

OPCIÓN PRÁCTICA.

Conflicto de Interés.

(Nota: 1. Vea y revise las normas atinentes del NCEP, y el acta sobre la “propuesta” que se adjunta sobre “conflictos de intereses”).

(i) Jurisprudencia del Colegio de abogados.

“TRIBUNAL= Consejo General del Colegio de Abogados de Chile

FECHA= 29.03.1999

ROL= Ing. No. 27/98, Rol No. 450

NORMA= Art. 29 Código de Ética Profesional

DESCRIPTORES= Conflicto de Intereses. Patrocinio y Poder, Aceptación, Acto Solemne. Aceptación, Requisito de Existencia. Insuficiencia de Prueba

DOCTRINA= La denuncia fundada en un supuesto conflicto de intereses en el ejercicio de la actividad, supone una relación profesional preexistente entre el denunciante y el denunciado, que imposibilite a éstos, asumir la defensa de su contraparte. Por lo tanto, no infringen el Código de Ética los abogados que asumen esa defensa sin haber sido previamente contratados por el denunciante.

EXTRACTO= Reclamante interpone denuncia contra dos abogados colegiados, señalando que contrató sus servicios profesionales para la protección y defensa de la marca comercial de un hotel, que intentaba registrar a su nombre. En lugar de asumir la defensa del poderdante, uno de los reclamados presentó con posterioridad una oposición a la marca que se pretendía registrar, en representación de otra sociedad; esto es, asumió la representación de su contraparte. En definitiva, esta oposición fue rechazada.

Por su parte, los abogados denunciados señalaron desconocer al denunciante y que este jamás ha sido cliente suyo, y que ellos asumieron responsablemente la representación profesional de su contraparte en el juicio.

Para verificar alguna infracción por parte de los reclamados, resulta fundamental dilucidar si existió una relación profesional entre las partes. Ninguno de los documentos acompañados es capaz de acreditar la existencia de un contrato de prestación de servicios profesionales, de un mandato o de un simple otorgamiento de poder aceptado por el o los apoderados. En el caso de autos, el documento acompañado por el reclamante, denominado “poder especial”, si bien lleva membrete del estudio jurídico de los reclamados, es un formulario que está firmado tan sólo por el denunciante y no puede acreditar voluntad de obligarse, si no lleva la firma de los abogados que constituyen ese estudio.

A mayor abundamiento, el artículo 15 de la Ley 19.039, sobre Privilegios Industriales y Protección de los Derechos de Propiedad Industrial establece que todos los poderes relativos a materias de propiedad industrial son actos jurídicos solemnes, especificando la forma en que deben otorgarse los poderes. El documento denominado “poder especial” no cumple con dicha solemnidad, por lo que en estricto derecho debe estimarse inexistente, y en el mejor de los casos, nulo de nulidad absoluta.

Con lo señalado queda suficientemente comprobado que el denunciante no produjo prueba suficiente para dar por acreditada la relación profesional que invoca con los abogados denunciados. Se resuelve rechazar la denuncia formulada.

RECURSO= Reclamación ante el I. Colegio de Abogados

PUBLICACION= Libro Registro de Fallos del I. Colegio de Abogados.

OBSERVACIONES= Fallo pronunciado por los consejeros Gonzalo Figueroa Yáñez (tramitador), Sergio Urrejola Monckeberg, Arnaldo Gorziglia Balbi, Luis Ortiz Quiroga, Arturo Prado Puga, Jorge Mario Quinzio Figueiredo, Avelino León Steffens, Ana María Hübner Guzmán, Manuel Guzmán Vial y Waldo Ortúzar Latapiat. Las referencias personales han sido eliminadas en cumplimiento con la ley 19.628, sobre protección de la vida privada.

EXTRACTADOR= Jorge Escudero Navarro”.

(ii) Normas.

“Artículo 15. Cliente: “A efectos de este Código se entiende por cliente la persona natural o jurídica que ha establecido una relación profesional con un abogado para la prestación de servicios profesionales. Son servicios profesionales del abogado, el consejo y la asesoría jurídica así como la representación y patrocinio, y en general, el resguardo de los intereses del cliente”.

“Artículo 17. La calidad de cliente se adquiere al inicio de la relación profesional. Se entiende que comienza la relación profesional cuando una persona natural o jurídica manifiesta a un abogado su intención seria de que ese abogado le proporcione servicios profesionales, y el abogado consiente expresa o tácitamente en prestar sus servicios. Se entenderá aceptación tácita si el abogado omite manifestar su voluntad al respecto dentro de un tiempo prudencial, sabiendo o debiendo saber que esa persona razonablemente confía en que ese abogado le prestará sus servicios”.

“Artículo 20. Cliente potencial. Se extienden al cliente potencial los deberes del abogado para con su cliente establecidos en los artículos 22, 27, 42 y 43, así como el Título IV de esta sección. Es cliente potencial la persona natural o jurídica que consulta al abogado acerca de cierto asunto. Se entiende por consulta la solicitud del cliente potencial expresando seriamente al abogado su interés por obtener sus servicios profesionales”.

(iii)

La Jurisprudencia que se cita es anterior al NCEP. Ello no significa, sin embargo, que de “renovarse” el debate, que tal sería resuelto de manera distinta. De hecho, los jueces que participan de la decisión, son abogados muy técnicos y peritos en sus materias.

Al menos, desde los antecedentes que se evidencian en el extracto, pareciera que la decisión errara en muchos sentidos. Quizás, allende al tema de este curso, la forma de interpretar las normas para determinar la existencia de deberes fiduciarios que emanan de una relación profesional “cliente-abogado” es fallida, pues de la deliberación que se exhibe en el resolutorio, no podría concluirse la inexistencia de responsabilidad. La norma contenida en la ley 19.039 es del todo impertinente máxime cuando ni siquiera, el punto debatido decía relación con aspectos cubiertos por la ley sectorial. ¿Es posible entender que la responsabilidad profesional de un abogado para con su cliente pueda ser resuelta desde el criterio que sostiene el órgano gremial? I.e. El Colegio de Abogados razona entendiendo como fuente de la responsabilidad profesional la existencia de una relación contractual lo que vuelve (o volvería) difusa y arbitraria -al interés del abogado- las hipótesis de responsabilidad.

La pregunta que se sometió a discusión decía relación con la eventual responsabilidad de los abogados para con ese reclamante. Esa posibilidad no encuentra condición de posibilidad en la existencia de una relación contractual. Esa argumentación “convenciona” la responsabilidad profesional, y permite como reacción lo que en doctrina comparada se denomina “Hot Potato Rule”.

Así,

“California has adopted the “hot potato” rule which prohibits a lawyer from unilaterally terminating its relationship with one client in order to voluntarily assume the representation of a second client against the first client. *Truck Insurance Exchange v. Firemans Fund Insurance Company* (1st Dist. 1992) 6 Cal.App.4th 1050, 8 Cal.Rptr.2d 228.”

(“El Estado de California ha adoptado la regla “hot potato”. Ésta prohíbe que un abogado pueda terminar de manera unilateral una relación profesional con un cliente, con el objetivo de asumir la representación de un segundo cliente con intereses contrapuestos al del primer cliente. Cfr *Truck Insurance Exchange v. Firemans Fund Insurance Company* (1st Dist. 1992) 6 Cal.App.4th 1050, 8 Cal.Rptr.2d 228.”).

Desde la práctica profesional estadounidense de hecho, el criterio es bastante más estricto:

“Rule 1.18 codifies the established principle that New York lawyers owe duties to prospective clients even when no lawyer-client relationship ensues. These duties are determined by the nature of the information received from the prospective client and may restrict the lawyer’s ability to use or reveal the information or to represent adverse parties in the same or a substantially related matter. Prospective clients, like current clients, may disclose information to a lawyer, place documents or other property in the lawyer’s custody, or rely on the lawyer’s advice. A lawyer’s discussions with a prospective client usually are limited in time and depth and leave both the prospective client and the lawyer free (and sometimes required) to proceed no further. Prospective clients should therefore receive some, but not all, of the protection afforded to clients. The Rule balances the need for protection of those who consult lawyers about a possible representation with the need for freedom of the parties to decide not to pursue the representation. It does so by subjecting the lawyers to duties regarding confidential information and adverse representations that are significant but more limited in scope than those owed to current or former clients.”

(“La Regla 1.18 -de las ABA RULES Cfr. http://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct/rule_1_18_duties_of_prospective_client.html)- establece el principio ya asentado que los abogados que ejercen su profesión en el estado de Nueva York deben deberes fiduciarios a sus clientes potenciales, aún cuando no exista una relación cliente abogado. Éstos deberes surgen y se vuelven vinculantes para el profesional en razón de la naturaleza de la información que el cliente potencial comunica al abogado, y puede restringir la libertad del profesional tanto para utilizar esa información como para representar intereses contrapuestos al que subyace a la información recibida de ese cliente potencial, tanto en ese asunto como en otros

relacionados al mismo. Clientes potenciales, así como clientes propiamente tales, pueden revelar información al abogado, entregar documentos u otros antecedentes quedando tales en custodia del profesional, o sujetos al consejo del mismo. Por regla general, las reuniones entre clientes potenciales y abogados son limitadas en su extensión y no generan obligaciones bilaterales para las partes. Sin embargo, los clientes potenciales deben recibir algún tipo de protección si bien no análoga a la de un cliente actual, al menos equivalente. La regla equilibra la necesidad por brindar protección a quienes consultan a abogados sobre una eventual representación de intereses con la necesaria libertad de las concurrentes de poder decidir, cada una, si persevera o no en una relación formal [contractual]. En tal sentido, la regulación sujeta al abogado a deberes de confidencialidad y a la imposibilidad de representar intereses contrapuestos.”)

(iv) Normas sobre Conflicto de interés.

La sección segunda del NCEP trata los “Conflictos de Intereses” a los que se puede encontrar afecto un abogado. Desde el artículo 20 del cuerpo legal citado, el reenvío a las normas atinentes a la sección segunda, no se refieren de manera expresa a la imposibilidad de asumir representaciones contrapuestas (o “adversas”).

(v) Preguntas.

1. ¿Tiene sentido ese silencio?
2. ¿Es posible reconstruir esa imposibilidad desde las normas reenviadas?
3. ¿Es posible y necesaria reconstruir esa imposibilidad desde el contexto del NCEP, pese a la inexistencia de reenvío (desde un argumento sistemático y lógico)?
4. ¿Es coherente pensar que esa imposibilidad sea necesaria?
5. ¿Es “Derecho” o “jurídica” la forma cómo el Colegio de Abogados delibera, interpretando normas, para así llegar a la conclusión de que el abogado o abogados no tiene(n) responsabilidad para con el individuo reclamante?
6. ¿Por qué cree Ud. que esa imposibilidad, pese a ser conocida, no se insertó dentro de la regulación sobre “clientes potenciales”? (Considere que el concepto de “cliente potencial” es una creación jurisprudencial específicamente estadounidense que luego se codifica desde la ABA RULES. Es decir, uno podría “pensar” que nuestro legislador gremial, escoge un concepto, pero no recoge su regulación. La pregunta, es por qué fracciona ese intento por homologar esa reglamentación).

OPCIÓN TEÓRICA.

http://es.wikipedia.org/wiki/Sebasti%C3%A1n_Acevedo

Sebastián Acevedo muere por un por qué. Aunque uno podría intentar explicar la decisión. O uno, también, podría resistir cualquier posibilidad de racionalizar su intento. Quién se muere. ¿El hombre Sebastián Acevedo?, ¿el padre Sebastián Acevedo? ¿La madre Sebastián Acevedo? ¿Tiene sentido la pregunta? A Sebastián Acevedo, uno

podría intuir, le hizo falta su hijo. Donde “falta” adquiere una densidad de ausencia tan contradictoria pero no por eso menos real. De manera desesperada. En el estómago. Quizás, no pudo dormir. No pudo pensar en otra cosa. Imaginó mil veces a su hijo muerto. Siendo torturado. Habrá llorado. En dos días su vida cambió. O quizás, esa vida cambió cuando nació su hijo. O cuando supo que iba a ser padre. Sebastián Acevedo se pone de pie frente a un Régimen que podría haberlo aplanado. Extinguido como persona. Y lo hace. Sin mayor representación de costo. Por sobre cualquier racionalidad. Y la asimetría, desde el gesto se vuelve paradoja. No desde el poder -lo que sería una ingenuidad- o quizás, desde el poder (cuestión que vuelve a la ingenuidad un argumento fundamental). A los días de su muerte, sus hijos son puestos en libertad, y la Dictadura reconoce su detención.

El gesto de Sebastián Acevedo, y con el debido respeto que implica hablar de su persona y su decisión, a mí me parece, vuelve difusa las categorías de “valentía”, de “paternidad”, de “amor”. Las construye sobre una praxis tan violenta que resulta imposible desconocer su incidencia. Sebastián Acevedo se vuelve parámetro ¿de buen papá? ¿de buena mamá? ¿de buen hombre? ¿de buen ser humano? ¿de todas las anteriores? ¿o de ninguna de ellas?

Sebastián Acevedo inscribe en su cuerpo una petición. Es su cuerpo en llamas el que argumenta. Es lo que le falta, lo que refuerza su requerimiento. No hay palabras, ni razones. No es el Derecho ni menos la “acción” (como la posibilidad de recabar del órgano jurisdiccional...) Ese acontecer -¿que habrá durado cinco minutos?- sedimenta en sí, una forma irracional por volver cierta una petición en un contexto de brutalidad. Y lo más violento, es que esa decisión resulta eficaz. Por sobre cualquier recurso de protección y acción judicial enderezada a reestablecer el imperio del Derecho. De nuevo, en dos días sus hijos son puestos en libertad. En un contexto en el que las personas detenidas eran desaparecidas.

Una sociedad que duerme, que ve Sábados Gigantes, que ha visto el Mundial de Fútbol de España 82, que sigue los avatares de las inundaciones, en un momento y frente a un hecho aislado, individual, despierta. Y vuelve sobre sí. Pareciera, entonces, que las posibilidades constructivas sociales no sólo se encuentran afectadas por procesos de sedimentación colectivos, sino también por irrupciones irracionales. O incluso más, la posibilidad de “desparadigmatizar” el paradigma se vuelve cierta pero difusa. Cuando ante la transgresión brutal, la respuesta esperada era el miedo, o el tránsito por instituciones burocráticas que nada decían, la irracionalidad marca el sendero de lo justo. De lo Justo.

Por ejemplo, en:

<http://www.facso.uchile.cl/publicaciones/moebio/21/chernilo.htm>

Se propone que la sociedad tiene un rol regulativo. Desde distintos autores -quizás, el texto es algo sofisticado- se propone que el “deseo” social sería “social”. Que como un “todos-juntos-difuso” la sociedad avanza construyendo sus supuestos. Sin embargo, posteriormente, el texto señala:

“Se impone crecientemente el argumento de que estamos en presencia de un cambio epocal de tal magnitud que tanto la idea de sociedad como de la modernidad ya no

resultarían heurísticamente relevantes [...] son las ciencias políticas y sociales en su conjunto las que estarían asistiendo al renacer de un nuevo “cosmopolitismo”, que si bien reflejaría una preocupación real respecto de las atrocidades cometidas en nombre del Estados-nación y el nacionalismo”.

Ahora bien, en

<https://www.google.cl/#q=la+condici%C3%B3n+posmoderna+lyotard+pdf>

Se propone un discurso o una forma distinta de aprehender la realidad. Quizás, justo en sintonía con el gesto de Sebastián Acevedo. Lyotard quizás, suspendería la aserción sobre “valideces” cosmopolitas, y propondría legitimaciones sectoriales. Por sobre estas “metanarrativas”. El despliegue de Sebastián Acevedo puede ser “leído”. Y esa lectura es particular. Hay un mundo, valores, representaciones de verdad que es posible colegir de su intento y petición desesperada, y que en muchos contenidos chocan y subvierten los de la realidad “cosmopolita”.

El mundo estaría compuesto por micronarraciones no sumables. No integrables. Y el Derecho, como una institución que no sólo busca estabilizar expectativas normativas y prestacionales sino como un vehículo fundamental de integración, se volvería una herramienta ingenua, incluso violenta en su intento por integrarlas y legitimarlas.

En:

<http://fundacionpaiz.org.gt/wp-content/uploads/2013/08/Por-un-Feminismo-sin-Mujeres-CUDS.pdf> ,

el texto de Diamela Eltit: “Escuchar el dolor, oír el goce”, se nos propone algo parecido. El cuerpo y su dolor como un lugar desde el cual se sedimenta (individualmente) la realidad. La real. La que significa. Mistral amando a Dana. Mistral siendo la más Mistral posible. Mistral amando. Por sobre cualquier “Derecho”. Por el lado o bajo cualquier categoría cosmopolita. La cita a Rancière en pág. 28 del texto de Eltit resulta la clave.

¿No es acaso, entonces, el Derecho (y su intento por normativizar, normalizar e integrar) una ilusión?