

LA LEY

the corpus callosum

CONFIDENTIAL

1

CONFIDENTIAL

CONFIDENTIAL

CONFIDENTIAL

CONFIDENTIAL

CONFIDENTIAL



CONFIDENTIAL

REGLAS SOBRE BUENAS PRÁCTICAS EN LA PROFESIÓN DE ABOGADO
NOTAS A PROPÓSITO DEL CÓDIGO DE ÉTICA DE 2011 DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE CHILE

ENRIQUE BARROS BOURIE
Profesor de la Universidad de Chile

I. EL DERECHO Y LA PROFESIÓN LEGAL COMO INSTITUCIONES

De muchas cosas solemos enorgullecernos vanamente. Pero sí se justifica una cierta autoestima por el estándar institucional comparativamente alto del país. Chile ha adquirido forma gracias a sus instituciones. A poco de llegar a Chile, Andrés Bello escribía a un amigo venezolano que el país era culturalmente menos de lo que se había representado, que no se podía disfrutar en Santiago de las tertulias de Caracas anterior a la revolución, pero, a cambio, se gozaba en el país de un clima de verdadera libertad y de toda la tolerancia que puede apetecerse¹.

Con todos los episodios cruentos y demás vicisitudes de por medio, en la perspectiva del tiempo, las instituciones son probablemente el más importante capital de este país. Son esa parte sumergida del iceberg en que se sustenta una parte sustantiva de nuestra esquiua identidad. Una tarea mayor es conservar ese patrimonio, que se apoya en el derecho, y que es nuestro activo cultural más significativo. Se muestra en la generalizada valoración de la ley, en la creciente conciencia frente a cualesquiera abusos de poder y, en definitiva, en que hayamos superado exitosamente las duras vicisitudes jurídicas y políticas de las décadas de 1970 y 1980.

La reflexión práctica acerca de las exigencias que nos imponen las profesiones legales, como abogados, jueces o académicos, es una necesidad

¹ A. BELLO, *Obras Completas* (R. Caldera i.a. editores), T. XXVI, Caracas: Fundación La Casa de Bello, 2ª edición, 1984, pp. 6 y ss.

correlativa al lugar que el derecho ocupa en una sociedad bien ordenada. A veces olvidamos, sin embargo, que la propia profesión legal es una institución que se muestra en una cierta manera de mirar las tareas que desempeñamos los abogados, jueces y expertos en derecho.

En circunstancias que solemos tener por correcto lo que siempre se ha hecho, aunque no soporte el juicio de la razón, es usual que los vicios en nuestra cultura profesional pasen desapercibidos. Al menos hasta que explota un escándalo, que usualmente devela una conducta que había permanecido fuera de nuestra conciencia colectiva de lo que es incorrecto. Por eso es tan importante estar atentos a nuestras prácticas, como advertía tempranamente el mismo Bello, con esa sutil determinación con que luchó por mejorar nuestras instituciones. El profesor de derecho ignorante de las raíces de su disciplina y que repite sin cesar de año en año la misma cantinela, el juez que se deja influenciar en privado por sus amigos o el abogado desleal con su cliente pueden ser tipos humanos más o menos extendidos o aceptados como un mal inevitable, según cuan laxa y cínica sea la cultura que subyace a las diferentes profesiones legales. Pero ciertamente que esas conductas no responden a los estándares de conducta que soportan la prueba de la razón.

II. LOS DESAFÍOS PRÁCTICOS DE LAS PROFESIONES LEGALES

Llegamos a la profesión luego de una decisión tomada tempranamente en nuestras vidas. Por lo general demasiado temprana. Quien de joven se interesa por el derecho, sin embargo, no suele ser indiferente frente al tipo de sociedad en que quiere vivir. La tarea del experto en derecho es discernir acerca de cómo relacionarnos de manera justa, eficiente y civilizada en la gran sociedad en que interactuamos.

El derecho facilita el discernimiento y la argumentación bien articulados. Estructura el pensamiento y abre la conciencia a los valores más importantes para la vida en común. Además, no hay destreza humana, sea cognitiva o relacional, que no tenga su lugar en las diversas profesiones legales. El derecho nos abre oportunidades de servicio al país y a las personas. El espíritu público, el trabajo bien hecho y la confianza recorren transversalmente todas las profesiones legales. En pocas actividades se entrelazan con más nitidez las exigencias cognitivas de saber y conocer, con las prácticas que llevan a discernir y actuar correctamente.

Los abogados no sólo son agentes para hacer valer los derechos, sino también, y muy esencialmente, son arquitectos de relaciones interpersonales. La profesión tiene mil caras y facetas, porque el derecho es una forma de pensar y de actuar, a la luz de la experiencia y la razón, sobre los más diversos tipos de relaciones humanas; da forma a la política y, a la vez, es el fundamento institucional que hace posible el desarrollo espontáneo de la sociedad civil y de una economía de intercambios. El derecho acoge y actualiza la experiencia acumulada de muchas generaciones.

Las exigencias de una profesión se muestran en las virtudes que ella exige desarrollar si se tiene la pretensión de desempeñarla con dignidad. En el caso del derecho, esas virtudes son muchas y muy variadas. Ejercer a un buen nivel la profesión de abogado exige la sabiduría que supone conocer y comprender reglas que hemos recibido en una transmisión cultural invaluable, que permite a cada generación conversar con la que la antecede. También nos pide fortaleza para hacer valer los derechos de quienes representamos o juzgamos; o para representar a un cliente los límites de lo lícito. Supone prudencia en el consejo y en la gestión de lo que se nos encarga; y, ante todo, ese sentido de justicia que lleva a los buenos abogados a ser agentes de concordia, pero también de lucha por la primacía de la regla general por sobre la fuerza.

Por cierto que esas virtudes del abogado no pueden ser objeto de una regulación. El perfeccionismo tiene sus límites muy evidentes en el derecho. Sin embargo, cuando se trata de definir los mínimos conductuales de la profesión es conveniente atender a que no sólo es exigente desde el punto de vista técnico legal, sino también de los estándares de conducta que rigen la actividad. El abogado está sujeto a muchas tentaciones, especialmente con los grados actuales de competitividad y creciente anomia en el ejercicio de la profesión.

Por eso, en con contraste con las virtudes que caracterizan al buen abogado, no es extraño que una mala persona sea particularmente visible en las profesiones legales. En otras actividades la dimensión moral de la persona puede ser indiferente al momento de ejercer su actividad profesional. No ocurre así en nuestro oficio. La gente pone la confianza de entregarle confidencias y bienes valiosos a su abogado. Y existen mil oportunidades en la vida profesional para defraudar esa confianza. Por eso, es tan importante

cuidar y desarrollar el capital cultural que son las buenas prácticas en la profesión.

El abogado está expuesto a las malas prácticas en cualquiera de las actividades de la profesión: como asesor, como litigante, como experto y como juez. Nuestra débil contextura humana se muestra con particular intensidad en las profesiones legales. Todos sabemos que en nuestras vidas profesionales estamos sometidos a muchos cantos de sirena. Al final de cuentas, la fortaleza de las prácticas es el único antídoto eficaz contra esas tentaciones.

Sin ir más lejos, también en la profesión académica se puede comprobar la robustez de una cultura jurídica; por ejemplo, si se acepta que académicos expresen opiniones legales en calidad de expertos, sin atender a conflictos de funciones entre el juicio de experto y de abogado, actuando con la misma falta de distancia frente a los intereses en juego que los abogados litigantes. El abogado y el juez están sujetos cotidianamente a desafíos morales aún más relevantes que los juristas académicos.

Los estándares de las profesiones legales, sin embargo, sólo pueden ser desarrollados a la luz de una mirada reflexiva de la práctica. Es utópico pensar que cada cual es capaz de discernirlos situacionalmente; es difícil juzgar con la debida independencia lo que es correcto cuando está en juego su propio beneficio. De ahí la conveniencia de que las reglas sean discernidas *ex ante*, evitándose la tarea dificultosa de dirimir una pregunta práctica bajo el prisma deformante del propio interés o de la carencia de reflexión. La experiencia muestra que en tales situaciones a veces se carece incluso de la predisposición anímica para plantearse siquiera la relevancia ética que puede tener una actuación.

III. EL ESPÍRITU DE LAS NUEVAS

REGLAS SOBRE BUENAS PRÁCTICAS PROFESIONALES

El nuevo Código de Ética Profesional de los abogados (CEP), aprobado por el Consejo del Colegio de Abogados de Chile y que entró en vigencia en agosto de 2011, tuvo por antecedente la necesidad de repensar los estándares que rigen nuestra profesión legal. Surgió de una invitación a la reflexión, como la que hizo con constancia Andrés Bello hace casi dos siglos, advirtiéndole de las malas prácticas internalizadas como correctas en su época, en

la administración de justicia, en el manejo de los asuntos públicos y en la profesión de abogado².

Las instituciones exigen de cada generación cuidado y atención. Suponen que los estándares generales se transformen progresivamente en reglas conocidas, que permitan conocer de antemano lo que se tiene por incorrecto y dejen poco espacio de discrecionalidad al juzgador. Al revés, uno de los males de las reglas desordenadas e imprecisas es entregar un poder manipulador a quienes las aplican (lo que explica a veces la resistencia de ellos mismos a transformarlas en reglas más precisas).

El antiguo CEP databa de 1948, en que fue adoptado luego de una breve discusión por el Consejo. Pero sus orígenes se remontan casi medio siglo más atrás. En efecto, su fuente directa fue el Código Uniforme de Ética Profesional, aprobado por el Comité XII de la Quinta Conferencia de la Federación Interamericana de Abogados (1947), pero ese código modelo recogía prácticamente por completo los Cánones de Ética Profesional de la *American Bar Association*, adoptados en Washington en 1908.

Si bien el Colegio, desde hace varios años, había actualizado algunas de sus normas, con interpretaciones y recomendaciones en ciertas materias, como gestión de bienes de clientes, conflictos de interés e incompatibilidades o formación de clientela, el código mantenía un carácter más aspiracional que normativo. Sus reglas estaban confundidas con declaraciones acerca de ideales de la profesión que difícilmente son objeto de adjudicación. Del mismo modo que el derecho civil, el penal o el administrativo carecerían de densidad normativa suficiente si se limitaran a ciertos principios expresados en cláusulas generales, así también las reglas que rigen el comportamiento profesional requieren de concreción para que sean orientaciones efectivas y conocidas de la conducta profesional.

Además, el antiguo código tampoco se adecuaba a las formas de ejercicio profesional y a muchos dilemas prácticos más concretos dominantes en este tiempo (como ocurre, por ejemplo, con los conflictos de intereses).

² Véanse, por ejemplo, "Observancia de la Lei", en *Araucano* de 1836, reproducido en *Obras Completas* (edición bajo la dirección del Consejo de Instrucción Pública), Tomo IX, Santiago: Pedro G. Ramírez, 1885, pp. 201 y ss.).

Por lo mismo, dejaba abiertas las preguntas sobre buenas prácticas que han ocupado a las jurisdicciones más diversas por años, creando inseguridad en cuanto a las conductas reprobables y favoreciendo la discrecionalidad excesiva de los juzgadores.

Por otra parte, en una sociedad abierta, como crecientemente ha pasado a ser la chilena, la actividad de los abogados asume naturalmente formas muy diferentes. Por eso, se dificulta sostener un *ethos* único en la profesión. Eso nos obliga a concentrarse en lo que resulta esencial y común a todas esas formas legítimas de nuestra actividad. El nuevo CEP responde al propósito de adecuar antiguos principios, trayendo a consideración nuestra propia tradición, así como los estándares comparados más reconocidos en materia de regulación profesional³. La tarea fue particularmente difícil, porque no nos contentamos con generalidades sino, dentro de lo posible, intentamos dar con las reglas que definen en concreto lo incorrecto.

La tarea más delicada fue, precisamente, discernir las reglas de buenas prácticas profesionales que fueren coherentes con ideales asentados. En esa tarea se asumió, ante todo, que los principios suelen no ser suficientes al momento de definir reglas de conducta más precisas, lo que explica que la discusión en particular de cada regla haya exigido el análisis detallado de los intereses en juego; en este trabajo se muestran las ventajas de un código que entrega normas y no meras declaraciones genéricas.

Por otro lado, por las razones antes señaladas, más que atender al modelo del abogado particularmente virtuoso, por mucho que este modelo esté siempre latente en la conciencia del gran abogado, un código profesional tiene más bien que discernir cuales conductas resultan contrarias a los deberes generales de decoro, lealtad, independencia, secreto y colaboración con la administración de justicia. Por eso, el nuevo CEP, luego de enunciar

³ Se tuvieron por la secretaría en especial consideración los siguientes ordenamientos: *Código Deontológico de la Abogacía Española*, de 2000; *Model Rules of Professional Conduct* de la American Bar Association (actualizadas en 2009); *Solicitors Code of Conduct* del Reino Unido de 2007; *Règlement Interieur National de la profession d'avocat* francés de 2004; la ley alemana sobre la profesión de abogado (*Bundesrechtsanwaltsordnung*), complementada por las reglas profesionales de la asociación de colegios de abogados alemanes (*Berufsregeln für Rechtsanwälte*); *Code of Conduct for European Lawyers*, aprobado por el Council of Bar and Law Societies of Europe en 1988 (última reforma en 2006); *Proyecto de Código de Ética y Responsabilidad Profesional en Derecho*, preparado por una comisión de abogados peruanos, 2008.

los principios generales en el Título Preliminar, atiende a prevenir las malas prácticas, las conductas que en concreto resultan contradictorias con esas directivas. Más que definir un modelo ideal de abogado, la tarea más relevante ha sido la mucho más ingrata de definir aquello que resulta incompatible con un ejercicio digno y legítimo de la profesión.

De hecho el espíritu del nuevo CEP responde mejor a la idea de un código de buenas prácticas que a la semánticamente más pretenciosa de un código de ética. Por su naturaleza, la ética supone un hábito en el ejercicio de la virtud. Por eso, escapa a cualquier regulación. Se decidió por razones históricas conservar la antigua denominación de CEP, pero, siguiendo una tendencia comparada muy razonable, se asumió la tarea de definir reglas tan precisas como resultara posible y que limitaran su objetivo a establecer los deberes inexcusables asociados a la profesión.

IV. LA DIGNIDAD DE LA PROFESIÓN DE ABOGADO SE EXPRESA EN DEBERES DE BUENAS PRÁCTICAS

Como he intentado mostrar, ninguna profesión plantea tan intensos requerimientos de integridad. A su vez el modelo tradicional de la relación personal con el cliente, que se funda en el conocimiento personal y en el control social inmediato se mantiene en todos los niveles del ejercicio profesional, pero ha dejado de ser la manera universal de ejercer la profesión. Dificilmente puede mantenerse ese tipo de relación en una sociedad más próspera y masificada. Más allá de los complejos vínculos profesionales de los estudios con empresas o de los encargos asociados a relaciones basadas en el conocimiento personal o en capacidades específicas del abogado, el cliente ha pasado a ser en cierto sentido un consumidor de servicios.

Este nuevo tipo de relación plantea desafíos de lealtad al profesional, que tienen por antecedente la desigual capacidad de negociación y de conocimientos, como ocurre en general en los contratos de expertos con consumidores. Las relaciones que no se basan en el conocimiento personal o en referencias de conocidos suponen que el abogado informe lealmente acerca de sus especialidades y experiencia.

En definitiva, la profesión ya no se basa en un modelo único de relación, como antiguamente se asumía, sino en un *ethos* profesional más difuso,

pero igualmente compartido. En ese espíritu, el nuevo CEP autoriza al abogado a informar honesta y verazmente acerca sus servicios profesionales, pero al mismo tiempo define precisamente lo que le está prohibido en un afán excedido de publicidad, incluyendo el resguardo de los deberes de confidencialidad con los clientes (artículo 12). Por el contrario, se prohíbe la sollicitación, siguiendo una antigua regla, que evita que el abogado se ponga en una situación de poder o influencia injusta o desmedida frente a quien está necesitado de asesoría legal (artículo 13).

A pesar de su orientación práctica, en el trasfondo de las reglas del CEP subyace un *ethos* profesional, que debe ser cuidado y conservado y que es típico de una actividad que no sólo cumple una función privada, sino también pública. En el ámbito público el código concibe al abogado como un leal colaborador de la administración de justicia, cuidadoso del predominio del derecho; en el privado, atiende a las particularidades de una relación profesional de naturaleza particularmente fiduciaria.

Sin pretensión alguna de exhaustividad, en los párrafos que siguen haré referencia a la forma como el CEP concretiza en reglas los principios que definen una correcta práctica profesional.

1. El lugar del abogado en la sociedad

Se asume en el nuevo código que al abogado corresponde una tarea importante en la cautela del estado de derecho (CEP, artículo 2º). Por cierto que el abogado se debe a su cliente, pero también es instrumento de una correcta administración de justicia y de la protección de los derechos y libertades de las personas.

Por eso, en el ejercicio de una actividad profesional, el abogado tiene deberes con su mandante, con los jueces y funcionarios, con la sociedad en su conjunto y también con su profesión. El abogado debe contribuir a acrecentar la confianza en el derecho y en la administración de justicia, de la que es un colaborador y servidor (artículo 2º). Por un lado, el abogado debe cuidar el honor y dignidad de la profesión, porque su actuación ilícita no sólo afecta su propia honra sino también la función social de la profesión y, reflejamente, el nombre de sus colegas (artículo 1º).

En sus actuaciones procesales el abogado tiene deberes de apoyo a la función de la magistratura y de deferencia con su completa independencia (artículo 93). Diversas normas precisan el deber de lealtad en la litigación, de modo de evitar cualquiera actuación que ponga en riesgo la independencia judicial, así como el principio de respeto a las reglas de procedimiento y a la corrección en la argumentación (artículos 95 a 98). Estas normas procuran que el juego sea limpio, sin ventajas indebidas y con plena lealtad a la correcta administración de justicia. Dentro de ese marco, el abogado tiene el deber de defender empeñosamente a su cliente (artículo 99), con pleno respeto a su ámbito privativo de decisiones (artículo 100).

Esa dignidad de la profesión también se expresa en deberes de consideración entre abogados. Precisando y complementando antiguas reglas, el CEP establece deberes de respeto a la palabra empeñada, por ejemplo, en materia de actuaciones judiciales, y de consideración y respeto por los demás abogados, especialmente en casos de sustitución en un encargo profesional y de provisión de información confidencial de un abogado a otro (Sección Cuarta, Título I, artículos 106 y ss.).

2. Libertad del abogado

El CEP asume que la libertad del cliente y del abogado para relacionarse entre sí es condición para la vigencia del derecho. La libre relación del abogado con su representado es en cierto sentido un supuesto de todas las demás prerrogativas profesionales. El CEP asume este principio como directiva fundamental, que se revela tanto respecto del poder público, como en la relación con el cliente.

En el primer sentido, la libertad del abogado es un bien muy crítico en momentos en que está amenazado el estado de derecho. Así, el Colegio de Abogados instituyó una tradición de cautela de la libertad del abogado para relacionarse con su representado cuando en octubre y diciembre de 1973 hizo presente a la autoridad política y militar las prerrogativas de libertad y de plena información que debían reconocerse al abogado en la defensa de sus representados⁴.

⁴ Comunicaciones de 24 de octubre y 5 de diciembre de 1973, dirigidas por el Presidente del Colegio de Abogados, don Alejandro Silva Bascuñán, al Ministro de Justicia y a los audi-

En el segundo sentido, la libertad se expresa en la relación privada entre el cliente y el abogado. Se muestra, ante todo, en la potestad para aceptar o rechazar un asunto, salvo deber legal de aceptarlo (artículo 14). Por la misma razón, también la defensoría que se presta con ayuda del Estado debiere propender a que quien carece de recursos para su defensa sea al menos oído acerca de sus preferencias de defensa. Todo cuanto se haga para que el defendido o representado tenga una relación personal con el abogado responde a una lógica que subyace a todo el código y se relaciona con el carácter fiduciario que debiere caracterizar desde su origen la relación.

En circunstancias que la libertad y confianza son fundamentales en la relación entre el abogado y su cliente, la terminación está sujeta a las reglas del mandato, que el CEP precisa y desarrolla (artículos 19 y 20).

3. Independencia del abogado

La independencia del abogado es un antiguo ideal profesional, que se asocia al carácter liberal de la profesión. Además, cruza transversalmente muchos de los deberes más fundamentales del abogado.

Ante todo, el abogado es un *órgano independiente de la administración de justicia* (CEP 1948, artículos 1° y 25; CEP 2011, artículos 2° y 93). La independencia se muestra respecto del Estado y de los propios tribunales, que no pueden impedir ni dificultar al abogado su actuación de defensa y representación; de lo contrario se desnaturaliza la función social más elemental de la profesión. El abogado debe respeto a la investidura de los jueces y funcionarios, pero no podría cumplir sus deberes para con el cliente si la consideración deviniera en sumisión.

Pero la independencia atiende también a la *relación con el cliente* (artículo 6°). Es un antiguo y valioso principio profesional que el abogado debe ser capaz de dar al cliente una opinión imparcial, lo que por cierto requiere de su parte algún grado de fortaleza. En este sentido, la independencia y la libertad del abogado se muestra ante propio el cliente (artículo 6°).

tores militares que estaban a cargo de juicios sustanciados bajo un declarado estado de guerra, respectivamente, solicitando libertad de comunicación con los defendidos y plena información acerca de los cargos que les son formulados

Esta independencia es también un *límite a la potestad del mandante para dar instrucciones*: si bien es el mandante quien define el encargo, si las instrucciones, en opinión del abogado, fueren perjudiciales a los intereses del cliente o contrarias a la ética, debe representárselo o poner término a la relación profesional (artículo 29); por lo mismo, no es excusa para los ilícitos que cometa el abogado haber recibido instrucciones de su cliente (artículo 25 III).

La independencia no sólo se requiere en la actuación del abogado en tribunales o ante autoridades públicas, sino también en la asesoría privada, porque asegura que las personas se relacionen entre sí con completa información acerca del derecho aplicable. Incluso el abogado corporativo o funcionario sólo puede desempeñar fielmente su rol, a pesar de sus dependencias, si da una opinión con la libertad e independencia que requiere la profesión.

4. Deberes de lealtad

El abogado presta el servicio profesional más profundamente fundado en la confianza. De esta *relación fiduciaria* nacen deberes y derechos calificados en la profesión. Los deberes de lealtad son correlativos a la naturaleza personal y fiduciaria de la relación del abogado con su cliente (artículo 23).

Por eso, la lealtad es el más amplio de los deberes profesionales; de hecho, a su luz pueden entenderse muchos otros deberes. El CEP desarrolla en un párrafo especial los deberes que se siguen de la relación fiduciaria del abogado (Sección Primera, Título III, § 1). Sin embargo, otras secciones y disposiciones que responden al mismo principio, especialmente las referidas a conflictos de intereses (Sección Segunda) y a los deberes de confidencialidad y de secreto profesional (Sección Primera, Título IV).

La lealtad exige *no anteponer ningún otro interés* al del cliente, respetando, asimismo, su *autonomía*, sin otros límites que la ley y las reglas del CEP (artículo 3°). El compromiso con el interés del cliente es tal que el abogado no debe posponerlo incluso si el cumplimiento de su deber de servicio amenaza crearle antipatía o impopularidad (artículo 26).

El deber de lealtad también se muestra en la *destreza y diligencia* que el abogado debe aplicar al encargo. El abogado tiene un deber de correcto

servicio profesional de acuerdo con los estándares del arte profesional (artículo 4°). Esta exigencia supone que el abogado ponga el empeño debido en la ejecución del encargo y que no asuma tareas que superen sus destrezas profesionales. Por eso, ya al *aceptar* el encargo, el abogado debe ser leal con el cliente, porque no puede asumir responsabilidades para las que carece de los conocimientos o capacidades requeridas (artículo 25).

Por cierto que la lealtad es debida también al momento de la *terminación* de la relación profesional, donde, como se ha referido, el CEP más bien complementa las antiguas normas legales sobre la terminación del mandato por renuncia del mandatario (artículos 18 s.).

La lealtad también se expresa en la *consideración de que el cliente es señor de sus intereses*. Por eso, el CEP establece los deberes de respetar la autonomía del cliente (artículo 3°) y de seguir sus instrucciones, sin perjuicio de lo dicho respecto de la independencia del abogado (artículo 29); de respetar la relación personal que debe mantener con el cliente (artículo 23); de mantenerlo informado (artículo 28), entre otros.

El más delicado de los aspectos de la lealtad es la *ausencia de conflictos de funciones o de intereses*. En este respecto, el deber general de lealtad está regulado en una sección especial, porque plantea algunos de los problemas más dificultosos del ejercicio de la profesión en nuestra época (CEP, Sección Segunda, artículos 65 y ss.; *infra* § IV 5 siguiente).

La lealtad con el cliente se muestra finalmente en relación a la negociación de *honorarios* y la estimación de gastos, que debe ser abierta, oportuna y honesta (artículos 33 y ss.), así como en el *manejo de bienes* recibidos del o para el cliente y de los *documentos* entregados por el cliente o elaborados en cumplimiento del encargo (artículos 39 y ss.). El nuevo código procura dar reglas claras y probadas en la experiencia chilena y comparada, en estas materias que provocan una proporción muy importante de los reclamos éticos que se formulan ante el Colegio de Abogados.

Los deberes de lealtad sólo se contraen respecto del *cliente*, entendiéndose por tal quien ha convenido una relación profesional (artículo 15). A estos efectos, la relación profesional se constituye de acuerdo con las reglas generales de perfeccionamiento de un contrato de servicios (que el CEP

explicita en el artículo 17). En consecuencia, no se tienen deberes generales de lealtad respecto de quien es puramente un *cliente prospectivo o potencial*, sin perjuicio de que ciertos deberes específicos resulten aplicables a esta relación precontractual. En la materia se debe ser especialmente cuidadoso. Por un lado, existe el riesgo de que quien se presenta como un eventual cliente sólo busque inhabilitar a algún abogado o a un estudio; o se trate de un *beauty contest*, como ha pasado a ser frecuente en la contratación de servicios profesionales. En contraste, sin embargo, es necesario reconocer que el abogado, aun en tales circunstancias, tiene ciertos deberes precontractuales de lealtad (artículo 20). Es una materia en que conviene refinar la práctica de negociación con los clientes prospectivos. En todo caso, la jurisprudencia de los tribunales de ética resultará importante para dirimir en concreto el conflicto entre esos dos intereses en juego.

5. Conflictos de intereses

La principal amenaza de los deberes de independencia y de lealtad proviene de que el abogado esté prisionero o seriamente afectado por *conflictos de intereses*. Así se explica que muchas de las innovaciones más importantes del nuevo CEP sean las reglas de aplicación del principio de omisión preventiva, continua y correctiva de representación de intereses contrapuestos, sean propios o de otro cliente. En casos de seria amenaza de la independencia o de los deberes de lealtad con algún cliente, el CEP incluso establece deberes fuertes de prevención (artículos 65, 72).

Sin perjuicio de las reglas siguientes, que rigen ciertas situaciones específicas, el CEP establece como norma general que existe un conflicto de intereses “toda vez que la intervención profesional en un asunto resulta directamente adversa a otro cliente; o cuando existe un riesgo sustancial de que el cumplimiento de los deberes de lealtad o independencia del abogado se vean afectados por su interés personal, o por sus deberes hacia otro cliente actual o anterior, o hacia terceros” (artículo 73). El criterio determinante es el *riesgo* serio de conflicto de intereses; no es necesario que éste se haya materializado. La amenaza seria de conflicto con los intereses del propio abogado o con los de otro cliente desencadena los deberes de prevención correlativos.

(a) *Conflictos con el interés propio del abogado*. Los conflictos de interés del propio abogado pueden referirse a sus *intereses económicos* relevantes.

Desde luego que el abogado no puede tener intereses que se encuentren en colisión con los de su cliente. Es la forma más típica y directa de in conflicto de interés. Pero también el abogado está limitado para adquirir un interés pecuniario en el litigio (artículo 74); para adquirir bienes o aprovechar oportunidades de negocios que sobrevengan en razón del asunto litigioso en que ha participado (artículo 75); para adquirir un interés adverso o coincidente con el cliente (artículos 77 y 78). Las reglas se extienden a personas relacionadas con el abogado, en cuyo caso el abogado es el destinatario del respectivo deber de diligencia (artículo 79).

El nuevo código es riguroso en materia de conflictos de interés del propio abogado, porque difícilmente el abogado puede ser independiente y, desde luego, que se ve amenazado su deber de lealtad, si de cualquier manera tiene otros intereses en el asunto que sean distintos a cautelar los intereses de su cliente. Sólo en el marco de un pacto autorizado de *quota litis*, en los términos en que es autorizado por el CEP, el abogado puede tener un interés en el pleito o asunto (artículos 36 y 74).

Los conflictos del propio abogado con los intereses del cliente pueden tener también *fundamento extrapatrimonial*, como ocurre si el abogado no concuerda con la opinión que debe sustentar en el pleito y de ello se puede seguir daño para el cliente. Es el caso si ha emitido públicamente opinión contradictoria con esos intereses o si el asunto encomendado resulta contrario a sus convicciones personales de una manera tal que dificulten una buena defensa (artículos 79 y 80).

(b) *Conflictos con el interés de otro cliente.* El CEP se pone en tres momentos para juzgar los conflictos de interés entre dos clientes: en primer lugar, no puede aceptar un encargo si supone conflicto con el interés de un cliente actual; en segundo lugar, debe evitar un conflicto de intereses con un cliente anterior; finalmente, debe manejar correctamente cualquier conflicto de interés sobreviniente.

Antes de *aceptar el encargo*, el abogado tiene el deber de analizar si éste *amenaza un conflicto de deberes con otro cliente*, esto es, si la ejecución del nuevo encargo pone en riesgo el cumplimiento de otros deberes profesionales (artículo 22, primera sentencia); aunque la regla del artículo 22 no lo diga expresamente, se debe entender que para que haya lugar a la inhabilidad el riesgo de conflicto de intereses debe tener alguna seriedad,

esto es, alguna probabilidad razonablemente alta de ocurrir. Los conflictos meramente posibles son incontrolables, en especial cuando se trata de clientes que tienen operaciones complejas y en permanente desarrollo. Por cierto que el abogado no puede convenir la intervención en un asunto en que deba representar intereses derechamente incompatibles con los del abogado o del estudio profesional (artículo 83).

Siguiendo un principio análogo al del cliente que amenaza un conflicto de intereses al momento de convenir el encargo, si *durante la vigencia del encargo* surgiera un riesgo serio de conflicto de interés con otro cliente, el abogado debe renunciar a ese encargo (artículo 22, última sentencia). La regla se pone en una situación de *riesgo* de conflicto de intereses, de modo que no se plantea un problema de concurso de normas con la que regula el *surgimiento efectivo* de tal conflicto durante la vigencia del encargo. En este caso, el abogado debe comunicar el conflicto y cesar en la prestación de servicios a todos los clientes; esto es, no debe ser desleal con ninguno de ellos, a menos que todos estén de acuerdo liberarlo; o que todos ellos le soliciten su participación como mediador o en la preparación de documentos contractuales (artículo 86).

Después de *terminada la relación profesional* no existe, en principio, conflicto posible de intereses. Sin embargo, existe el riesgo de que se vea afectada la confidencialidad, en la medida que información proveniente del primer cliente sea utilizada en interés del segundo. En tal situación, no puede el abogado intervenir si los intereses del antiguo y nuevo cliente son contradictorios y, además, existe el riesgo de que la confidencialidad sea infringida, sea por revelación, sea por utilización en beneficio del nuevo cliente (artículo 85). La inhabilidad está determinada, en consecuencia, por la concurrencia de dos requisitos: intereses contradictorios y riesgo a la confidencialidad.

En todo caso, el conflicto de intereses puede ser dispensado por el consentimiento informado y por escrito del cliente (artículos 90 y 78). En la materia existe una diferencia con los conflictos de funciones, que no son dispensables, porque no afectan sólo el interés particular, sino también otros bienes de interés general (artículo 91).

6. Conflictos de funciones

(a) *Conflictos de funciones en sentido estricto.* Los *conflictos de funciones* son diferentes a los conflictos de interés. Tienen que ver con los roles que el

abogado desempeña, además de su profesión. En nuestro lenguaje común el problema se expresa crudamente en que "nadie puede ser juez y parte" en un asunto. Pero se extiende, al menos como riesgo a otras funciones, distintas de la juzgar.

Aunque el principio en juego es generalmente la independencia del abogado, los conflictos de funciones pueden también alcanzar otros principios (artículo 65). El CEP regula como conflictivas con el oficio de abogado las funciones de parlamentario, de juez o mediador y de funcionario público.

Respecto del abogado *parlamentario*, el código inhibe su actuación como abogado patrocinante en cualesquiera causas (incluyendo las de interés público), en atención a la influencia indebida que puede tener en el juzgador; asimismo, el parlamentario no puede actuar como asesor o representante de clientes o como árbitro. Suavizando un criterio anterior del Consejo, se autoriza al parlamentario la participación pasiva en un estudio; sin embargo, para neutralizar el conflicto de funciones se dispone el deber de abstención respecto de asuntos que puedan tener un efecto directo en un cliente del estudio (artículo 66).

Con mayor razón, es radical la regulación del conflicto de funciones del abogado con las de *juez o mediador*, incluyendo abogados integrantes; las restricciones se extienden a relaciones de familia, íntima amistad o de servicios profesionales que el abogado haya prestado al juez o su familia (artículos 67 s.).

Respecto de los *funcionarios públicos*, se establece la prohibición, mientras están en funciones y en la medida que éstas sean compatibles con el ejercicio profesional, de participar en asuntos que puedan ser informados, analizados o resueltos por la respectiva entidad (artículo 69); y luego que ha abandonado esas funciones, la prohibición comprende los asuntos que haya conocido o resuelto mientras las ejercía. Asimismo, se establecen plazos para que pueda patrocinar o representar intereses coincidentes o concordantes con los del mismo organismo público, aunque no hayan sido de su conocimiento (artículo 70). A la inversa, el abogado que se incorpora a la administración pública no puede participar en asuntos de los que haya conocido como abogado (artículo 71).

Se podrá comprobar que el código no establece trabas excesivas para los abogados que han sido funcionarios públicos. Más bien se establecen resguardos absolutos respecto de asuntos que haya conocido en una función y temporales para litigar por o contra la entidad pública en que se desempeñaba. Pero se favorece el tránsito de la función pública a la privada. Incluso, el antiguo funcionario que se integra como abogado a un estudio, no extiende su inhabilidad personal al estudio, lo que se entiende como una facilidad para su reincorporación a la vida profesional (artículo 69; *infra* § III 8).

(b) *Funciones del abogado que merecen especial regulación: directores, auditores, funciones públicas, árbitros.* Aunque usualmente los conflictos de funciones atienden a la amenaza de independencia del abogado, también pueden suscitar otros problemas prácticos. Así, en la discusión del código se trataron los estándares que deben regir en diversos *roles* que pueden concurrir con los de la profesión: abogado-auditor (artículo 117), abogado-director (artículo 118), abogado-representante del interés general de la ciudadanía (artículo 119) y abogados que se desempeñan como árbitros (artículo 120).

Desde luego que el CEP no puede regular positivamente los deberes que corresponden a los *abogados que desempeñan funciones públicas*, en las cuales actúan en su calidad profesional de abogados (como es el caso de los fiscales Ministerio Público, de los defensores públicos o de quienes ejercen cualesquiera funciones de control). Se trata de tareas definidas por la ley y los responsables actúan en el marco de deberes y responsabilidades de los respectivos estatutos aplicables. Sin embargo, el CEP asume que si es tarea de un código de buenas prácticas profesionales que el abogado que ejerce tales funciones lo haga de buena fe, con imparcialidad y deferencia, respetando los derechos de defensa y, en general, de una manera que no resulte abusiva (artículo 119).

Aunque las funciones de *directores* y *auditores* también fueron analizadas desde la perspectiva de eventuales conflictos de funciones, en definitiva, se definieron reglas que norman la conducta del abogado o firma que además desarrolla esos roles. Estas fueron materias que provocaron discusiones intensas en el grupo de trabajo y en el Consejo, pues también hubo opiniones para establecer la incompatibilidad de funciones.

El concurso de deberes del *abogado director de una sociedad* reside en la independencia exigida como abogado de la sociedad y su deber como director de actuar siempre en interés de la compañía (artículo 117; Ley N° 18.046, sobre Sociedades Anónimas, artículo 39). Se estimó que el abogado, en tal caso, debe dar la opinión legal con plena observancia de sus deberes como abogado y, si fuere el caso, solicitar una opinión legal externa. También se plantearon dificultades respecto del abogado del controlador que es designado director; en este caso todo indica que el conflicto es menor, porque su función de abogado difícilmente concurrirá con la que le corresponde como director, en que debe actuar en interés de la compañía y no de algunos de sus accionistas, sin que ello signifique infracción alguna a sus deberes como abogado (*idem*).

En todo caso, dos normas de clausura rigen respecto de los abogados directores. Ante todo, el abogado debe siempre cumplir con sus deberes profesionales, sin que sea excusa el ejercicio de su función de director; en el momento en que surge un conflicto irremontable debe realizar las acciones conducentes a ponerle término, procurando no afectar los intereses de la compañía en que cumple las funciones de director y de abogado. Enseguida, ante cualquier conflicto de intereses con otro cliente o de funciones, el abogado debe impetrar los medios razonables para ponerle término a la función que amenaza el debido cumplimiento de sus deberes profesionales.

Respecto de los *abogados que prestan servicios en empresas de auditoría*, se plantean en el CEP dos cuestiones diferentes. En primer lugar, el abogado no puede participar en la auditoría de sus propios servicios profesionales, a cuyo efecto se establece como condición que las empresas que prestan ambos servicios mantengan funcional y personalmente separadas sus funciones de asesoría profesional y de auditoría. En segundo lugar, el abogado no puede revelar información a efectos cumplir la función de auditoría, sino con autorización del cliente, sin que jamás se presuma ese consentimiento; en la materia los abogados que trabajan en empresas de auditoría están sujetos a un deber acentuado de confidencialidad (artículo 117).

Tanto en el caso de los directores como de las empresas de auditoría *se ha preferido regular que prohibir*. En el caso de los directores, se ha estimado que el abogado de la empresa puede agregar valor al discernimiento de las decisiones, con la reserva de que siempre deberá mantener en su

juicio la independencia que le exige la opinión profesional. En el caso de los auditores, se plantea, además, el riesgo de que la contratación de asesorías por la empresa que auditan reduzca la independencia en su función como auditores; sin embargo, este es un riesgo que pertenece al mercado de valores, y en ningún caso a la profesión de abogados, por lo que se ha estimado que hay que atenerse a lo que la ley y la autoridad administrativas establezcan como medidas de prevención.

En la actividad profesional la dualidad de roles de las empresas de auditoría tiene el riesgo de que esas firmas cautiven a sus clientes, prestándoles servicios profesionales en una situación competitiva ilegítimamente ventajosa; aunque serio, este riesgo tampoco pertenece al ámbito de un código de ética profesional, sino más bien de las reglas sobre libre competencia y, eventualmente, de competencia desleal. Por el contrario, se estimó que dirimir ese problema en el código profesional podía ser entendido como una limitación injustificada de la competencia.

En lo que respecta al ejercicio de la *función arbitral*, el CEP se limita a precaver la situación abusiva que se puede producir si el árbitro propone a las partes honorarios desproporcionados en un momento en que para las partes resulta imposible o dificultosa su sustitución como árbitro. Por eso, se establece un deber de prudencia en la fijación de honorarios. Al mismo tiempo, se estiman razonables los honorarios que se ajusten a los estándares establecidos por entidades respetables de arbitraje nacional o internacional (artículo 120).

El CEP no emprende la tarea de establecer otras reglas de *buenas prácticas en el arbitraje*. La informalidad con que suele desarrollarse el arbitraje no necesariamente es deseable (a menos que así lo convengan las partes). En la materia se han hecho progresos en muchas jurisdicciones⁵, y todo indica que es una tarea pendiente establecer reglas de buenas prácticas acerca de la manera de conducir un proceso arbitral. Pero esta tarea supone la tarea del Colegio de Abogados y de las instituciones arbitrales de discernir un ordenamiento especial de buenas prácticas arbitrales.

⁵ Véanse, por ejemplo, *The Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes*, aprobado por la American Bar Association en 2004, cuyo antecedente es un trabajo de 1977 con la American Arbitration Association: http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/dispute/commercial_disputes.authcheckdam.pdf.

7. *Confidencialidad y secreto*

La *confidencialidad* y el *secreto* constituyen prerrogativas y deberes básicos para que el abogado pueda cumplir sus funciones de asesoría y defensa. Responden dos cuestiones cruciales en la relación del cliente con su abogado. La más estricta confidencialidad es la columna que sustenta la relación de confianza con el abogado. Al deber de confidencialidad que el abogado tiene respecto del cliente corresponde la doble dimensión de privilegio y de deber que tiene el secreto profesional (artículo 7°).

La *confidencialidad* asegura que la asesoría y defensa legal no esté amenazada por la publicidad de lo que el cliente confía al abogado; es condición para que el abogado reciba información que le permitirá el consejo y la representación de intereses ajenos. La confidencialidad tiene por antecedente y expresa la relación intensamente fiduciaria entre el abogado y su cliente (artículo 46).

El deber de confidencialidad es indefinido, esto es, se prolonga más allá de la vigencia de la relación profesional (artículo 47), y condiciona de tal manera el ejercicio de la función de abogado que subordina cualquier otro deber (artículo 49). El nuevo código es tan cuidadoso en la materia que el abogado no está obligado a revelar información confidencial incluso si cuenta con el consentimiento expreso del cliente (artículo 51); la norma se justifica por el derecho que tiene el abogado de apreciar en conciencia las circunstancias de esa autorización.

Sólo muy excepcionalmente puede el abogado revelar información confidencial, en circunstancias precisamente definidas por el CEP; sólo si es funcional y proporcional al fin que justifica la revelación, y no existe otro medio apropiado para lograrlo, el abogado puede hacer valer esas excepciones (artículos 55 s). Con la misma restricción, sólo si la revelación es conducente a evitar un crimen el abogado está obligado a revelar información (artículo 53); asimismo, el código tipifica meticulosamente algunos casos excepcionales en que la revelación está permitida (artículo 54).

El *secreto profesional*, por su parte, es la prerrogativa y el deber del abogado de hacer valer esa confidencialidad frente a cualquier autoridad o tercero que pretenda acceder a información acerca del cliente. El abogado

requerido por la autoridad de entregar información confidencial tiene el deber de procurar que le sea reconocido el derecho al secreto profesional. A tal efecto, el abogado debe interpretar la ley que es invocada de la manera que es más consistente con el deber de confidencialidad y debe realizar las actuaciones razonables para impugnar las decisiones de la autoridad que amenazan su deber de confidencialidad (artículo 60).

El deber de secreto profesional se extiende igualmente a los requerimientos de incautación, registro, entrega o exhibición de documentos de cualquier naturaleza que contengan información sujeta a confidencialidad (artículo 64).

La fortaleza del secreto profesional desde el punto de vista de las prácticas profesionales se muestra incluso en el extremo de que se frustre la defensa jurídica del derecho al secreto. En tal caso podrá haber una obligación legal de entregar la información, pero si el abogado no la entrega, se entiende que esa conducta no infringe las normas éticas de la profesión (artículo 62); en otras palabras, en tal situación el abogado está legalmente obligado y éticamente facultado, pero no obligado, a entregar la información.

Se analizó especialmente la situación del abogado que representa interés de algún órgano del Estado, en la medida que suponía hacer algunas clarificaciones. La primera es la diferenciación entre el abogado que personalmente actúa en ejercicio de una función pública que le obligue a dar información, sea en razón de su función específica o de las normas legales sobre transparencia. El CEP distingue claramente esta situación, estableciendo que si en ejercicio de una función pública el abogado está obligado a divulgar información, ese deber no puede ser excusado por el hecho de ser abogado quien la ejerce (artículo 48). Distinto es el caso del abogado que actúa en una relación profesional con un órgano del Estado (aunque se trate de abogados que actúan como miembros de un órgano público de defensa judicial, como el caso del Consejo de Defensa del Estado). En tales casos, el deber fiduciario es análogo al existente en una relación profesional con un sujeto privado, de modo que no se justifica excepción alguna a las reglas generales sobre secreto profesional⁶.

⁶ Así lo ha resuelto la Corte Suprema en dos importantes resoluciones sobre el valor normativo de nuevo CEP y, en particular, sobre la aplicación de sus normas sobre confidencialidad

8. Estudios profesionales

Los estudios profesionales son una necesidad de buen servicio profesional a clientes que tienen requerimientos de distintas índoles, que suponen especialidades diferentes y, en ocasiones, exigen numerosos abogados dedicados a una negociación o conflicto. Son asimismo una necesidad para desarrollar especialidades que complementarias. Los estudios son organizaciones de trabajo y, como tales, son típicamente empresas de servicios.

Por cierto que los deberes de los abogados que conforman un estudio replican los deberes a que están sometidos los abogados que trabajan bajo formas organizativas diferentes. Sin embargo, el estudio, configurado como asociación que tenga alguna organización unitaria, cualquiera sea, plantea algunas cuestiones adicionales.

La primera se refiere a la manera en que las *normas de buenas prácticas profesionales se extienden al estudio como un conjunto*. El CEP adopta en la materia una importante definición, que se hace cargo de un principio generalizado en el derecho comparado⁷: las reglas del código se aplican por igual a los estudios de abogados, aunque ninguna referencia específica sea hecha a su respecto, a menos que la norma, por su naturaleza, sólo se aplique a los abogados personas naturales (artículo 11 II). Mi propia experiencia arbitral me ha mostrado en algún caso lo delicada que es la identificación del estudio con sus abogados a efectos de conflicto de intereses y de deberes de confidencialidad.

La extensión a los estudios de las reglas sobre conflictos de interés y de funciones es particularmente delicada, porque tiene por efecto que la inhabilidad que afecta a algunos de los abogados se comunica al estudio en general (artículo 88 I).

y secreto profesional a los abogados que representan intereses públicos (Sentencias de 28 de noviembre de 2012, Roles N°s. 2.423-2012 y 2.582-2012, recaídas en recursos de queja contra ministros de dos salas de la Corte de Santiago que declararon, respectivamente, que las normas sobre secreto profesional eran aplicables y no lo eran a tales abogados). La Corte Suprema confirmó la sentencia que declaraba que la pretensión del Consejo de la Transparencia no tenía derecho a exigir que el abogado funcionario revelara información recibida en ejercicio de su actuación profesional y dejó sin efecto la que fallaba lo contrario, con expresa referencia a las reglas del nuevo CEP (Rol N° 2.582-2012, consideraciones 15 y ss.).

⁷ *Code of Conduct for European Lawyers*, artículo 3.2.4

Algunas reglas sobre conflictos de intereses extienden expresamente su efecto a los estudios (artículo 83, sobre conflicto con algún cliente actual; artículo 85, sobre conflicto con algún cliente anterior). Atendida la generalidad de la identificación del estudio con sus abogados, y lo dispuesto por los artículos 11 y 88 I, debe entenderse que estas reglas especiales sólo concretizan una regla general.

Por el contrario, el código estima que hay conflictos que no se comunican al estudio. Es el caso, por ejemplo, del conflicto por convicciones personales del abogado o a las diferencias con el cliente en cuanto a la posición o métodos, que se tienen por personalísimos, de modo que nada impide que otro abogado del estudio, que no los tenga, pueda atender al cliente en ese asunto (artículo 88 II).

Asimismo, se ha entendido que si un antiguo funcionario público se incorpora a un estudio, la incompatibilidad temporal que le afecta es personal (artículo 69), de modo que no le impide al estudio actuar en un asunto en que aquél no puede hacerlo, sin perjuicio de las reglas de cuidado que la propia regla especial establece (artículo 88 III). La disposición se refiere a las incompatibilidades temporales, de modo que en principio no comprende, al menos explícitamente, la inhabilidad del antiguo funcionario para intervenir en asuntos específicos que haya conocido en ejercicio de sus funciones (artículo 70 I). En todo caso, el espíritu de las normas se expresa en dos ideas: primero, se favorece la incorporación del antiguo funcionario al ámbito profesional, evitando poner una carga excesiva a la función pública; segundo, se trata de evitar que quien sale de una función pública actúe en el mismo asunto a uno y otro lado del mesón.

El segundo orden de materias en que la organización como estudio profesional tiene efectos se refiere a las *relaciones con quienes colaboran o se relacionan los abogados* a efectos del cumplimiento de deberes profesionales.

Ante todo, los socios y los responsables de la dirección del estudio deben realizar esfuerzos razonables para que todos los miembros de la organización, incluido el personal administrativo, actúen de una manera que no contradiga las reglas de buena práctica profesional (artículo 113). También se debe emplear cuidado respecto de terceros que sean subcontratados para

realizar ciertas tareas (artículo 116). Se trata de obligaciones de medios o de conducta, que no garantizan resultados, pero que razonablemente resultan exigibles en una organización de trabajo en que muchos colaboran en la prestación de servicios profesionales.

A la inversa, la pertenencia a un estudio no es excusa para que un abogado alegue que directivas de tercero lo han llevado a cometer un acto contrario a las buenas prácticas profesionales (artículo 114).

V. DISCUSIÓN Y APROBACIÓN DEL NUEVO CÓDIGO DE ÉTICA: SU PRETENSIÓN DE SER UN ORDENAMIENTO GENERAL PARA LA PROFESIÓN DE ABOGADO

La tarea asumida por el Consejo en el período 2007-2011 fue revisar todas las reglas del *Código de Ética* que se ha reseñado. Un grupo de consejeros y de abogados asociados trabajó intensamente en la preparación de las reglas, a la luz de los muchos cambios ocurridos en el ejercicio de la profesión, proponiendo directivas que respondan a estándares internacionales reconocidos. En las diversas tareas y etapas de desarrollo del proyecto participaron aproximadamente cien excelentes abogados: 11 consejeros (2 presidentes de la comisión), 34 invitados y un coordinador; a ellos se suman los abogados invitados y quienes formularon sugerencias en consultas públicas. La magnitud del trabajo requirió 12 sesiones plenarias de la Comisión de Ética y 30 sesiones dedicadas a su análisis por el Consejo General.

Primeramente, se dividió el trabajo en grupos temáticos: conducta procesal; conflictos de interés e incompatibilidades; deber de confidencialidad y secreto profesional; deberes fiduciarios; formación de clientela y relación con medios de comunicación; e integridad en la relación entre colegas⁸.

⁸ La Comisión fue presidida por los consejeros Luis Ortiz y Enrique Alcalde. El trabajo fue coordinado por el abogado Pablo Fuenzalida. Se organizaron seis grupos de trabajo, cada uno de ellos con participación de consejeros y de abogados invitados. Los grupos fueron coordinados por un abogado destacado ajeno al Consejo. Los coordinadores fueron los abogados Rodrigo Coloma, en Conducta Procesal; Cristóbal Eyzaguirre y, antes de ser consejero, Julián López en Conflictos de Funciones e Intereses; Álvaro Anriquez, en Confidencialidad y Secreto Profesional; Esteban Ovalle, en Deberes Fiduciarios; Cristián Muga, en Formación de Clientela y Relación con los Medios de Comunicación y Pablo Fuenzalida, en Integridad en el Trato entre Colegas. Algunos consejeros participaron activamente en los grupos de trabajo. Una completa

En cada grupo participó al menos un consejero y asociados propuestos e invitados por el Consejo.

Se adoptó un meticuloso procedimiento de discernimiento y aprobación secuencial de las reglas. Los grupos contaron con asistencia técnica del coordinador, que estuvo a cargo de recoger antecedentes comparados y la jurisprudencia del Consejo. La Comisión de Ética recibió las proposiciones de los grupos de trabajo y los documentos que las sustentaban. Luego de revisarlas en pleno, la Comisión sometió cada capítulo a la aprobación en general del Consejo, que dedicó diez sesiones a esta tarea. Con las observaciones del Consejo, cada propuesta fue subida a la página web del Colegio, en la forma de un documento de trabajo, para recibir comentarios de los asociados. Los grupos respectivos revisaron todas las observaciones sometieron la proposición revisada a la Comisión de Ética y ésta al Consejo.

En las más de veinte sesiones dedicadas a su análisis en particular, el Consejo revisó y aprobó cada una de las normas. Finalmente, a comienzos de 2011 se creó una comisión revisora formada por siete consejeros a cargo de darle forma final al nuevo código⁹. La propuesta de la comisión revisora fue aprobada por unanimidad por el Consejo, luego que éste dirimió cuatro reglas que la comisión revisora había dejado para una última discusión.

El resultado de todo este proceso es un código, de 120 artículos, dividido en un Título Preliminar sobre principios y reglas generales, y cinco secciones: (I) Relaciones del abogado con el cliente, (II) Conflictos de funciones e intereses, (III) Conducta debida del abogado en sus actuaciones procesales, (IV) Deberes en la relación profesional entre abogados y terceros, y (V) Reglas relativas a cargos especiales. El código no fue pensado como una obra definitiva, sino como un ordenamiento que tendrá que ser periódicamente revisado.

documentación de los informes y documentos de trabajo ha quedado registrado en el Colegio de Abogados por el responsable de la coordinación, Pablo Fuenzalida.

⁹ La Comisión Revisora trabajó sobre la base de un documento preliminar preparado por el presidente Enrique Barros y por el coordinador Pablo Fuenzalida, que editaba los textos de reglas aprobadas por el Consejo. La Comisión Revisora estuvo compuesta por el propio presidente y por los consejeros Jorge Baraona, Antonio Bascuñán, Luis Ortiz, Mario Papi, Lucas Sierra y Rafael Vergara.

La pretensión del Consejo al discutir con esta acuciosidad y extensa participación el ordenamiento ético de la profesión fue que el nuevo CEP se transformara en marco normativo general de la profesión, más allá de la limitada jurisdicción disciplinaria del Colegio de Abogados. Esta natural aspiración ha sido prontamente reconocida por la Corte Suprema. En dos fallos dictados poco después de un año de la entrada en vigencia del nuevo Código se ha fallado que

“(…) si bien es efectivo que el *nuevo Código de Ética Profesional* –aprobado en una nueva versión el año recién pasado por el Consejo General del Colegio de abogados de Chile A.G. y que entró en vigencia el 1 de agosto de 2011– *no puede estimarse una ley en sentido formal*, desde que no ha sido dictado por el órgano legislativo con sujeción a los requisitos y procedimientos de elaboración de la ley que para la validez de ésta establece la Constitución Política de la República, *sí lo es en un sentido material en cuanto sustantivamente impone normas generales de conducta generales, permanentes y abstractas y ciertamente obligatorias para todos los letrados el país, estén o no afiliados a la entidad gremial*, más allá del órgano que ejerza la tuición ética del profesional en el caso concreto...”¹⁰.

VI. NUEVO REGLAMENTO DE RECLAMOS Y CONTROL ÉTICO DE LAS BUENAS PRÁCTICAS PROFESIONALES

Vinculado a esta reforma sustantiva de las normas éticas, se inició un proceso de revisión de los *procedimientos sancionatorios*. El antiguo procedimiento de reclamos centraba en un consejero la tramitación del reclamo, quien tenía amplias facultades tramitadoras y mediadoras en el marco de un juicio de analogía civil; no se preveía un proceso de formulación de cargos, ni se establecían reglas probatorias; el mismo consejero encargado de la investigación relataba el caso ante el Consejo en pleno y proponía la resolución. El Consejo solía pedir alguna información adicional y votaba el acuerdo, modificando a veces la propuesta del consejero relator.

El procedimiento era criticable a la luz de principios básicos del debido proceso sancionatorio, como lo hizo valer en 2010 una sentencia de la Cor-

¹⁰ Corte Suprema, 28.12.2012, Rol N° 2.582-2012, en recurso de queja en contra de ministros de la Corte de Santiago, en recurso de reclamación Consejo de Defensa del Estado con Consejo de la Transparencia, consideración 15ª; en iguales términos, la sentencia de la Corte Suprema de igual fecha, en recurso de queja Rol N° 2.423-2012, consideración 15ª (énfasis agregado).

te de Apelaciones de Santiago. Luego de una larga discusión acerca de la conveniencia de innovar en la materia, finalmente primó en el Consejo la convicción de que era necesario introducir una reforma sustancial. Durante el período 2007-2009 se realizaron diversos diagnósticos previos y durante 2009-2011 se trabajó en una reforma íntegra al mismo. Un grupo de trabajo designado por el Consejo propuso una reforma, que el Consejo aprobó luego por unanimidad¹¹. El nuevo reglamento fue concretizado mediante modificaciones al reglamento de reclamos y a los estatutos, aprobadas por el Consejo General y por la Asamblea Extraordinaria convocada para el pasado 27 de abril de 2011. Los colegios regionales de Concepción, Rancagua y Talca expresaron su aprobación de la reforma. El procedimiento de control de buenas prácticas cumple con la finalidad de que la jurisdicción interna sea ejercida con independencia y eficacia.

La jurisdicción disciplinaria corresponderá a tribunales éticos compuestos por consejeros y abogados designados por el Consejo. Hemos separado la función de asesoría de los reclamantes y de conciliación para obtener una pronta reparación, que estará a cargo de profesionales del Colegio, de la tarea de investigar y formular cargos, función que ejercerá un abogado instructor designado por el Consejo. A su vez, el nuevo reglamento favorece la reparación del reclamante como un bien muy preferente. El tribunal funcionará con tres o cinco miembros según sea la gravedad de los cargos; estará integrado por uno o dos consejeros, además de los miembros externos al Consejo, según sea el caso. El Consejo deja de tener jurisdicción disciplinaria, con lo que se evita la confusión del órgano político y el jurisdiccional de la asociación.

El próximo paso debiere ser una ley que someta a todos los abogados a un procedimiento expedito de reclamos. En la actualidad, los profesionales afiliados a un colegio están sujetos a su jurisdicción disciplinaria eficiente, que protege al reclamante. Pero respecto de quienes no lo están, el afectado debe iniciar un juicio ante un juez civil, con los costos y dificultades que

¹¹ El grupo de trabajo estuvo formado por los consejeros Julián López, que preparó el proyecto que sirvió de documento de trabajo, Olga Feliú y María de los Ángeles Coddou. El proyecto fue sometido a la consideración de una comisión especial, integrada además por los consejeros Alessandri, Amunátegui, Bofill y Humeres, así como del presidente Barros y del vicepresidente Ossa, antes de ser presentado para su aprobación.

ello supone. Un régimen de protección eficiente del afectado por malas prácticas es especialmente importante respecto de personas de escasos recursos culturales y económicos.

La reforma constitucional de 2005 estableció que las resoluciones de los tribunales de ética de los colegios profesionales serían apelables ante la respectiva Corte de Apelaciones, lo que se justifica porque sus resoluciones no sólo producirían efectos de justicia doméstica, sino generales en el ejercicio de la profesión. Este cambio iba de la mano de que se crearan por ley tribunales éticos especiales, que conocieran de reclamos contra quienes no estuvieran colegiados (artículo 19 N° 16 IV). Una nueva ley de colegios profesionales debiere establecer procedimientos análogos a los reseñados y crear esa justicia especializada, complementaria a la ejercida por los colegios profesionales.

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

JULIÁN LÓPEZ MASLE*

I. INTRODUCCIÓN

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

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

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

