será demandada?, ¿qué acción será interpuesta?, ¿se negociará tempranamente un acuerdo con la contraparte?, ¿qué hechos serán reconocidos?, ¿se admitirá el vínculo de paternidad sin someterse a exámenes?, ¿cuál jurisprudencia será invocada para fundar la pretensión y cuál será omitida?, etc.

2. Hay ocasiones en que se producen tensiones entre el cliente y su abogado respecto a qué es preferible hacer en el caso concreto. Dado lo significativo de lo que está en juego, es útil contar con orientaciones que establezcan relaciones ordenadoras entre las alternativas en discordia. Por cierto, con un poco de atención descubriremos

* Doctor en Derecho, Universidad Carlos III de Madrid, España. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado.

directrices importantes que se nos ofrecen desde el sistema jurídico. Ellas son establecidas con particular claridad cuando se habla de los alcances del mandato otorgado a los abogados para representar a las partes de un juicio y, de manera indirecta, cuando se prohíben determinadas conductas en los procesos judiciales. La vulneración a lo que se estipula en las normas incidirá en la anulabilidad de algunas actuaciones —si es que ellas implican excederse del ámbito de competencia reconocida a los abogados (y también a los clientes)— o bien, en la aplicación de castigos por incurrirse en conductas que se encuentran tipificadas.

Así, por ejemplo, el inciso 2° del Artículo 7 del Código de Procedimiento Civil señala que para aceptar la demanda contraria, absolver posiciones, transigir, etc. el abogado deberá contar con delegación expresa de parte del cliente. En consecuencia, en caso de controversias —y bajo condición de que no se hayan delegado especialmente dichas facultades— vence el punto de vista del cliente. Por su parte, en el Código Penal se sanciona, por ejemplo, al abogado que a sabiendas presente prueba falsa o aporte antecedentes falsos que conduzcan a la realización u omisión de actuaciones por parte del Ministerio Público (Artículos 207 y 269 bis), como también al abogado que abusivamente perjudique a su cliente o bien revele sus secretos. En consecuencia, si el disenso entre el cliente y el abogado refiere a algunas de estas materias, vencerá quien sostenga la posición no prohibida por el subsistema penal.

3. Para los fines de este trabajo, bastará con haber llamado la atención en cuanto a que hay espacios regulados de manera fuerte, otros solo de manera débil (por ejemplo aplicación supletoria de reglas del mandato) y otros, no regulados. Tratándose, a fin de cuentas, de un problema de administración de los desacuerdos —o, como se dice en el título, de ¿quién tiene la *última palabra*?— es esperable que la ética profesional almacenada en los distintos Códigos, tenga algo que decir al respecto.

En principio, dado que son sus intereses los que están en juego, es razonable pensar que la decisión sobre los asuntos importantes

del litigio corresponde al cliente. Si este fuere el escenario en que se debe operar, los abogados debieran contar con alguna coraza que los proteja para los efectos de no *verse obligados* a actuar cuando ello les resultare gravoso. En otras palabras, al abogado debiera liberársele de seguir instrucciones del cliente si resultaren contrarias a la ética profesional o bien, si le perjudicaren profesionalmente¹.

El código de ética recientemente aprobado por el Colegio de Abogados va, más o menos, por esta línea al indicar, en general, que “El abogado debe actuar conforme con las instrucciones recibidas por el cliente, cuidando que este haya sido informado (sobre los riesgos y las alternativas de acción). Si las instrucciones fueren a su juicio perjudiciales para los intereses del cliente o si las estimare contrarias a la ética, el abogado debe representárselo y, según el caso, podrá poner término a su relación con el cliente” (Código de Ética Profesional del Colegio de Abogados de Chile, Artículo 29).

4. Si la *última palabra* es efectivamente otorgada al cliente, no se colige de ello la existencia de asimetrías de poder en las relaciones cliente-abogado que vayan en desmedro de este último. Los abogados cuentan con dos herramientas poderosas que permiten nivelar eventuales desigualdades: una de ellas es la posibilidad de renunciar al encargo² y, la otra es el manejo de un lenguaje especializado. En cuanto a esto último, los abogados están en una posición privilegiada para que el cliente adhiera a sus puntos de vista y, de esa manera, cuenta con recursos que ayudarán a que los desacuerdos se

¹ Esto ocurrirá si se le pretende forzar a que adopte un curso de acción que aparece como necio o inconsistente con lo que sería prudente plantear en la defensa de los clientes (se afectaría, de esa manera, su prestigio o credibilidad o dicho en términos de los economistas, tales actuaciones le generarían externalidades negativas).

² En cuanto a la posibilidad de renunciar, el Código de Ética señala en la parte final de su Artículo 82 que “Si surge 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”. Ver también Artículos 80 y 81 del Código de Ética relativo a razones para rechazar un encargo. Asimismo, debe tenerse en consideración que en el inciso final del Artículo 19 del mismo cuerpo normativo se señala que “El abogado debe tomar las medidas necesarias para evitar la indefensión del cliente”, lo que debiera llevarlo a considerar posibles problemas de credibilidad en el tribunal que pudiera ocasionar al cliente con una renuncia en momentos claves del juicio.

diluyan. Con su narrativa enrevesada y, a ratos, elegante, los abogados son capaces de dejar muy en claro que solo ellos saben *cómo realmente funcionan las cosas en el mundo de los juicios*. Si a la brecha que representa el dominio de este lenguaje esotérico³, añadimos que los clientes suelen contar con, al menos, un mínimo de nivel de confianza en cuanto a que sus abogados quieren lo mejor para ellos, no es raro que algunos clientes terminen preguntando: ¿Qué haría usted en mi lugar? o todavía más, señalando: ¡Yo no entiendo de estas cosas y haré lo que usted me diga!

5. Que la *última palabra* se haga radicar en el cliente no debiera provocar mayores dificultades, en la medida que las decisiones de las que se trate recaigan sobre bienes disponibles para éste (propiedad, régimen de visitas, etc.). Hay, sin embargo, situaciones más complejas que tienen que ver con la elección de cursos de acción que impactan en bienes no disponibles: me refiero fundamentalmente a la libertad del cliente. Las dificultades aumentan si existen, a la vez, límites a la renuncia del abogado al mandato del cliente. Una situación como la señalada se produce en la defensa penal pública.

Afortunadamente para los *amigos de las reglas*, los defensores penales también cuentan con un código deontológico que en su artículo decimosexto entra de lleno en el problema que nos ocupa. En el primero de sus cinco incisos se plantea 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. Será competencia del defensor (a) penal público (a) definir la estrategia y los medios de defensa para cumplir con el encargo de su cliente”.

En los párrafos siguientes del referido artículo se realizan una serie de precisiones, entre las que aparece, por ejemplo, que el abogado es quien determina los medios de prueba que serán presentados

³ Entiendo aquí la palabra “esotérico” en el sentido aristotélico de textos o discursos para cuya comprensión se requieren conocimientos previos especializados; ello en oposición a “exotérico” que da cuenta de obras que se encuentran dirigidas al *gran público*.

en el juicio. Por su parte, el cliente es quien decide si prestará o no declaración en el proceso, como también él será quien en definitiva aceptará salidas alternativas o exigirá la realización de un juicio oral.

6. Quisiera centrarme, a continuación, en algunos problemas difíciles que ilustraré en los tres casos que siguen:

- *Caso 1.* Decisión del cliente de reconocer su culpabilidad en situaciones en que no existe suficiente prueba de cargo y/o en que se dispone de abundante prueba de descargo. El abogado, en cambio, es partidario de negar los hechos y de que el cliente se mantenga en silencio. De acogerse esta última forma de hacer las cosas sería altamente probable que el cliente no sea condenado.
- *Caso 2.* Decisión del cliente en cuanto a sostener una versión de los hechos que difícilmente será aceptada por el tribunal, ya que será considerada como absurda o extravagante. Ceñirse a lo que dice el cliente imposibilitará la construcción de relatos alternativos que sí podrían ser acogidos por el tribunal (ya sea para la absolución o para la rebaja de pena).
- *Caso 3.* Decisión del cliente de no aceptar un procedimiento abreviado en que se le ofrezca una pena baja; ello a pesar de que en los casos similares en que se ha optado por el juicio oral se han recibido penas considerablemente más altas⁴.

7. El abogado pareciera no tener otra alternativa que seguir las instrucciones que le ha dado el cliente. El problema es que la (estratégicamente mala) decisión del cliente llevará casi con seguridad a que este sea condenado o bien a que reciba una pena más alta que

⁴ Los resguardos del sistema de enjuiciamiento penal apuntan a que no se realice un procedimiento abreviado si es que no se encuentra asegurada una correcta comprensión del acusado de los alcances de su decisión. Así, en el Artículo 409 del Código Procesal Penal se plantea que: “Antes de resolver la solicitud del fiscal, el juez de garantía consultará al acusado a fin de asegurarse que este ha prestado su conformidad al procedimiento abreviado en forma libre y voluntaria, que conozca su derecho a exigir un juicio oral, que entienda los términos del acuerdo y las consecuencias que este pudiere significarle y, especialmente, que no hubiere sido objeto de coacciones ni presiones indebidas por parte del fiscal o de terceros”.

la que sería esperable de haberse adoptado otro curso de acción. Esto, en los hechos, podría interpretarse como que el cliente está renunciando a su libertad en unos términos en que a los sujetos no les está normalmente permitido. Dicho en otras palabras, si el acusado otorga ventajas a la contraparte por la vía de reconocer aquello que de otra manera debía ser probado, está provocando un desequilibrio en la manera estándar en que se opera en los juicios. Como se sabe, es un supuesto de los juicios el que los participantes solo realicen conductas que estratégicamente los puedan favorecer (y así interpretan los jueces los actos de los abogados). Al facilitarse la tarea de la contraparte, el litigante está –de hecho– renunciando a derechos que el sistema ha previsto que su titular defenderá con “dientes y muelas”.

Se podrá objetar a lo señalado que el cliente no hace en realidad disposición de su libertad cuando, por ejemplo, reconoce su participación en un delito. La disposición de su libertad ya la hizo cuando robó, mató o injurió a la víctima. Más aun, reconocer la culpabilidad es un acto que tanto moral como jurídicamente se incentiva. Sería absurdo, entonces, que el abogado se transforme en un obstáculo para ello. Incluso más, la conducta del abogado que propone a su cliente que no opere con lo que este considera como *la verdad* resultaría sospechosa en la mayoría de los círculos sociales.

8. Tras estas objeciones, hay ocultos dos supuestos que estimo, cuando menos, discutibles. El primero de ellos refiere a que los niveles de sinceridad que son exigidos al abogado en los juicios serían similares a los que operan para su vida cotidiana. No me detendré mayormente en esto, salvo para sostener que el diseño de los procedimientos supone una forma de comportamiento a todas luces diferente a los que se dan en la cotidianidad. De los abogados se espera un comportamiento sesgado, en términos de que planteen en sede de tribunales el mejor de los *mundos posibles* para su cliente. Esto supone la suspensión parcial de exigencias de sinceridad que normalmente operan en otros contextos. ¡No se me entienda mal!, no quiero decir con esto que está permitido al abogado mentir a

destajo. Lo que quiero decir es únicamente que respetando algunas reglas básicas del juego –“no se deben construir pruebas falsas”, “no está permitido sobornar” y algunas otras cosas por el estilo– la sinceridad tiene un lugar solo en la medida en que resguarde los derechos del cliente, o disminuya algunos costes en la litigación. Piénsese, por ejemplo, en que respetar el secreto profesional libera al abogado de tener que decir todo aquello que le ha sido revelado por el cliente y, más aún, podrá obligarlo a *no ser sincero*, en casos en que del silencio se pudiere inferir lo que le ha sido revelado⁵.

9. Un segundo supuesto de la posición según la cual el abogado debe necesariamente someterse a las instrucciones del cliente en caso de desacuerdo, supone que la opinión del cliente es siempre digna de respeto como guía para la acción. En muchas ocasiones aquello constituiría un error, aun cuando signifique que el abogado deba adoptar una actitud paternalista frente al cliente. Así, por ejemplo, es perfectamente plausible que el acusado reconozca su participación en un crimen para alcanzar fines que el Derecho no estimula, esto es, proteger al verdadero culpable quien le ha amenazado u ofrecido una suculenta recompensa, evitar una investigación que sacará a la luz un hecho personal vergonzoso y no punible, impedir que los carceleros corruptos le sigan torturando, etc. Incluso, no es descartable la hipótesis de que el acusado se autoincrimine como consecuencia de su visión distorsionada de la realidad.

Lo señalado no es un asunto menor dentro de la lógica de los procesos penales. ¿Cómo si no puede explicarse que no se pueda condenar con el solo mérito del testimonio del acusado o bien, que se le reconozca al acusado el derecho a mantener silencio durante todo el juicio? (¿Lo cual no ocurre con muchos respetables ciudadanos que son llamados a comparecer como testigos!).

Habida cuenta de que el punto de vista sostenido por el cliente no siempre resultará representativo “de lo que realmente habría

⁵ Sobre esto me refiero extensamente en COLOMA (2006), pp. 27-52.

ocurrido”, se difumina, en una importante medida, el problema de que el abogado defienda en el juicio un punto de vista distinto al propuesto por su cliente. Al hacerlo, el abogado no estaría asumiendo, necesariamente, una posición que se deba tildar como *mentirosa*⁶.

10. A lo recién señalado –esto es que las características del juicio suspenden parcialmente el deber de sinceridad y que las eventuales motivaciones dudosas del cliente debilitan sus preferencias cuando están en juego bienes indisponibles– es útil añadir que la decisión comunicada por el cliente puede ser defectuosa en el sentido de que en ella no necesariamente coincidirá con lo que es genuinamente deseado. Me refiero aquí a algo que ya fue adelantado en las líneas precedentes, y que apunta a que el cliente no maneja adecuadamente muchas de las claves del juicio por una mala comprensión de la semántica y de la pragmática de los abogados. Esto incide en que lo que sea declarado pierde valor como para ser tomado suficientemente en serio, en cuanto decisión relativa al curso que debiera ser seguido en el juicio⁷.

11. Las condiciones parecen estar dadas como para dar un giro y sostener que en realidad bastará con adoptar algunas reglas básicas que garanticen que el acusado y su abogado no entorpecerán la obtención de prueba de cargo, no crearán falsa prueba de descargo y un poco más. El resto será parte de una competición y el hecho de que el acusado pretenda reconocer *gratuitamente* su participación provocará desequilibrios en las estructuras de poder del juicio. El abogado bajo condición que respete algunas pautas básicas de comportamiento profesional debiera ser quien tiene la *última palabra*.

⁶ Esto, en todo caso, es una situación similar cuando el cliente revela “lo que habría ocurrido” y espera que ello sea mantenido bajo secreto profesional.

⁷ Piénsese, por ejemplo, en el Artículo 2149 del Código Civil que estipula que “El mandatario debe abstenerse de cumplir el mandato cuya ejecución sería manifestamente perniciosa al mandante”.

12. ¿Cómo resolver este galimatías? Voy a arriesgar una posible solución.

El cliente debiera tener la *última palabra* en todas aquellas decisiones en que lo que está en juego son bienes disponibles. A fin de cuentas, él puede vender a vil precio sus bienes muebles, puede destruirlos y también, condonar deudas. El abogado, por cierto, podrá tratar de persuadirlo de que cambie de opinión y si así no ocurriese tendrá la posibilidad de renunciar al encargo si de seguir con lo que se le ordena pudieren derivarse daños que vayan más allá de lo que es de incumbencia del cliente.

El cliente, también, debiera tener la *última palabra* si lo que está en juego son bienes no disponibles y las bondades de la opción elegida v/s las otras en competencia entraren en el terreno de lo opinable o de lo puramente estratégico. El abogado deberá preocuparse de proveer de buena información y corroborar que haya una buena comprensión de lo que se está haciendo.

El abogado debiera tener la *última palabra*, en cambio, si fuere el caso que los bienes en juego fueren no disponibles y la opción asumida por el cliente significare un evidente perjuicio para él mismo si se toman en cuenta las bondades y riesgos de los cursos de acción alternativos. El abogado que decide el curso de acción deberá tener en cuenta, eso sí, la posible conducta que pudiere llegar a asumir el cliente en el juicio⁸. Como contrapeso, el cliente tendrá la opción de revocar el mandato otorgado y algo más que se indica inmediatamente a continuación.

13. Hay un último punto que no debe dejarse de lado. Si en la decisión adoptada hubiere, desde la perspectiva del cliente, razones morales en juego, como también, si la información de la que dispone este (y su capacidad de procesamiento) es suficiente como para entender que en la opción tomada se han tenido en cuenta todas las variables relevantes, el cliente debiera tener la *última palabra*. Las

⁸ Así, por ejemplo, su defensa se verá fuertemente dañada si a pesar de lo comprometido, el cliente intempestivamente reconoce su culpabilidad respecto de lo que se le acusa.

razones esgrimidas guardan cierta similitud con las que son propias de la objeción de conciencia, pues el cliente se está poniendo al margen de una forma de interacción que supone que en el juicio cada parte buscará lo que más favorece a su punto de vista (dentro de ciertos límites). Considerando ambas variables, evitamos que se nos *cuelen* acusados que temen venganzas o torturas, que buscan recompensas, que no entienden lo que hacen o que están desesperados. En esta *contracara* de la objeción de conciencia subyace la idea de que los procesos judiciales no solo poseen un valor instrumental en orden a construir una sentencia que satisfaga determinados valores, sino también, los procesos pueden llegar a tener un valor intrínseco para un ser humano que es plenamente consciente de lo que está haciendo. Esta clase de sujetos que parecen sacados de las novelas de Dostoievski merecen ser tomados en cuenta y al abogado no le quedará más que rendirse ante ellos.

BIBLIOGRAFÍA

COLOMA, Rodrigo (2006): “Vamos a contar mentiras, tralará..., o de límites a los dichos de abogados”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, vol. XIX, n° 2, pp. 27-52. Disponible en <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v19n2/art02.pdf>.

NORMAS CITADAS

Código de Procedimiento Civil.

Código Civil.

Código Procesal Penal.

Código Penal.

Código de Ética del Colegio de Abogados de Chile.

Código Deontológico del Defensor Penal Público [en línea]. Disponible en <http://www.dpp.cl/resources/upload/files/documento/67070809f4a4303897b9baa9e9c5c19c.PDF>.