

LA TRADICIONAL DIGNIDAD DE LA PROFESIÓN: ABOGADOS Y PUBLICIDAD EN CHILE.

Iñigo de la Maza Gazmuri [†]

Toda publicidad provocada directa o indirectamente por el abogado con fines de lucro en elogio de su propia situación, menoscaba la tradicional dignidad de la profesión..

Artículo 13 Código de Ética del Colegio de Abogados

Tradicionalmente el gremio de los abogados ha mantenido una relación áspera con la publicidad. Es frecuente, tanto en el caso chileno como en la experiencia comparada, que los códigos deontológicos de las asociaciones gremiales de abogados contengan prohibiciones o limitaciones severas respecto de la publicidad de los servicios de sus asociados.

En algunos casos donde la colegiatura es obligatoria estas restricciones han sido objeto de pronunciamientos de tribunales de la competencia, como en España o bien de la corte suprema, como ha sucedido en el caso estadounidense.

A diferencia de los casos anteriores, en Chile, a partir de 1981, la colegiatura no es obligatoria. Por lo mismo las reglas sobre publicidad contenidas en el Código de Ética del Colegio de Abogados¹ únicamente alcanzan a sus asociados. Aún cuando la colegiatura no resulte obligatoria, me parece que existen buenas razones para explorar el caso de los abogados y la publicidad en Chile.

En primer lugar, preguntarse las razones que justifican las severas limitaciones de la publicidad arroja luz sobre un tema que, pese a la innegable importancia histórica de los abogados en Chile, no ha sido tratado, el carácter mixto de la profesión: de una parte su función pública y el altruismo que suele aparejarse a ella y, de otra, su carácter de actividad económica y los códigos de mercado que la rigen.

En segundo lugar, si bien es cierto que la colegiatura seguirá siendo opcional, se encuentra en tramitación un proyecto de ley que establece prohibiciones para todos los abogados de publicitar sus servicios. Por otra parte, aún cuando no se aprobara el Proyecto, la situación en que se encuentran los abogados no colegiados actualmente, como se verá, tampoco parece deseable.

En tercer lugar, resulta útil advertir que las razones para prohibir o limitar severamente la publicidad no son satisfactorias en la medida que no sirven bien ni al gremio de los abogados ni a los consumidores.

En cuarto lugar, me parece que el examen del tema éste allega buenas razones para cambiar el enfoque actual sobre la publicidad desplazando el eje de la discusión desde los intereses de los abogados hacia el bienestar social. Este nuevo enfoque muestra que efectivamente existen razones para limitar la publicidad, pero éstas no son necesariamente las que allegan gremialmente los abogados.

[†] Profesor investigador, Fundación Fernando Fueyo Laneri, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales

¹ Me refiero –y así lo haré durante todo este trabajo– al Código de Ética del Colegio de Abogados de Chile A.G. que es utilizado por todos los colegios de abogados en Chile.

Finalmente, una investigación como ésta puede ser útil al momento de considerar políticas públicas respecto a la profesión legal, específicamente su regulación.

Este trabajo comienza examinando la regulación de la publicidad de los abogados en Chile, considerando la situación de los abogados colegiados y la de aquellos que no se encuentran asociados al gremio. A continuación se detiene sobre la justificación de las limitaciones a la publicidad, considerando dos posibles razones. En tercer lugar se sugiere que el actual enfoque sobre la publicidad no es socialmente deseable desde una perspectiva paretiana, toda vez que admite un tránsito a una situación que permite mejorar a algunos sin ocasionar perjuicios. Para respaldar esta afirmación se examina en qué sentido mejora la publicidad a los consumidores y porque de esta mejora no se siguen necesariamente perjuicios para los abogados. Finalmente se sugieren algunas directrices para la regulación de la publicidad.

1. Los abogados y la publicidad en Chile.

No existe evidencia empírica en Chile sobre el número de abogados que publicitan sus servicios y la forma en que lo hacen. Lo que sugiere, sin embargo, una investigación informal en la Red Internet y los diarios y la Norma Interpretativa del artículo 13 del Código de Ética del Colegio de Abogados al que luego me referiré, es que un número significativo de abogados utiliza publicidad. El objetivo de este trabajo no es allegar datos sobre esto, sino revisar críticamente la regulación de la publicidad y proponer algunas directrices para su modificación. Comienzo con lo primero.

Para examinar la regulación de la publicidad de los abogados en Chile conviene distinguir según se trate de abogados colegiados o de aquellos que no se encuentran asociados al Colegio de Abogados. Hecho eso todavía es útil revisar someramente el Proyecto cuyas disposiciones, de ser aprobado, alcanzarán a abogados colegiados y no colegiados.

A. Los abogados colegiados.

El Código de Ética Profesional del Colegio de Abogados de Chile (en adelante CE) contiene una serie de reglas que limitan a los abogados afiliados, o a aquellos que simplemente deseen regir su actividad profesional, por sus reglas la posibilidad de publicitar su actividad profesional. Las reglas son las siguientes:

Artículo 13º: Formación de clientela.

Para la formación decorosa de clientela, el abogado debe cimentar una reputación de capacidad profesional y honradez, y evitará escrupulosamente la sollicitación directa o indirecta de la clientela. Sin embargo, será permitida la publicación o el reparto de tarjetas meramente enunciativas del nombre, domicilio y especialidad.

Toda publicidad provocada directa o indirectamente por el abogado con fines de lucro en elogio de su propia situación, menoscaba la tradicional dignidad de la profesión.

Artículo 14º: Publicidad de litigios pendientes.

El abogado no podrá dar a conocer por ningún medio de publicidad escritos o informaciones sobre un litigio subjudice, salvo para rectificar cuando la justicia o la moral lo demandan. Concluido un proceso, podrá publicar los escritos y constancias de autos y comentarios en forma respetuosa y ponderada. Lo dicho

no se refiere a las informaciones o comentarios formulados con fines exclusivamente científicos en revistas profesional conocidas, los que se registrarán por los principios generales de la moral, se omitirán los nombres si la publicación puede perjudicar a una persona, como cuando se tratan cuestiones de estado civil que afectan a la honra.

Artículo 15°: Empleo de medios publicitarios para consultas.

Falta a la dignidad profesional el abogado que habitualmente evacue consultas por radio o emita opiniones sobre su firma por conducto de periódicos o cualquier otro medio de publicidad sobre casos jurídicos concretos que le sean planteados, sean o no gratuitos sus servicios.

Artículo 16°: Incitación directa o indirecta a litigar.

No está de acuerdo con la dignidad profesional el que un abogado espontáneamente ofrezca sus servicios o de opinión sobre determinado asunto con el propósito de provocar un juicio o de obtener un cliente; salvo cuando lazos de parentesco o íntima amistad lo induzcan a obrar así. El abogado que remunera o gratifica directa o indirectamente a persona de cualquier clase que esté en condiciones apropiadas para recomendarlo, obra contra la ética profesional.

De ceñirse a ellas, el abogado debía evitar escrupulosamente toda publicidad con fines de lucro (art. 13 CE), abstenerse de publicitar litigios pendientes en los que participe (art. 14 CE) o evacuar consultas por radio o emitir opiniones sobre su firma por conducto de periódicos o cualquier otro medio de publicidad sobre casos jurídicos concretos que le sean planteados, sean o no gratuitos sus servicios (art. 15 CE). Finalmente el abogado debería abstenerse de ofrecer espontáneamente sus servicios o de dar opinión sobre determinado asunto con el propósito de provocar un juicio o de obtener un cliente.

Lo anterior significa que el abogado falta a sus deberes éticos cuando publicita sus servicios con fines de lucro, con prescindencia del tipo de publicidad que utilice y del hecho que ésta sea o no engañosa, el problema no está —como suele suceder en el avisaje de bienes y servicios— en la calidad de la información que se utiliza para promocionar el servicio, sino en el hecho de promocionarlo.

La Norma Interpretativa del artículo 13.

Durante Enero de 2004 el Consejo General del Colegio de Abogados puso en su sitio web (www.abogados.cl) la siguiente norma interpretativa del artículo 13:

"El abogado o el estudio profesional del que forma parte podrá hacer publicaciones en revistas especializadas, directorios profesionales u otros medios idóneos incluyendo su página web en la red de Internet, en las que se podrá indicar su especialidad y antecedentes sucintos de su vida profesional, académica o de otros ámbitos relevantes, todo ello dentro de un marco de sobriedad y compostura propios de un servidor y colaborador de la Administración de Justicia. Todo ello deberá ser llevado a cabo en forma compatible con la dignidad y decoro de la profesión, respetando siempre la verdad como elemento esencial, y cuidando especialmente que ella no constituya una forma de solicitud directa o indirecta de clientela. Los abogados y/o estudios profesionales de abogados sólo podrán publicar la lista de sus clientes cuando cuenten con autorización de ellos."

Según la declaración que acompaña a la Norma Interpretativa, su motivación es, por una parte acoger "los usos y costumbres imperantes en el mundo actual en relación al ejercicio profesional de la abogacía, y los cambios tecnológicos" y, por otra compatibilizar los valores esenciales que busca proteger el artículo 13° con la conveniencia de regularizar las publicaciones en la actividad

profesional. Los abogados pueden darse a conocer a través de publicaciones, sin embargo, no debe promocionar sus servicios con fines de lucro a través del elogio de su propia situación².

B. Los abogados no colegiados.

En el caso de aquellos abogados que no se encuentran colegiados, no resulta claro que norma regula la publicidad de sus servicios. En principio, lo razonable sería que se aplicaran las reglas de protección al consumidor contenidas en la ley N° 19.496. Sin embargo, se ha sostenido que los servicios profesionales no se encuentran comprendidos en el ámbito de aplicación de dicho cuerpo normativo³. La razón sería que en la historia fidedigna de la ley consta que por indicación del Presidente de la República, se establecía que: "...no será aplicable el presente ordenamiento a los servicios profesionales que se presten directamente por un profesional liberal, sin mediar contratación de los mismos a través de una empresa"⁴.

C. El Proyecto de ley sobre conducta ministerial de los abogados y procuradores y tribunales competentes para conocer de sus infracciones.

En lo que interesa a estas páginas, el Proyecto mantiene la colegiatura opcional, sin embargo establece una serie de mandatos y prohibiciones bastante similares a los del CE⁵ para todos los abogados, colegiados o no.

Respecto de la publicidad, el artículo 1° contiene las siguientes prohibiciones:

- d) incitar públicamente a entablar procesos;
- e) evacuar consultas profesionales o dar consejos de la misma índole a través de medios de comunicación, aunque sea gratuitamente, sobre casos concretos planteados desde el público o por persona determinada;
- f) solicitar o captar directa o indirectamente clientes; utilizar medios publicitarios para darse a conocer, que no sean los directorios de profesionales; ofrecer servicios por medios de cartas, circulares, correos electrónicos u otras formas orales, escritas o gráficas; y encargar a terceros la obtención de clientes;
- g) opinar públicamente sobre asuntos con la intención de provocar un juicio u obtener un cliente; y comentar públicamente los asuntos que atienden;
- h) ofrecer espontáneamente servicios jurídicos para determinado asunto;
- i) beneficiar, directa o indirectamente, a una persona para ser recomendados profesionalmente por ella;

Como se advierte las normas prohibitivas son equivalentes en su rigor a las del CE, con la diferencia que al Proyecto no se le aplica la Norma Interpretativa del artículo n° 13. La trasgresión de estas prohibiciones constituyen "infracciones menores" sujetas a amonestación,

² A esta conclusión lleva un examen conjunto del artículo 13 y su norma interpretativa.

³ Así, por ejemplo, AIMONE GIBSON, E. *Derecho de protección al consumidor*. Editorial Jurídica Conosur Ltda. Santiago: 1998, p. 51

⁴ citado en *Ibid.*

⁵ Según informa el Proemio del proyecto, la mayoría de sus preceptos fueron redactados bajo la inspiración de las normas del "Código de ética profesional" del antiguo Colegio de Abogados de Chile (1948) y de los siguientes textos internacionales: el "Código común de ética profesional para los abogados de Iberoamérica", de la Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados (1984), las "Normas deontológicas de la abogacía española", de la Asamblea de decanos de colegios de abogados de España (1987).

censura y multa (art. 16 Proyecto)⁶, según lo determine el tribunal⁷ en consideración a “la gravedad del delito, la concurrencia de atenuantes o agravantes y el grado de participación en el hecho (art. 23).

En resumen, en la actualidad los abogados colegiados se encuentran sujetos a las severas restricciones establecidas por el CE, aquellos que no se encuentran afiliados, carecen de limitaciones. Si se aprueba el Proyecto, todos los abogados quedarán sujetos a un régimen similar al que actualmente vincula a los abogados colegiados.

Mi impresión es que ninguna de estas situaciones actuales es socialmente deseable. Por una parte, las restricciones impuestas a los abogados colegiados son, como mostraré más adelante, demasiado severas, de otra, en el caso de los abogados no colegiados, existen buenas razones para restringir algunos tipos de publicidad. Respecto del Proyecto, no resulta satisfactorio por las mismas razones que las reglas del CE.

En lo que sigue de este trabajo me interesa explorar en primer lugar qué razones justifican las prohibiciones impuestas a los abogados respecto de la publicidad. A continuación sugeriré por qué es preferible permitir la publicidad a prohibirla. Finalmente, me detendré en la regulación de la publicidad, señalando algunas directrices para su diseño.

2. La dignidad de la profesión: dos respuestas para la misma pregunta.

Una rápida mirada a las reglas sobre publicidad contenidas en el CE, la Norma Interpretativa y el Proyecto indica que las limitaciones a la publicidad se encuentran cercanamente vinculadas a la dignidad de la profesión. De hecho, los artículos 13, 15 y 16 del CE utilizan la expresión “dignidad de la profesión” para justificar las prohibiciones. Por su parte, la Norma Interpretativa del Artículo 13 se refiere a la “dignidad y decoro de la profesión”.

Conviene entonces intentar desentrañar qué debe entenderse por “dignidad de la profesión”. El examen de esta cuestión debería sugerir que la actividad de los abogados se encuentra constreñida por dos fuerzas distintas que es necesario considerar. De una parte existe una cercana relación entre la función de los abogados y algunos objetivos de bienestar social, de otra la

⁶ **Artículo 17.** La amonestación consiste en el reproche de la conducta, que se expresa por escrito a su responsable, sin publicidad, y que además tiene el valor de una advertencia en orden a que aquel ponga el debido cuidado en su comportamiento ministerial, que será objeto de atención en lo sucesivo.

Artículo 18. La censura es el reproche de la conducta que se expresa por escrito al responsable, con publicidad, y que además tiene el valor de una advertencia en orden a que aquel ponga el debido cuidado en su comportamiento ministerial, que será objeto de atención en lo sucesivo.

Artículo 19. La multa, que se impondrá en beneficio fiscal, podrá ser:

- a) en primer grado: de 10 unidades tributarias mensuales;
- b) en segundo grado: desde 10 unidades tributarias mensuales y un peso hasta 30 unidades tributarias mensuales; y
- c) en tercer grado: desde 30 unidades tributarias mensuales y un peso hasta 50 unidades tributarias mensuales.

⁷ El Proyecto establece en su Sección tercera tribunales de la abogacía competentes para conocer infracciones ministeriales cometidas por abogados no afiliados a alguna asociación gremial de abogados

abogacía es una actividad económica que no escapa a las reglas del mercado. Como ha sido frecuentemente señalado, las profesiones desarrollan su actividad determinadas por la tensión que produce la búsqueda del bienestar de sus miembros y la búsqueda del bienestar social.

Para responder a la pregunta acerca de la dignidad de la profesión conviene comenzar deteniéndose algunos momentos en el enfoque funcionalista de la sociología de las profesiones, específicamente en sus dos principales exponentes: Emile Durkheim y Talcott Parsons. Luego de eso resultará útil dar noticia de un enfoque diverso cuyas raíces se encuentran en la obra de Max Weber.

A. El enfoque funcionalista.

Para Durkheim las profesiones son grupos intermedios entre el Estado y los individuos cuya función es la provisión de reglas y patrones de comportamiento destinados a mantener el orden social. En este sentido el autor sostiene que:

Lo que ante todo vemos en el grupo profesional es un poder moral capaz de contener los egoísmos individuales, de mantener en el corazón de los trabajadores un sentimiento más vivo de su solidaridad común, de impedir aplicarse tan brutalmente la ley del más fuerte a las relaciones industriales y comerciales⁸.

Siguiendo a Durkheim, Parsons sostiene que lo que caracteriza a los profesionales es que su función se encuentra desinteresadamente al servicio de sus pacientes o clientes o de valores impersonales como el avance de la ciencia⁹. El gremio profesional no determinaría su gestión por el interés de sus miembros sino por la necesidad de satisfacer una necesidad social¹⁰. En el caso de los abogados Parsons sostiene que estos contribuyen a mantener el orden social vinculando los intereses privados de sus clientes al interés público, representado por la ley.¹¹ Para conseguir este objetivo, las profesiones precisan que el Estado les reconozca ciertas prerrogativas, las principales son la posibilidad de autorregularse y el monopolio sobre el ejercicio de sus actividades características. Respecto de la autorregulación, se sostiene que una de las principales características de las profesiones es el dominio de un cierto tipo de conocimiento accesible sólo a sus miembros, de allí que resulte consistente que sean los mismos cuerpos profesionales quienes diseñen las reglas de ejercicio de la profesión y vigilen su observancia. Respecto del monopolio, la explicación también descansa en el peculiar conocimiento de los profesionales, es este conocimiento el que les permite desarrollar una

⁸ DURKHEIM, E. *La división del trabajo social*. Akal Universitaria. Madrid: 1982, pp. 12

⁹ PARSONS, T. *Essays in Sociological Theory*. The free Press. Revised Edition, second printing. Illinois: 1958. p. 38

¹⁰ Aquí debe advertirse que el enfoque funcionalista no sostiene que los miembros de las profesiones sean necesariamente altruistas. Lo que se afirma en cambio es que la función que cumplen las profesiones es garantizar que se comporten correctamente (ver SIMON, W. H. "Babbit v. Brandeis: The Decline of the Professional Ideal". Stanford L. R. 568, 565-587 (1985).

¹¹ PARSONS (n.9) pp. 370-385. En el caso chileno, el CE dispone en su artículo 1° que:

El abogado debe tener presente que es un servidor de la justicia y un colaborador de su administración; y que la esencia de su deber profesional es defender empeñosamente, con estricto apego a las normas jurídicas y morales, los derechos de su cliente.

actividad socialmente útil, vinculando los intereses privados al bien común. El monopolio no se explica entonces como un privilegio de la profesión, sino como un mecanismo destinado a proteger el bienestar social.

En el caso chileno, la idea que la profesión legal desarrolla una función socialmente valiosa ha sido frecuentemente enfatizada por el Colegio de Abogados, institución que, además reclama para sí el control ético de la profesión y comprende entre sus objetivos la protección de las prerrogativas de sus miembros¹².

Así por ejemplo, respecto al valor de la función social que realizan los abogados, el presidente del Colegio de abogados afirmó en un discurso de fecha 11 de agosto de 2003 que "La función social de la abogacía, y los relevantes fines que ella persigue, determinan que no puede ser concebida sin la ética"¹³. Respecto del control ético, como resulta bien sabido, en el caso chileno, éste era desempeñado por el Colegio de Abogados hasta 1981¹⁴. Desde esa fecha la devolución del control sobre la ética del comportamiento de todos los abogados a los distintos colegios ha sido un frecuente alegato gremial¹⁵. Finalmente, en el caso de la protección de las prerrogativas de los abogados, el artículo segundo de los Estatutos del Colegio de Abogados de Chile dispone en su inciso primero que:

El Colegio de Abogados de Chile A.G." tiene por objeto promover la racionalización, desarrollo, protección, progreso, prestigio y prerrogativas de la profesión de abogado, su regular y correcto ejercicio y el bienestar de sus miembros.

De lo dicho hasta ahora es posible advertir que la idea de dignidad de la profesión se vincula estrechamente a la función social que se le adjudica a ésta. En otras palabras, solo una profesión digna puede desarrollar la intermediación entre la promoción de intereses particulares y el bienestar común. Existe un vínculo estrecho entre la dignidad de la profesión y la promoción del bien común. Las prohibiciones o limitaciones a la publicidad resultan entonces consistentes con la imagen que posee el gremio de su actividad. La razón de las limitaciones se explica porque el abogado no se considera un proveedor de servicios que opera bajo la lógica del mercado.

¹² Bajo el enfoque funcionalista la función y demandas del Colegio de Abogados se entiende desde la necesidad que la profesión discipline a sus miembros, actuando como un guardián moral que protege a la sociedad del mal uso que hagan los profesionales de sus particulares habilidades. La profesión crea además confianza en las instituciones sobre las que se estructura la sociedad, mostrándose a sí misma como una agrupación altruista (sobre esto ver ROSSI, J. & WEIGHNER, M. "An Empirical Examination of the Iowa Bar's Approach to Regulating Lawyer Advertising" (1991). Iowa Law Review 77, octubre (77 IALR 179).

¹³ Ver "Discurso del Presidente del colegio de Abogados en la Ceremonia de Entrega del Anteproyecto para el Control Ético de los Abogados". Disponible en www.abogados.cl.

¹⁴ El Decreto Ley N° 3.621 de 1981 privó al Colegio de Abogados de sus facultades jurisdiccionales sobre los abogados. Estas se mantienen actualmente solo sobre aquellos abogados que eligen colegiarse.

¹⁵ Ver "Discurso del Presidente del colegio de Abogados en la Ceremonia de Entrega del Anteproyecto para el Control Ético de los Abogados" (n.13). Con fecha 11 de agosto de 2003, el Presidente del Colegio de Abogados entregó al Ministro de Justicia un proyecto de ley sobre conducta ministerial de los abogados y procuradores y tribunales competentes para conocer de sus infracciones que crea los tribunales de las asociaciones gremiales de abogados, los cuales pueden conocer de causas que involucren a abogados que no se encuentran afiliados a los respectivos colegios (ver artículos 31 y 40 del Proyecto, disponible en www.abogados.cl).

Publicitar sus servicios los haría equivalentes a otros servicios que no poseen el mismo *pedigree*, lesionando la imagen pública de la profesión.

Otros dos argumentos que no han sido utilizados en Chile son posibles. El primero consiste en sostener que mayor publicidad significará mayor competencia y la mayor competencia determinará que la relación entre los abogados y sus clientes ya no sea orientada por los cánones éticos profesionales, sino por aquellos propios de un negocio cualquiera. En palabras de MacCauley “En vez de una ética del servicio los abogados marcharán al compás de los tambores del mercado y del autointerés”¹⁶. El argumento, sin embargo es defectuoso por dos razones. La primera es que supone que sin publicidad los abogados determinan sus funciones por elevados estándares éticos. La segunda es que de aceptarlo, simplemente supondría renunciar al mercado como asignador de recursos, algo que a estas alturas pocas personas parecen dispuestas.

El segundo indica que la publicidad aumentará las tasas de litigiosidad. Aún cuando esto puede ser correcto, el argumento desatiende que, como se verá más adelante la publicidad puede hacer más accesibles los servicios de abogados hacia aquellos grupos de menores recursos que actualmente no pueden acceder a ellos.

B. El enfoque weberiano.

El enfoque funcionalista no es la única versión posible en la sociología de las profesiones frente a la pregunta sobre la dignidad de la profesión. Un enfoque alternativo al funcionalista cuyos orígenes se encuentran en la obra de Max Weber mira las cosas desde un punto de vista distinto.

Para el enfoque weberiano las profesiones son grupos que conscientemente intentan promover el bienestar de sus miembros a través de la monopolización de ciertos mercados ocupacionales¹⁷. Desde esta perspectiva, el particular conocimiento que alegan las profesiones es considerado como un dispositivo ideológico cuyo principal objetivo es justificar prerrogativas especiales como el monopolio y la autorregulación¹⁸.

Una versión de raigambre neoliberal del enfoque weberiano considera a las profesiones como carteles que utilizan mecanismos de proteccionismo profesional para proteger sus rentas¹⁹. Dentro de estos mecanismos pueden distinguirse aquellos que actúan sobre la entrada a la profesión (vgr. las licencias) y los que actúan sobre su ejercicio (vgr. las restricciones en los honorarios, las formas de organización y la publicidad de los servicios)²⁰.

¹⁶ MACCAULEY, S. “Lawyer Advertising: Yes But...” en HAZARD, G.C. & RHODE D. L. *The Legal Profession: Responsibility and Regulation*. Foundation Press: New York: 1994, p. 397.

¹⁷ ver WEBER, M. *Economía y sociedad*. Fondo de Cultura Económica. Colombia: 1997, p. 27

¹⁸ Sobre esto puede consultarse FREIDSON, E. *Professionalism Reborn. Theory, Prophecy and Policy*. Polity Press. Cambridge: 1994 y LARSON, M. S. *The Rise of Professionalism. A Sociological Analysis*. University of California Press. Berkeley: 1977.

¹⁹ Ver, por ejemplo, POSNER, R.A. *Overcoming Law* pp. Harvard University Press. Cambridge: 1997, pp. 33-80.

²⁰ Sobre esto puede consultarse ARRUÑADA B. “Profesionales del Monopolio”, disponible en <http://www.econ.upf.es/~arrunada/esp/>. Visitado 05/01/2004; PASTOR PRIETO, S. *¡Ah de la justicia! Política Judicial y Economía*. Civitas: Madrid: 1993 y STEPHEN, F. H. y LOVE J. H. “Regulation of the Legal profession”. En

Como puede advertirse, frente a la pregunta sobre la dignidad de la profesión existen dos respuestas diversas, la primera es que ésta se vincula a la función social que está llamada a cumplir la profesión, la segunda afirma que constituye únicamente un dispositivo ideológico para proteger las prerrogativas a que las profesiones han logrado acceder. En el primer caso la justificación de las restricciones a la publicidad se encuentran en el peligro del deterioro de la imagen pública de la profesión, en el segundo se explican como dispositivos destinados a restringir la competencia interna.

3. Un argumento paretiano a favor de la publicidad.

Si resulta correcto que la profesión legal debe desarrollar una función socialmente valiosa y así lo creen quienes pertenecen al gremio de los abogados, parece razonable sostener que la dignidad de la profesión resulta valiosa en la medida que sirve al interés social. Por lo mismo, en el caso de la publicidad, la dignidad de la profesión únicamente podría ser utilizada como justificación para sus limitaciones en el caso que lesionara el interés común.

Desde la perspectiva de quienes promueven las limitaciones a la publicidad la lesión se produciría por el deterioro en la imagen pública de los abogados que acarrearía la publicidad, después todo el menoscabo en la imagen de los abogados tarde o temprano debería repercutir sobre el descrédito del sistema de justicia en su conjunto.

Aún aceptando lo anterior, me parece que existen buenas razones –si el bienestar social se considera una buena razón– para permitir que los abogados publiciten sus servicios. Para respaldar esta afirmación sostendré, de una parte, que la publicidad beneficia a los consumidores favoreciendo el aumento de la calidad de los servicios de los abogados y disminuyendo el precio de estos y, de otra, que no perjudica a los abogados deteriorando su imagen. Si esto es correcto, la situación en que se permite a los abogados publicitar sus servicios es superior Pareto respecto de aquella en que se les prohíbe, toda vez que se mejora a alguien (los consumidores) sin dañar a otros (los abogados)²¹.

Ahora bien dos precauciones son necesarias al momento de considerar el argumento paretiano. La primera tiene que ver con el potencial empeoramiento de la situación de algunos abogados y, la segunda, con la especie de publicidad que promueve la situación superior.

Respecto al empeoramiento.- Por supuesto se podría argumentar que la situación de los abogados que puedan ver disminuidas sus rentas empeorará, por lo tanto no se trataría de un superior Pareto. Ahora bien, aún cuando, en estricto rigor, esto es correcto, se trata de un argumento que los abogados simplemente no deberían utilizar. La razón de lo anterior es que la disminución de sus rentas demostraría que efectivamente existía una falla de mercado que ha sido corregida en

Encyclopedia of Law and Economics. Disponible en <http://allserv.rug.ac.be/~gdegeest/5860book.pdf>. Visitado 23/12/2003.

²¹ Como se sabe una situación (S_1) es superior Pareto a otra (S_2) en aquellos casos en que al menos un miembro del grupo prefiere S_1 a S_2 (esto es, para al menos un miembro del grupo la utilidad de S_1 es superior que la utilidad de S_2) y ningún miembro del grupo prefiere S_2 a S_1 (esto significa que para ningún miembro del grupo la utilidad de S_2 es menor a la de S_1).

beneficio público, si el gremio de los abogados posee un intenso compromiso con el bienestar social no sería razonable que promoviera el bienestar de los abogados a costa de sacrificar el social²². Dicho de otra manera, el argumento del empeoramiento no admite su exposición a la luz pública, por lo mismo queda fuera de la discusión.

Respecto de la publicidad.- No cualquier tipo de publicidad permite el argumento paretiano, bien puede ser que algunos tipos de publicidad produzcan situaciones menos deseables que la actual, pero de allí no se siguen razones para prohibir la publicidad, sino para regularla, tanto desde el gremio profesional como desde el Estado.

Advertido lo anterior, para justificar la afirmación de más arriba es necesario examinar primero en qué sentido la publicidad puede beneficiar a los consumidores. En segundo lugar resultará útil averiguar si la publicidad daña la imagen pública de los abogados. En ese orden transcurren las siguientes páginas.

4. El caso de los consumidores

A. Asimetrías de información y bienes de confianza.

Como resulta suficientemente sabido, la economía del bienestar enseña que un mercado perfectamente competitivo conduce a situaciones paretianamente óptimas —es decir aquellas en que ya no resulta posible mejorar a alguien sin perjudicar a otro—. Para que exista un mercado suficientemente competitivo deben satisfacerse algunas condiciones, a saber: (1) la existencia de una multiplicidad de proveedores cuyos servicios sean equivalentes, de manera que ninguno de ellos, considerado individualmente, pueda afectar el precio del servicio; (2) los participantes de el mercado que se trata deben poseer información perfecta sobre la calidad del bien y su precio; (3) no deben existir externalidades y (4) los servicios no deben constituir bienes públicos.

En el caso de los abogados —y, en general, respecto de los servicios profesionales— la principal falla de mercado es la información imperfecta²³. La información imperfecta se relaciona o bien con problemas de asimetrías informativas o bien con problemas de racionalidad limitada (*bounded rationality*). En el primer caso el problema es la falta de información, en el segundo la incapacidad de procesarla adecuadamente. Para efectos de este trabajo conviene detenerse únicamente en el problema de las asimetrías informativas²⁴.

²² Si los abogados argumentaran promoviendo su bienestar sobre el bienestar social, existirían buenas razones para reconsiderar, por ejemplo, el monopolio protegido estatalmente que tienen sobre la representación en juicio.

²³ Es importante advertir que el problema histórico de la escasez de abogados en Chile no constituye hoy un motivo de preocupación. Como se sabe, el número de abogados ha aumentado considerablemente durante la segunda mitad del siglo XX en Chile. Este aumento ha sido el resultado de la apertura que experimentó el sistema de educación universitaria a partir de 1981. De cinco universidades que ofrecían carreras de derecho en 1981 se ha pasado a 44 en el 2004 (ver datos Ministerio de Educación. http://www2.mineduc.cl/ed_superior/oferta_2004/busqueda_carrera.php. Visitado 20/01/2004) y 114 programas de pregrado regulares de derecho ofrecidos por universidades (ver datos del Consejo Nacional de Educación Superior. http://www.cse.cl/indices/buscador2/fr_carrera.html. Visitado 20/01/2004)

²⁴ Para bibliografía sobre el problema de la racionalidad limitada puede consultarse JOLLS C., SUNSTEIN C. & THALLER, R.: "A Behavioral Approach to Law and Economics". En SUNSTEIN, C. (ed): *Behavioral Law & Economics*. Cambridge University Press. New York: 2000, pp. 52-53.

En los mercados de profesionales existen asimetrías informativas en el sentido que quien provee el servicio posee información sobre éste que el consumidor desconoce y cuyo costo resulta prohibitivo para quien demanda el servicio²⁵. En el caso de los abogados el problema resulta especialmente complejo toda vez que, en general, sus servicios constituyen lo que se denomina “bienes de confianza”.

Un bien de confianza puede definirse como “aquel que provee un experto quien además determina las necesidades del consumidor”²⁶. A diferencia de los bienes de búsqueda (*search goods*) cuya calidad puede ser conocida con anterioridad a su consumo, o los bienes de experiencia (*experience goods*) cuya calidad se aprecia durante su consumo o con posterioridad a éste, los bienes de confianza simplemente no permiten evaluación por parte del consumidor. Los consumidores resultan incapaces de determinar, por una parte, cuánto del bien se requieren y, por otra, si el servicio entregado fue o no correcto.

El carácter de bien de confianza se explica por la complejidad del derecho, su carácter intensamente ambiguo e impredecible. Esto determina que la evaluación de la calidad de los servicios no solo resulte compleja para los consumidores, sino además para otros abogados. Por supuesto no toda la actividad de los abogados se encuentra afectada por esta complejidad, sin embargo, como advierte Hadfield:

“El proceso de resolver cualquier otro problema jurídico que no sea simplemente rutinario envuelve una multitud de efectos acumulativos que resultan de una cascada de decisiones, importantes e insignificantes – qué pruebas producir, cómo diseñar las estrategias de litigación o el contenido de los contratos, qué tono de voz adoptar en un testimonio, argumento o negociación, qué tan cooperativo o combativo ser al responder a la otra parte, qué tan rápido presionar por una decisión, cuánto gastar en investigación o en expertos, etc.”²⁷

En adición a lo anterior, como han señalado algunos comentaristas, los servicios profesionales constituyen transacciones no repetitivas y atípicas, caracterizadas por la heterogeneidad de la demanda, la intensidad en capital humano específico a la profesión y una tarea valorativa e individual²⁸.

²⁵ El estudio sobre el problema de las asimetrías informativas fue inaugurado por Akerlof a través de su artículo “The Market for 'Lemons': Quality Uncertainty and the Market Mechanism” (*Quarterly Journal of Economics*. 1970. pp. 488 y sgtes.). Allí Akerlof mostró cómo en un mercado desregulado –el de los automóviles usados– las diferencias de información entre los vendedores y compradores determinaba la existencia de un proceso de selección adversa que arrojaba los buenos productos fuera del mercado.

²⁶ HADFIELD, G. “The Price of Law: How the Market for Lawyers Distorts the Justice System”. 1999, p. 26. Disponible en http://www.law.columbia.edu/center_program/law_economics/wp_listing_1/wp_listing/151-160?exclusive=filemgr.download&file_id=64186&rtcontentdisposition=filename%3DWorking%20Paper%20No.157.pdf. Visitado 23/10/2002).

²⁷ Ver *Ibid*.

²⁸ Ver ARRUNADA, B. “La regulación de los servicios profesionales: una guía para las decisiones públicas en tiempos de cambio”. IUDEM. Documento de Trabajo 2000-6, 2000. Disponible en www.ucm.es/info/iudem/arrun.DT00-6.pdf. Visitado 02/12/2003.

Si lo anterior es correcto y los consumidores son incapaces de evaluar la calidad de los servicios prestados por un determinado abogado dos problemas pueden presentarse: selección adversa y generación excesiva de demanda.

La selección adversa se presenta aquí en aquellos casos en que los consumidores son capaces de discriminar los servicios de los abogados únicamente por las diferencias de precio entre ellos. Siendo así los abogados tendrán buenos incentivos para diferenciarse de otros cobrando precios más bajos aún cuando estos determinen una baja en la calidad de los servicios. Este movimiento empujará a los demás abogados al mismo patrón de conducta, dejando finalmente en el mercado solo a aquellos profesionales cuyos servicios son de baja calidad.

El problema de la creación excesiva de demanda es una manifestación del problema de la relación agencial (*principal-agent*). La falta de conocimientos por parte de los consumidores sobre el servicio que se les está prestando puede determinar que el proveedor les entregue servicios innecesarios que, de tener información completa, los consumidores no demandarían. Como han sugerido algunos comentaristas, el abogado, en su calidad de agente posee incentivos para recomendar a su cliente estrategias costosas que en su calidad de profesional será pagado por implementar²⁹.

Antes de dejar los problemas de los mercados con asimetrías de información conviene advertir que la opacidad del mercado no perjudica a todos los consumidores por igual. Los consumidores suelen divergir tanto en su sofisticación como en la frecuencia de su contacto con abogados. Algunos de ellos poseen el nivel de sofisticación y la frecuencia necesarios para evaluar correctamente su desempeño. Estos “jugadores repetidos” (*repeat players*), en general empresas, poseen los recursos necesarios para entender y evaluar la gestión de sus abogados y, por lo tanto, son capaces de protegerse por si mismos aún en mercados de bienes de confianza³⁰.

Advertidos ya los problemas de las asimetrías informativas conviene detenerse sobre la publicidad. Resulta más o menos evidente que la publicidad por si sola es incapaz de corregir los problemas producidos por las asimetrías informativas y que existen un conjunto de mecanismos que pueden aplicarse copulativamente³¹. Con todo –algunos tipos de publicidad al menos–, poseen la capacidad de atenuar su impacto³².

²⁹ Ver STEPHEN, F. H. & LOVE, J. H. (n. 20) pp. 989-999

³⁰ Ver WILKINS, D. B. “Who Should Regulate Lawyers” 105 Harvard Law Review 799. 1992, pp. 817-818

³¹ Así, por ejemplo, como ya se ha observado, la presencia de jugadores repetidos disminuye el problema, lo mismo sucede con la reputación de los profesionales, sus credenciales, la obligación de contratar seguros, y el control retrospectivo de honorarios entre otros. Sobre esto puede consultarse SPIGELMAN, J.J. “Are lawyers Lemons? Competition Principles and Professional Regulation”. Supreme Court of New South Wales. Disponible en www.lawlink.nsw.gov.au/sc/sc.nsf/pages/spigelman_041102 - 96k. Visitado 03/02/2004

³² En adición a la disminución de las asimetrías informativas la publicidad puede contribuir a cubrir la demanda latente de servicios jurídicos de las personas menos informadas (ver MARCOS, F. “La lucha contra las restricciones a la libre competencia en el mercado de los servicios profesionales”. Disponible en www.nebrija.com/fundacionICOnebrija/archivos/articulos/MercadoServiciosProfesionalesCompetencia.pdf. Visitado 02/02/2004.

B. La economía de la publicidad.

En aquellos casos en que la publicidad es un mecanismo eficiente para transmitir información a los consumidores, actúa disminuyendo los costos de identificación en que estos deben incurrir para localizar a un abogado. Al disminuir los costos de identificación la comparación entre los distintos proveedores de servicios resulta más sencilla para los consumidores, promoviendo la competencia entre los proveedores³³ y facilitando el acceso a servicios jurídicos a una mayor cantidad de personas³⁴. De esta manera, tanto la teoría económica como alguna evidencia empírica sugieren que la publicidad realizada por los abogados tiende a facilitar el acceso a los servicios jurídicos, estimula la competencia entre los abogados y promueve la disminución de sus honorarios³⁵.

Según la teoría económica, los efectos de la publicidad pueden afectar tanto al precio como a la calidad de los servicios.

En el caso de los precios, como ya se ha señalado, la evidencia empírica muestra que allí donde se permite la publicidad los precios promedio de los abogados son más baratos que donde se encuentra prohibida o limitada. Así, por ejemplo, algunos estudios realizados por la *Federal Trade Commission* en Estados Unidos detectaron que existían diferencias de precios significativas en servicios jurídicos determinados en diversas ciudades dependiendo de las mayores o menores restricciones a la publicidad³⁶. En el mismo sentido la Corte Suprema estadounidense ha sostenido que “es enteramente posible que la publicidad sirva para reducir, no aumentar el costo de los servicios jurídicos para los consumidores”³⁷.

Aún cuando buena parte de los servicios de los abogados tengan la calidad de bienes de confianza y, por lo mismo, dificulten la comparación, la publicidad puede resultar beneficiosa

³³ Así, por ejemplo, en el caso español, durante enero de 2000, el Tribunal de Defensa de la Competencia multó al Consejo General de la Abogacía Española a pagar treinta millones de pesetas (180.303 euros) por considerar que su reglamento de publicidad restringía la competencia entre los abogados. La multa, sin embargo, fue anulada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.

³⁴ Los *Aspirational Goals for Lawyer Advertising* de la *American Bar Association*, por ejemplo, señalan que

Si la publicidad de los abogados evita la publicidad las representaciones falsas o engañosas, o la solicitud de clientes coercitiva o engañosa, promueve el objetivo de hacer accesibles servicios jurídicos necesarios a personas que actualmente no tienen acceso a ellos (disponible en <http://abanet.org/cpr/ctl-dev/abaaspirationalgoals.html>).

³⁵ Para una revisión de la bibliografía ver *id.*, pp. 996-998 y RUBIN, P. “Information Regulation (Including Regulation of Advertising)”. *Encyclopedia of Law and Economics*. Disponible en <http://encyclo.findlaw.com/5110book.pdf>.

³⁶ Ver RUBIN (n. 35). Mas ejemplos se encuentran en STEPHEN, F. H. & LOVE, J. H. (n. 20) pp. 998

³⁷ Ver *Bates v. Sate Bar of Arizona*, 433 U.S. 350-377 (1977)

para los consumidores si les entrega información sobre los precios de los servicios y les permite compararlos.³⁸

En el caso de los efectos en la calidad la teoría económica se torna más ambigua y la evidencia empírica escasa. Respecto de la teoría, la ambigüedad proviene del hecho en que si bien, en general, la publicidad disminuye los costos de búsqueda, lo que caracteriza a la mayoría de los servicios de los abogados es que los consumidores no son capaces de evaluar la calidad del servicio aún cuando éste ya ha sido prestado. Esta opacidad crearía incentivos a proveedores de baja calidad para publicitar sus servicios³⁹.

La evidencia empírica tampoco resulta concluyente. Aún cuando, al menos en el caso de Estados Unidos, la investigación empírica muestra que la publicidad no disminuye la calidad⁴⁰, existen algunos estudios que muestran que la calidad es más baja allí donde la publicidad es permitida y otros que, en cambio, afirman que la calidad aumenta⁴¹.

Potencialmente, la publicidad resulta beneficiosa para el consumidor en la medida que le permite comparar entre los servicios de diversos proveedores, logrando la mejor relación precio-calidad. Lo anterior, según se ha observado, se dificulta en el caso de la mayoría de los servicios legales toda vez que su naturaleza de bienes de confianza dificulta la comparación. Como resulta evidente, esto no constituye un argumento en contra de la publicidad, sino un argumento a favor de la regulación de la publicidad.

Antes de examinar la regulación de la publicidad conviene, sin embargo, detenerse en el caso de los abogados frente a la publicidad. ¿Los perjudica? y si la respuesta es afirmativa ¿en qué sentido los perjudica?

4. El caso de los abogados.

De asumir que la profesión busca tutelar la corrección de sus miembros con el objeto que estos cumplan con las funciones sociales que se le han reconocido a la profesión, el argumento para prohibir o limitar severamente la publicidad ha sido el potencial deterioro de la imagen de los abogados que ésta supondría.

Para completar el argumento paretiano ofrecido más arriba es necesario sugerir que esta consecuencia no se sigue necesariamente del hecho que los abogados publiciten sus servicios. Advertido lo anterior es posible sostener todavía que al permitir la publicidad se puede estar contribuyendo a eliminar una barrera para la competencia entre los abogados que ya poseen cierta presencia en el mercado y aquellos que no.

³⁸ Ver STEPHEN, F. H. & LOVE, J. H. (n. 20) p. 997

³⁹ ver ROSSI & WEIGHNER (n.12) p. 227

⁴⁰ ver RHODE, D. H. *In the Interests of Justice. Reforming the Legal Profession*. Oxford University Press. Nueva York: 2000, p. 148.

⁴¹ Ver STEPHEN, F. H. & LOVE, J. H. (n.20) p. 998

A. El problema de la imagen.

¿Lesiona la publicidad la imagen pública de los abogados? Una posible forma de hacerse cargo del alegato a favor de la imagen de los abogados es simplemente observando que los abogados no poseen en Chile una buena imagen pública y que, por lo mismo, el alegato ha nacido muerto. Después de todo, la información disponible muestra que la imagen pública de los abogados deja que desear. Según una encuesta realizada en 1997 por la FLACSO que solicitaba una evaluación del desempeño de los abogados en la solución de los problemas de la gente, 8,1% de los encuestados respondieron que los abogados *hacen mucho*; 36,3% que *hacen algo*; 32,2%, que *hacen poco*; y 22,9% que *hacen nada*.⁴² Otro estudio del mismo año realizado entre sectores de bajo ingreso obtuvo un 78% de respuestas verdadero frente a la afirmación “Abogados son chupasangre: tramitan para sacarle más plata al cliente.”⁴³ El declive de la imagen pública de los abogados no es un problema de los noventa, de manera que su causa no es, como pudiera pensarse, el aumento en la competencia⁴⁴.

Ahora bien, todavía podría afirmarse que la publicidad podría contribuir a empeorar la imagen pública que ya tienen los abogados, justificando la percepción de su naturaleza “chupasangre”. Sin embargo, la afirmación resulta engañosa. Al menos según algunos datos disponibles no es la publicidad lo que deteriora la imagen de los abogados, sino *algunos tipos* de publicidad⁴⁵. Así, por ejemplo un estudio nacional realizado por la *American Bar Association* en Estados Unidos mostró que un cierto tipo de publicidad –*dignified advertiment*– beneficiaba tanto a los abogados que la hacían como a la imagen de la profesión⁴⁶. Lo anterior parece indicar una vez más que el *quid* de la cuestión no se encuentra en la prohibición de la publicidad, sino en su regulación. Antes de ir sobre el problema de la regulación conviene, sin embargo, examinar a quién benefician las severas limitaciones a la publicidad tal y como se encuentran actualmente.

B. ¿A quién beneficia la opacidad del mercado?

Como en el caso de los consumidores, las limitaciones para publicitar sus servicios no beneficia a todos los abogados por igual. Como ha sido ampliamente sugerido las limitaciones a la

⁴² Informe de Encuesta: Representaciones de la sociedad chilena. Vol. 2 Temas políticos. FLACSO Chile, Área Educación y Cultura. Santiago:1997, p. 70.

⁴³ En CORREA SUTIL, J. & JIMÉNEZ M.A. *Sistema Judicial y Pobreza*. Cuadernos de análisis jurídico, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, 35 serie seminarios. Santiago: 1997, p. 40.

⁴⁴ Dos estudios de los setenta muestran que la imagen pública de la profesión no era mucho mejor. De acuerdo a la primera, en un listado de quince profesiones los abogados fueron ubicados en el lugar número once (ver SCHIEFELBEIN, E. & MC GINN, N. *Universidad Contemporánea: Un Intento de Análisis Empírico*. Corporación de Promoción Universitaria. Santiago: 1974, p. 78). El otro muestra, realizado entre personas de escasos recursos encontró que la opinión de un 52,2% respecto de los abogados era negativa (ver CHEETHAM, R. *et al*, *Pobladores: del Legalismo a la Justicia Popular*. Universidad Católica de Chile, Centro Interdisciplinario de Desarrollo Urbano y Regional. Santiago: 1972, p. 100).

⁴⁵ Sobre esto ver ROSSI & WEIGHNER (n.12)

⁴⁶ Ver HAZARD, G.C. & RHODE D. L. (n.16) , p. 392

publicidad parecen cumplir una función distinta: restringir la competencia al interior de la profesión⁴⁷. Así, por ejemplo, Posner ha sugerido que la publicidad resulta más importante para quienes recién están ingresando en el mercado que para quienes ya se encuentran bien asentados en él toda vez que estos últimos ya han conseguido cierta reputación y, por lo tanto, prescindir de publicidad no los lesiona⁴⁸. La razón de lo anterior es que, como en otros mercados, al momento de elegir los consumidores utilizan su conocimiento personal, la reputación de los proveedores de servicios y la publicidad. Si el conocimiento personal del mercado es escaso y no existe publicidad la reputación es el elemento más relevante al momento de tomar la decisión.

El caso de quienes recién vienen entrando es distinto, los costos de identificarlos resultan más elevados para los potenciales consumidores toda vez que, en general, estos últimos poseen únicamente información respecto del hecho que el abogado ha obtenido un diploma de la Corte Suprema que acredita que cursó y aprobó sus estudios de derecho y su práctica judicial y, eventualmente, su pertenencia al Colegio de Abogados.

5. De la prohibición a la regulación.

A lo largo de este trabajo he advertido en varias ocasiones que el problema de la publicidad en el caso de los abogados no está en permitir o no la publicidad (confío en que a estas alturas resulte claro que debería permitirse), sino en como regular esa publicidad de manera que promueva el bienestar de los consumidores y de los abogados. Esto significa que contribuya a disminuir las asimetrías informativas que caracterizan la prestación de sus servicios sin lesionar la imagen pública de los abogados. Con todo, mi impresión es que al pensar en la publicidad de los abogados, el eje de la discusión debe desplazarse desde la dignidad de la profesión hacia la maximización del bienestar de los consumidores, incorporando a la primera solo en la medida que sea función del último.

Ahora bien, este trabajo no pretende indicar detalladamente la fisonomía que debería tener esta regulación, sus objetivos son más modestos. De lo que se trata más bien es de diseñar algunas directrices que deberían tenerse presentes al momento de pensar en la regulación de la publicidad de los servicios profesionales de los abogados.

A. La regulación de la publicidad.

La primera pregunta que corresponde hacerse es por qué es necesario regular la publicidad de los abogados, la segunda es de qué manera regularla.

¿Por qué regular?.- La respuesta a la primera pregunta se encuentra, por una parte, en los potenciales beneficios de la publicidad y, por otra, en sus eventuales riesgos. Como ya se han advertido los beneficios, es posible detenerse en los riesgos. Los problemas de la publicidad en el caso de los abogados se relacionan con el carácter de bienes de confianza de la mayoría de los servicios prestados por estos. Atendida la opacidad del mercado y el costo generalmente alto de

⁴⁷ Sobre esto puede consultarse PASTOR PRIETO, S. (n.20)

⁴⁸ ver POSNER, R. A (n.19) p. 50

dichos servicios, existen incentivos de parte de los profesionales para utilizar publicidad que no refleje la calidad del servicio⁴⁹. La publicidad falsa o engañosa no cumple ninguno de los requisitos que hace deseable la promoción pública de los servicios legales. De una parte, no contribuye a aligerar las informativas asimetrías⁵⁰ y, de otra, lesiona la imagen de los abogados

¿Cómo?.- La segunda pregunta es cómo regular la publicidad. La respuesta a esta pregunta involucra de una parte la naturaleza del instrumento regulatorio y, de otra su contenido.

Respecto al instrumento regulatorio, parece deseable que se utilice la ley de manera que las normas alcancen a todos los abogados y no únicamente a aquellos que se encuentran afiliados al Colegio de Abogados.

En el caso del contenido, mi opción, en términos generales es la aplicación de la figura de la publicidad falsa y engañosa. En segundo lugar la obligación de revelar información únicamente en términos excepcionales. En tercer lugar, en aquellos casos en que la protección de la imagen de los abogados no comprometa el bienestar social, las reglas encaminadas en este sentido deben limitarse al código deontológico de la asociación gremial. A continuación me detengo sobre esto.

La regulación de la publicidad puede funcionar a dos niveles, en el primero de ellos se trata de prohibir la información falsa o engañosa. En el segundo nivel la regulación consiste en obligar al proveedor del servicio a revelar alguna información relacionada con el precio, la identidad del servicio, su composición, cantidad o calidad⁵¹.

Publicidad falsa o engañosa.- En general suele aceptarse que cuando se publicita información verdadera, el Estado no debiera inmiscuirse⁵². Asimismo se acepta que es en el caso de los bienes de confianza donde parece más justificada la regulación de este tipo de publicidad. Lo que no resulta tan claro es qué debe entenderse por publicidad falsa o engañosa. La duda proviene del hecho que es frecuente que información que resulta falsa o engañosa para algunos consumidores puede resultar útil para otros⁵³, por lo mismo, asumiendo que el objetivo de las reglas de protección al consumidor es la maximización del bienestar de estos, es preciso algún test que pondere los costos y beneficios de limitar la publicidad. Craswell ofrece el siguiente:

⁴⁹ ver RUBIN (n.35) p. 278

⁵⁰ En el mejor de los casos desplaza a los consumidores desde la ignorancia al error

⁵¹ Ver MAKES J.A.H. & PHILIPSEN N.J "An Economic Analysis of the Regulation of Professions", p. 13. Disponible en <http://www.fdewb.unimaas.nl/eurecom/professionalregul.PDF> Visitado 05/02/2004.

⁵² Ver RUBIN (n.35) p. 272. Es posible que en el caso de los abogados aún la información verdadera lesione la imagen que tienen de si mismos; lo que me interesa sostener es que si así sucediera, no es función del Estado limitar esta publicidad, sino del gremio, y estas restricciones deberían alcanzar únicamente a aquellos abogados asociados. Vuelvo sobre esto más abajo.

⁵³ Un ejemplo puede aclarar esto, un abogado publicita en el diario sus servicios señalando que entre otros temas es un experto en quiebras y divorcios. En verdad, el abogado sabe de quiebras, pero no de divorcios. El aviso beneficia —en cuanto disminuye costos de identificación— a quienes necesiten contratar un abogado para juicios de quiebras, perjudica, sin embargo, a quienes deseen contratarlo para casos de divorcio.

Un aviso de publicidad es legalmente engañoso (*deceptive*) si y solo si deja a algunos consumidores con una creencia falsa acerca de un producto, y el aviso puede ser costo-eficientemente cambiado con el objetivo de reducir el daño resultante⁵⁴.

El test sugerido por Craswell indica que el proveedor del servicio deberá ser obligado a cambiar su aviso únicamente si el costo de cambiarlo es menor que los beneficios que produce dicho aviso. Dentro de los costos del cambio debe contabilizarse la información que se pierde para aquellos consumidores a quienes el aviso no perjudicó, sea porque no los engañó o porque requerían de otros servicios que el proveedor estaba en condiciones de dar⁵⁵.

Tanto para el caso de los abogados como respecto de los proveedores de servicios en general, un test como el sugerido para identificar la publicidad falsa o engañosa parece preferible a uno como el ofrecido por la legislación chilena centrado en el elemento subjetivo de quien produce la publicidad⁵⁶. Con todo, el elemento subjetivo puede mantenerse para el solo efecto de aplicar la sanción pecuniaria establecida por la ley.

Como fuere, lo que me interesa sugerir aquí es que, como directriz al momento de pensar en la regulación de la publicidad de los servicios profesionales, puede afirmarse que al menos debe regularse la publicidad falsa o engañosa en términos similares a los de la ley de protección al consumidor⁵⁷. Lo segundo que conviene sugerir a este respecto es que al momento de aplicar las reglas, los jueces deberían intentar aplicar un test como el sugerido por Craswell, después de todo de lo que se trata es de proteger al consumidor, no de perjudicarlo.

La obligación de revelar información.- Aún cuando la información que libere el proveedor a través de la publicidad sea verdadera puede resultar insuficiente para el consumidor, prescindiendo, por ejemplo, de los atributos negativos del servicio que pueden incidir en la decisión del consumidor. Este es un caso más complicado que el anterior por dos razones. La primera es que, al menos en teoría, es posible sostener que los proveedores poseen algunos incentivos para revelar estos atributos negativos. Rubin, por ejemplo, sostiene que de no hacerlo, los consumidores asumirán que la falta de información se explica porque el producto efectivamente posee características que disminuyen su valor económico. Si esto es correcto, aquellos proveedores que son capaces de ofrecer servicios cuyas características son superiores tendrán incentivos para publicitarlos, promoviendo un alza en la calidad media del servicio⁵⁸.

⁵⁴ Citado en RUBIN, P. "Regulation of Information and Advertising", p. 6. Disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/delivery.cfm/SSRN_ID498683_code84548.pdf?abstractid=498683. Visitado 05/02/2004.

⁵⁵ Respecto del ejemplo anterior (n.53), la utilización del test indicaría que existen buenas razones para obligar al abogado a cambiar su publicidad, toda vez que el costo directo de modificar el aviso es escaso, los clientes de las quiebras no pierden información y quienes buscan abogados para divorcios no se ven perjudicados.

⁵⁶ El inciso 1º del artículo 28 de la ley N° 19.496 dispone que "Comete infracción a las disposiciones de esta ley el que, a sabiendas o debiendo saberlo y a través de cualquier tipo de mensaje publicitario induce a error o engaño..."

⁵⁷ Aún cuando se trate de abogados independientes, el carácter de bien de confianza de los servicios del profesional, determina la existencia de asimetrías informativas –como en el caso de otros proveedores regulados por la ley- que justifican la regulación.

⁵⁸ Ver RUBIN (n.35) p. 281.

El segundo problema de una intervención más vigorosa del Estado se encuentra en la falta de “competencia institucional”⁵⁹ por parte de los cuerpos legislativos o de los tribunales. De esta manera, como ha sugerido Craswell, el riesgo es que al intervenir el mercado en busca de mayor eficiencia la regulación estatal termine ocasionando pérdidas de bienestar. La comparación adecuada no es entre un mercado que funciona imperfectamente y un sistema legal que funciona sin fallas, sino entre mercados y sistemas legales que funcionan cada uno con sus propios defectos.⁶⁰

La exigibilidad de revelar información se encuentra determinada entonces por dos factores, el primero de ellos es que el mercado no esté entregando suficiente información acerca de los servicios y, el segundo, la existencia de un órgano capaz de determinar cuál es la información que necesitan los consumidores.

La protección de la imagen más allá del bienestar social.- La intervención del Estado llega hasta este punto: publicidad veraz y suficiente. La satisfacción de estos requisitos debería ser suficiente para proteger una imagen pública de los abogados en términos que maximice el bienestar social.

Con todo es posible que las pretensiones del gremio excedan este umbral. En el excedente, el Colegio de Abogados puede utilizar su Código de Ética para promover aquella imagen pública de abogado que más se ajuste a sus preferencias. Así, por ejemplo las *Aspirational Goals* de la *American Bar Association* establecen un par de normas que refieren al “buen gusto” en la publicidad y llaman a los abogados a evitar, por ejemplo, “música inapropiadamente dramática”.⁶¹

Un caso algo más dramático se encuentra en el artículo n° 15 del CE –que pasa a ser una prohibición en el Proyecto (artículo n° 1, e)- según el cual:

⁵⁹ El término es utilizado por Craswell para referirse a “la competencia de los tribunales (o de cualquiera otra institución) para evaluar la substancia de una transacción en un esfuerzo de decidir si los términos substantivos son razonables o no.” (CRASWELL, R. “Freedom of Contract” en POSNER, E. *Chicago Lectures in Law and Economics*. Foundation Press. Nueva York: 2000, p. 96).

⁶⁰ *Id.* p.97

⁶¹ El texto original de las disposiciones es el siguiente:

3. While “dignity” and “good taste” are terms open to subjective interpretation, lawyers should consider that advertising which reflects the ideals stated in these Aspirational Goals is likely to be dignified and suitable to the profession.

6. Lawyers should consider that the use of inappropriately dramatic music, unseemly slogans, hawkish spokespersons, premium offers, slapstick routines or outlandish settings in advertising does not instill confidence in the lawyer or the legal profession and undermines the serious purpose of legal services and the judicial system.

Falta a la dignidad profesional el abogado que habitualmente evacue consultas por radio o emita opiniones sobre su firma por conducto de periódicos o cualquier otro medio de publicidad sobre casos jurídicos concretos que le sean planteados, sean o no gratuitos sus servicios.

El dramatismo de este caso proviene del hecho que la dignidad profesional colisiona directamente con objetivos de bienestar social como el mayor acceso a la justicia que permite el hecho que los abogados absuelvan en forma gratuita consultas por conducto de periódicos u otros medios de publicidad. Parece ser que allí donde se produce este enfrentamiento es más saludable optar por la promoción del bienestar social, aún cuando sea con detrimento de la tradicional dignidad de la profesión.

* * *

Actualmente la regulación de la publicidad de los abogados en Chile es diversa según si los abogados se encuentran colegiados o no. En el primer caso enfrentan severas restricciones y en el segundo carecen de limitaciones. Como he intentado advertir, ninguna de las dos alternativas es deseable. Un proyecto de ley que se encuentra en tramitación busca extender la regulación del Código de Ética a todos los abogados. En lo que interesa a este trabajo eso significaría prohibir a los abogados publicitar sus servicios.

El enfoque que subyace al Código de Ética y al Proyecto tiene como eje una cierta idea de la dignidad de la profesión que no resulta socialmente atractiva. Si la profesión reclama del Estado ciertas prerrogativas, lo razonable es que enderece la regulación de sus miembros hacia la consecución del bienestar social. La prohibición de la publicidad no parece encaminarse a este objetivo, sino a otros menos deseables como la limitación de la competencia entre sus miembros.

La prohibición de la publicidad en los términos del Código de Ética o del Proyecto carece entonces de una justificación decente. Esto no supone, por supuesto liberar al mercado a sus propias fuerzas. Una vez que se desplaza el eje de la discusión desde la promoción del bienestar de los abogados hacia la promoción del bienestar social, ceden las razones para la prohibición y surgen razones para la regulación.

La regulación de la publicidad es la tarea pendiente. A *grosso modo* la regulación debería encaminarse hacia dos objetivos, el primero de ello es aligerar las asimetrías informativas que suelen caracterizar la prestación de los servicios de los abogados y, el segundo, a tutelar una cierta imagen pública de la profesión. Según he sugerido, ambos objetivos pueden lograrse aplicando a los abogados un estatuto similar a los disponibles para la protección del consumidor.

La protección de la imagen que exceda a la protección del consumidor no es ya un problema de interés público, sino la satisfacción de una preferencia del gremio. No corresponde entonces darle el *status* de asunto público.